



CARRERA DE DERECHO

Tesis previa a la obtención del título

Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador.

Tema

**La indebida aplicación del principio de proporcionalidad en el Código Orgánico
Integral Penal y la administración de justicia ecuatoriana.**

Autores

Luis Carlos Játiva Narváez

Gary Fernando Serrano Mera

Director de tesis

Ab. Henry Villacis

Portoviejo – Manabí – Ecuador

2017

CERTIFICACIÓN DEL DIRECTOR DE TESIS.

Ab. Henry Villacis tengo a bien certificar que los egresado Luis Carlos Játiva Narváez y Gary Fernando Serrano Mera han realizado el trabajo de investigación titulado: La indebida aplicación del principio de proporcionalidad en el Código Orgánico Integral Penal y la administración de justicia ecuatoriana, el mismo que ha sido desarrollado bajo mi dirección, cumpliendo con eficiencia, capacidad y responsabilidad.

Ab. Henry Villacis

Director de Tesis.

CERTIFICACIÓN DEL TRIBUNAL EXAMINADOR.

Tema:

La indebida aplicación del principio de proporcionalidad en el Código Orgánico Integral Penal y la administración de justicia ecuatoriana

De los egresados Luis Carlos Játiva Narváez y Gary Fernando Serrano Mera, sometida al tribunal de sustentación para su respectiva aprobación.

Tribunal.

Ab. Jorge Luis Villacreses P.

Coordinador de Carrera

Ab. Henry Villacis

Director de tesis.

Dr. Arturo Mera Intriago

Miembro del tribunal.

Ab. Javier Artiles Santana

Miembro del tribunal.

DECLARACIÓN DE AUTORÍA.

La investigación, procesamiento y análisis e interpretación de resultados, propuesta e inversión, conclusiones y recomendaciones, son de exclusiva responsabilidad de sus autores. Además, cedemos los derechos de autoría de la presente tesis, a favor de la Universidad San Gregorio de Portoviejo.

Luis Carlos Játiva Narváez

Autor

Gary Fernando Serrano Mera

Autor

AGRADECIMIENTO.

A la Universidad San Gregorio de Portoviejo, al cuerpo docente de la carrera de Derecho, a los compañeros de clases, de manera especial a nuestro director de Tesis, Ab. Henry Villacis por su acertado direccionamiento.

Luis Carlos Játiva Narváez

Autor

Gary Fernando Serrano Mera

Autor

DEDICATORIA.

A mis padres por el amor incondicional.

A mi esposa y mis hijos factores motivantes para alcanzar este logro.

Gary Fernando Serrano Mera

DEDICATORIA

A mi familia y mi novia

Luis Carlos Játiva Narváez

ÍNDICE

Certificación del director de tesis.	II
Certificación del tribunal examinador.	III
Declaración de autoría.	IV
Agradecimiento.	V
Dedicatoria.	VI
Dedicatoria	VII
Índice	VIII
Resumen.	IX
Abstract.	X
Introducción	1
CAPÍTULO I	2
1. MARCO TEÓRICO, REFERENCIAL Y CONCEPTUAL	2
1.1. Marco teórico	2
1.1.1 Dosimetría penal	2
1.1.2 Poder punitivo del estado	8
1.1.3 Principio de proporcionalidad	11
1.1.4. Objetivo que tiene el principio de proporcionalidad	15
1.1.5. La proporcionalidad como esencia de los principios	17
1.1.6. Aplicación del principio de proporcionalidad	18
1.1.7. Alcances del principio de proporcionalidad dentro del Derecho penal.	19
1.1.8 Aspectos constitucionales y legales de la administración de la justicia del Ecuador	22
Fundamentación legal	25

CAPÍTULO II	29
2. Desarrollo de la investigación	29
CAPÍTULO III	37
3. Análisis e interpretación de los resultados	37
CAPÍTULO IV	43
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	43
4.1. Conclusiones	43
4. 2. Recomendaciones	45
BIBLIOGRAFÍA	46
ANEXOS	

RESUMEN.

La investigación tuvo como objetivo Determinar si existe indebida aplicación del principio de proporcionalidad en el Código Orgánico Integral Penal y la administración de justicia ecuatoriana, para lo cual se hizo uso de la metodología bibliográfica, documental y de campo, en tanto que el tipo de investigación estuvo reforzado con tipo exploratoria, cuantitativa y descriptiva. Por medio de la realización de la encuesta, se tuvo como respuesta que si hay restricciones al momento de aplicar el principio de proporcionalidad contemplado en la Carta Magna del Ecuador, en tanto que los jueces no actúan en base a lo establecido en el artículo 428 de la Constitución, dejando como consecuencia que personas procesadas por delitos que no implican penas tan fuertes tengan que cumplirlas por cuanto el administrador de justicia solo aplica el principio de legalidad, irrogando daños en quien es sentenciado ya que pasará muchos años en relación al delito cometido, siendo la cárcel un lugar que no permite cumplir la función resocializadora de la pena.

ABSTRACT.

The objective of the investigation was to determine if there is an undue application of the principle of proportionality in the Integral Criminal Code and the administration of Ecuadorian justice, for which use was made of bibliographical, documentary and field methodology, while the type of investigation It has been reinforced with an exploratory, quantitative and descriptive type. By means of the conduct of the survey, it has been in response that there are restrictions when applying the principle of proportionality contemplated in the Magna Carta of Ecuador, while the judges do not act based on the established in the article 428 of the Constitution, leaving as a consequence that persons prosecuted for crimes that do not imply sentences so strong that are limited to what the administrator of justice only applies the principle of legality, resulting in damages to those who are sentenced and will pass Many years in relation to the crime committed, being the jail a place that does not allow to fulfill the resocializing function of the sentence.

INTRODUCCIÓN.

La dosimetría penal hace referencia a la aplicabilidad del principio de proporcionalidad de las penas, es decir, castigar la conducta que ha sido tipificada como delito, ello tiene implícito la imposición de una pena en relación con el nivel de peligrosidad y magnitud. Para el desarrollo de la tesis se dividió en cuatro capítulos:

El capítulo I fue desarrollado en base a la teoría relacionada con las variables objetos de estudio, doctrina, códigos, leyes, revistas electrónicas, que permitieron delinear los aspectos dogmáticos, con la finalidad de tener claro la dosimetría de la pena relativo con la precautelación de los bienes jurídicos intrínsecos que posee la persona.

En lo referente al desarrollo de la investigación, capítulo II, contempla la revisión de la función que tienen los procedimientos judiciales, la ponderación como el método que coadyuva al equilibrio entre aquellos principios que están en conflicto en el Derecho Penal.

En el capítulo III, investigación de campo, la encuesta que se efectuó a la población objeto de estudio hizo posible conocer de fuentes primarias su criterio profesional para contribuir al desarrollo del trabajo investigativo.

Las conclusiones con las consiguientes recomendaciones están contempladas en el capítulo IV, mismas que tienen sustento en la encuesta, donde los investigadores

dejan sintetizado su opinión y criticidad en base a los conocimientos adquiridos tanto teóricos como prácticos.

CAPÍTULO I

1. MARCO TEÓRICO, REFERENCIAL Y CONCEPTUAL

1.1. Marco teórico

1.1.1 Dosimetría penal

Nietzsche¹ (s.f) indica que “La idea de castigo no se aleja de las ideas de aflicción y venganza, es decir vienen dadas como algo inmanente”, siendo una de tantas razones por las cuales la institución jurídica de la pena pública sigue explicando convincentemente con las teorías que aún se mantienen, en tanto que Novoa (2005) indica que “en mayor o menor grado, el principio de retribución dentro de las funciones de la pena” (p. 272). Respondiendo ante un mal como es el delito, con otro mal, que es la pena, rigiendo entre ambas razones una relación que por estricto sentido de justicia requiere la presencia de igualdad o equivalencia, de esa forma el componente retributivo se configuraría como la parte esencial de la pena.

Tales consideraciones adquieren ropajes jurídicos, teniendo como punto de partida la introducción de la práctica del Talión, algo que presenta antecedentes religiosos, con ello se proyecta la noción equitativa de retribución ante el delito irrogado que menguó la atrocidad de venganzas privadas, esto se tradujo en que ante la gravedad de la pena dictaminada por el poder público debería graduarse en función de la entidad de la lesión jurídica perpetrada.

¹ Nietzsche, Friedrich. *Genealogía de la moral*. Versión disponible en internet: [http://www.pensament.com/filoxarxa/filoxarxa/pdf/Nietzsche,Friedrich-Genealogía de la moral \(completo\).pdf](http://www.pensament.com/filoxarxa/filoxarxa/pdf/Nietzsche,Friedrich-Genealogía%20de%20la%20moral%20(completo).pdf),

Esto conlleva, lo que en la actualidad es el germen de la proporcionalidad, recogido desde la época en que nace el Derecho Penal Público, mismo que fue desarrollado partiendo de la ilustración, que propendían al surgimiento de tendencias que apuntaron a la humanización de las penas, siendo en la actualidad el verdadero principio limitador del *ius puniendi*.

Al margen de aquello, las consideraciones de carácter preliminar permiten señalar que en los tiempos contemporáneos, ante la necesidad de precautelar intereses y valores fundamentales por los cuales se rigen las personas en sociedad, el poder legiferante (de legislar donde no hay tal normativa) pueden desplegarse cierta pluralidad que implica modos de actuación cuando se trate de infligir castigos. De allí la idea de criminalizar nuevas conductas, extendiéndose en este sentido, un mayor espectro de punibilidad. Se anticipa con ello la tutela penal de los bienes jurídicos procediendo al castigo de actos que por sí mismos no llegan a lesionar ni se pone en peligro inmediato al objeto tutelado, incluso bajo el mismo presupuesto, pudiendo alcanzarse la exacerbación de respuestas penales elevando de manera significativa las penas.

En este sentido, cuando se invoca la prevención especial y examen de la peligrosidad del individuo, la fundamentación de la pena o de medidas de seguridad conlleva la inevitable tendencia para alejarse de la infracción primaria de la norma, procediendo a erosionar el principio de culpabilidad, por el solo hecho de alcanzar la concretización de la inculpatión de la persona que será castigada.

Novoa y Mir en España constataron un único modo de sortear la intervención excesiva del Derecho Penal, debido a que la retribución entendida en el marco de los lineamientos del Estado de Derecho tiende a transformarse en garantía a favor de la persona, que consisten en prohibir en el sentido que la medida del castigo traspase la gravedad del hecho irrogado. Así, se puede explicar la idea de la culpabilidad como algo mensurable desde el enfoque de la gravedad del hecho, con estos planteamientos se pretende que la dignidad del ser humano empiece a verse reforzadamente protegida por medio de la observancia del imperativo kantiano de no instrumentalización humana.

Cuando se trata de dosimetría penal, se hace referencia a la aplicabilidad del principio de proporcionalidad de las penas, de parte del legislador para que imponga sanción determinada a la comisión de una conducta tipificada como delito, también por parte de los tribunales y jueces cuando se trata de decidir casos específicos. La imposición de pena en relación con la magnitud está en dependencia, en lo legislativo como en lo judicial del grado de intensidad con la vulneración o puesta en peligro del bien jurídico penal tutelado. Escrito en lenguaje sencillo, menos técnico, es relativo a la cantidad del daño causado por el infractor penal.

Existen intentos dogmáticos para desconocer la conceptualización de bien jurídico en torno a la teoría del delito, sobre todo en lo atinente a la determinación de la pena, mismos que provienen de sectores variados de gran importancia en la academia penal, habiéndose visto enfrentados con la dificultad casi insalvable de no poder dar explicación desde perspectivas constitucionales, así como del Derecho Penal racional: porque la pena para el homicidio es mucho mayor que del robo.

La respuesta puede ser considerada sencilla, la vida como bien jurídico tiene mayor relevancia jurídica en relación al bien jurídico propiedad, ¿Cortarle la extremidad superior a alguien es penado de manera diferente como quien causa un moretón en el ojo? El bien jurídico tutelado que ha sido lesionado es el mismo (la integridad personal), cambia la magnitud del daño. Algo que se aprecia claramente en el narcotráfico como tipo penal, habiendo una escala con diferentes penas tal cual como establecieron los legisladores. No resulta igual afectación a la salud pública ni tampoco como un bien jurídico protegido, al traficar veinte (20) gramos de cocaína, que cuatro (4) toneladas. De igual manera, la definición de bien jurídico se convierte en el único parámetro que permitirá la diferenciación entre tentativa y delito consumado, ya que en ambos casos la conducta viene a ser idéntica, constituyéndose el resultado en el único elemento diferenciador.

La dosimetría penal con las respectivas sanciones es asunto relacionado con la definición legal, cuya importancia constitucional es de manifiesta claridad, ante esto la Corte Constitucional de la República de Colombia² (1996) indica “cuando el legislador incurre en exceso punitivo del tipo proscrito por la Constitución”.

La aplicabilidad del principio de proporcionalidad tiene implícito la ponderación de bienes jurídicos, al aplicar este sopesamiento se tiende a asumir a manera de un juicio de proporcionalidad de los medios con que se cuenta, esto como principio rector que permite delimitar y concretar los derechos fundamentales inherentes a todo ser humano. Por lo tanto, la proporcionalidad tiene una naturaleza

² Corte Constitucional de la República de Colombia. (1996) *Sentencia No. C-070/96*. Colombia. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-070-96.htm#6609>

diferenciada, admite diversidad en lo relativo a la libertad de configuración legislativa, pero en función de la materia.

De darse la excesiva e imprevisible restricción de los Derechos Humanos y establecidos en la Constitución se incurre en la ilegitimidad del medio que ha sido escogido para realizar los fines de la Carta Magna, entonces, a mayor intensidad en cuanto a la limitación de libertad, es mayor la necesidad por consiguiente es necesaria la urgencia como condición *sine qua non* que permite ejercer de forma legítima dicha facultad legal.

Conviene acotar que el principio de proporcionalidad permite se logren introducir categorías como antijuridicidad, culpabilidad dentro del derecho constitucional, con lo cual la responsabilidad de los particulares, para que ello suceda o exista se requiere de la comisión de daños efectivos a los bienes jurídicos tutelados, y no solo como algo de simple intención juzgado como lesivo. Es decir, solo al proteger bienes jurídicos amenazados realmente se justifica la restricción de otras libertades y derechos, cuya protección ordena la Carta Magna.

Al aplicarse la pena estipulada en la ley penal tiene que realizarse aplicando la gradación de culpabilidad de la persona, por lo tanto, el principio de proporcionalidad, viene a ser necesariamente individual, para que el castigo impuesto cause simetría ante el comportamiento versus la culpabilidad del individuo imputado.

Cabe recordar, que el principio de proporcionalidad se constituye en una herramienta de ponderación entre investigación y persecución, algo que aplican los

órganos pertenecientes al sistema penal relacionado con los derechos constitucionales inherentes a toda persona que ha sido objeto de la acción del sistema de justicia. Es decir, el principio de proporcionalidad, viene a ser el equilibrio a darse entre el Derecho Penal a castigarse como acción implícita por parte del Estado versus los derechos de las personas, ergo, ambas partes deben quedar en igualdad de condiciones y con ello se mantiene un balance equitativo entre poder punitivo del Estado en relación con los derechos que tienen las personas, ya que a los ciudadanos a quienes se indica el cometimiento de determinado hecho punible, tiene el derecho a tratarse con el respeto adecuado por su condición inherente de ser humano.

En general, en cuanto a la proporcionalidad se predica el equilibrio entre reacción penal y los presupuestos que la conforman, tanto en la proporcionalidad abstracta, momento de individualización legal de la pena, como en la proporcionalidad concreta, aplicación judicial. Conviene precisar que dicho principio viene a erigirse en elemento definidor de aquello que se interviene penalmente.

Desde el mismo momento en que se trata de interpretar el interés de la sociedad al imponer la medida de carácter penal, siendo necesaria y suficiente para reprimir y prevenir comportamientos delictivos, sumado el hecho del interés que tiene la persona en cuanto a la eficacia de garantías consistentes en que no sufrirá castigos que excedan los límites del mal irrogado, es decir, la minimización que lleva implícita la violencia al ejercer el *ius puniendi*. Así, lo relativo a la justa medida que tiene la pena, se configura como principio rector del sistema penal.

A pesar de aquello, sin dejar de hacer sentir que en el contenido del principio estudiado se entretujan consideraciones fácticas mezclados con criterios valorativos, se está de acuerdo con la idea de proporcionalidad está inspirada en consideraciones político-criminales como en ninguna línea del pensamiento filosófico, por cuanto, al partir de las bases constitucionales, el principio de proporcionalidad se levanta en una de las directrices que debe observar el Estado cuando se trate de dar tratamiento criminológico y de castigar conductas se trate.

Conviene recordar lo ordenado en el artículo 76 de la Constitución ecuatoriana, donde establece que las penas deben estar acorde con el principio de proporcionalidad, existiendo relación y coherencia entre el grado de vulnerabilidad de un derecho y la gravedad ante la comisión de la pena.

Al respecto el COIP indica que:

Art. 5.- Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

3. Duda a favor del reo: la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable.

1.1.2 Poder punitivo del Estado

El contenido de valores establecidos en la Carta Magna del Ecuador, contempla la parte material que delimita el ejercicio de la función pública, entrando la responsabilidad que tienen las autoridades, de esta forma con el correspondiente elemento social implícito, la Constitución ecuatoriana ve que se complementa el accionar en el ámbito de la voluntad sumado a la razón, es decir, solo con el uso proporcionado del poder punitivo que tiene el Estado debe estar acorde en el marco de

los derechos y libertades constitucionales. Con ello se garantiza la plena vigencia del orden social, mismo que ha sido fundado en la solidaridad y dignidad, que es característica en un Estado de derecho.

En la Asamblea Constituyente de Montecristi, al aprobarse la Constitución de la República se erigieron derechos fundamentales en límites sustantivos relacionados con el poder punitivo del Estado, para ello se racionalizó dicho ejercicio, de tal manera que la utilización sea justa, medida y moderada por parte de la coerción estatal, siendo destinada a proteger los derechos y libertades. Esto es compatible con los valores y fines que implica todo ordenamiento jurídico, solamente de esa manera puede entenderse al Estado constitucional de derechos y justicia establecido en la *norma normarum*, estando los fines esenciales dados a la comunidad, para que tenga el actuar como efectiva garantía de los principios, derechos y deberes constitucionales.

La protección de derechos, así como de libertades permite renunciar a las teorías consideradas absolutistas en torno a la autonomía legislativa en el ámbito de la política criminal, de tal forma que la protección estricta de bienes jurídicos y derechos inalienables e inherentes de las personas termina afectando la dignidad e integridad de quien es infractor penal.

En el COIP³ (2014), en los artículos que se citan a continuación se establece sobre la pena en general:

Art. 51.- Pena.- La pena es una restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles. Se

³ Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito.

basa en una disposición legal e impuesta por una sentencia condenatoria ejecutoriada.

Art. 52.- Finalidad de la pena.- Los fines de la pena son la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena así como la reparación del derecho de la víctima.

En ningún caso la pena tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales.

Art. 53.- Legalidad de la pena.- No se impondrán penas más severas que las determinadas en los tipos penales de este Código. El tiempo de duración de la pena debe ser determinado. Quedan proscritas las penas indefinidas.

Art. 54.- Individualización de la pena.- La o el juzgador debe individualizar la pena para cada persona, incluso si son varios responsables en una misma infracción, observando lo siguiente:

1. Las circunstancias del hecho punible, atenuantes y agravantes.
2. Las necesidades y condiciones especiales o particulares de la víctima y la gravedad de la lesión a sus derechos.
3. El grado de participación y todas las circunstancias que limiten la responsabilidad penal.

Art. 55.- Acumulación de penas.- La acumulación de penas privativas de libertad procede hasta un máximo de cuarenta años.

Las multas se acumulan hasta el doble de la máxima impuesta.

Art. 56.- Interdicción.- La sentencia condenatoria lleva consigo la interdicción de la persona privada de libertad, mientras dure la pena.

La interdicción surte efecto desde que la sentencia cause ejecutoria e inhabilita a la persona privada de libertad de la capacidad de disponer de sus bienes a no ser por sucesión por causa de muerte.

Art. 57.- Reincidencia.- Se entiende por reincidencia la comisión de un nuevo delito por parte de la persona que fue declarada culpable mediante sentencia ejecutoriada.

La reincidencia solo procederá en delitos con los mismos elementos de tipicidad de dolo y culpa respectivamente.

Si la persona reincide se le impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal incrementada en un tercio.

En torno al marco protector de la potestad punitiva estatal, cuando se dictan leyes en materia penal, se debe actuar dentro de lo establecido en los límites constitucionales, siendo dichos límites implícitos así como explícitos, siendo prohibido para quien crea las leyes, pena de muerte, debido que en la Constitución ecuatoriana, en el artículo 66 numeral 1 establece que se reconocerá y garantizará a los seres humanos el derecho a la inviolabilidad de la vida, no pudiendo haber pena de muerte.

El Derecho Penal tanto subjetivo como objetivo viene ser el mecanismo indispensable de la defensa social, el cual recoge, encausa y limita la reacción instintiva y primitiva propia de los integrantes de la sociedad, ante hechos violentos e injustos que lesionan los intereses fundamentales de todos los conciudadanos. En este orden de ideas, debido a la existencia del *ius puniendi* por medio de los diversos mecanismos legales que hay, se consigue evitar la reacción de la sociedad de igual manera como lo realiza quien ejecuta actos violentos e injustificados causantes de conmoción social, lo cual pone en riesgo la coexistencia social. Situación que bien puede darse cuando al interior de la sociedad no hay confianza ante la eficacia que deberían tener las instituciones que forma parte del sistema nacional de justicia.

El fundamento que tiene la pena contiene muchas aristas, hay quienes otorgan un enfoque redistributivo, dicho de otra manera, el ideal de justicia algo que es consecuencia de la acción cometida; cuando se trata de enfoque preventivo, previniendo para que otros individuos no tengan ganas de cometer igual acto, ante la pena que recibirían; es relativa, según la gravedad del delito cometido). En el Ecuador hay algo que se considera se práctica con asiduidad, en relación con el carácter de proporcional a la pena, al ser enviado al centro de rehabilitación social por determinado tiempo, al salir regresa a la convivencia de un orden jurídico estatuido capaz de permitirle la interrelación con los congéneres, cumpliéndose con la resocialización de la pena, algo que está contemplado en el artículo 8 del COIP.

1.1.3 Principio de proporcionalidad

Difícilmente la idea de castigo puede dejar de apreciarse como idea de venganza, esta viene a convertirse en una de tantas razones por la cual actualmente la institución jurídica de la pena pública explica convincentemente, algo que Novoa⁴ (2013) tiene relación: “con las teorías que mantienen en mayor o menor grado el principio de retribución en el ámbito de las funciones de la pena” (p. 272).

Ante lo considerado como delito, la sociedad procede a responder con otro mal, que es la pena, entre ambas razones existe una relación que Von⁵ (1993) indica “por un arcano y profundo sentido de justicia exige la presencia de una cierta igualdad o equivalencia” (p. 31). De este modo Rivacoba y Rivacoba⁶ (1995) hacen notar que, “el componente retributivo viene a configurarse como el alma de la pena” (p. 64).

Dichas consideraciones jurídicas, están dadas desde cuando se introdujo la práctica de la ley del Tali3n, idea que tuvo inicios con tintes religiosos, misma que proyectaba una noci3n de retribuci3n equitativa ante el delito cometido, esto vino a menguar la atrocidad que tenían las venganzas privadas, algo que a decir de Jiménez⁷ (1950) “se tradujo en términos generales en que la gravedad de la pena impuesta por el poder público se debía graduar en funci3n de la entidad de la lesi3n jurídica perpetrada” (p.244).

⁴ Novoa Monreal, Eduardo. (2005). *Curso de Derecho Penal*. Parte General. Tomo II. Tercera Edici3n. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.

⁵ Von Hirsch, Andrew. (1993). *Censurar y castigar*. Traducci3n de Larrauri Elena. Madrid. Editorial Trotta.

⁶ Rivacoba y Rivacoba, Manuel de. (1995). *La retribuci3n penal*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica Conosur Ltda.

⁷ Jiménez de Asúa. Luis. (1950). *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Buenos Aires. Editorial Losada.

Zaffaroni, Alagia y Slokar⁸ (2005) afirman que esto sirve como comienzo “de la actual idea de proporcionalidad algo que fue recogido posteriormente en la época del nacimiento del Derecho Penal Público” (p. 73) y posteriormente desarrollado partiendo de la época de la ilustración a partir del surgimiento de tendencias hacia la humanización de las penas, convirtiéndose en la actualidad en el verdadero principio limitador del *ius puniendi*.

Conviene señalar que actualmente, ante la necesidad de precautelar intereses y valores fundamentales por los cuales se rige la sociedad, los legisladores suelen desplegarse pluralidad de modos de actuación cuando se trata de infligir castigos, que parten fundamentalmente de criterios preventivos generales.

Esto hace que se vayan criminalizando nuevas conductas, extendiéndose cada vez más el amplio espectro de punibilidad, es decir, se tipifican más aspectos que atentan contra los bienes que tutela la justicia, con ello se castigan actos que en muchas veces no lesionan ni colocan en inmediato peligro al objeto tutelado, incluso, y bajo el mismo presupuesto, se exagera la respuesta penal habiendo elevación significativa de las penas.

En este sentido, Silva⁹ (2007) indica que: “al invocar la prevención especial y el respectivo examen de la futura peligrosidad del individuo” (p.6), donde el fundamento que tiene la pena o de las medidas de seguridad tienen alteración ante la inevitable tendencia a alejarse de la infracción primaria que tiene la norma, erosionando así el principio de culpabilidad por el hecho cometido.

⁸ Zaffaroni, Raúl Eugenio; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. (2005). *Derecho Penal Parte General*. Segunda Edición. Buenos Aires. Ediciones Ediar.

⁹ Silva Sanchez, Jesús María, (2007). *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo.* En Indret, Revista para el Análisis del Derecho N°2. <http://www.indret.com>

Se ha ido buscando un sistema que posibilite al administrador de justicia imponer penas justas a quien es responsable de la comisión de un transgresión, siendo una constante en el Derecho Penal, ante ello la doctrina se ha ido ocupando en el análisis de criterios adecuados para el administrador de justicia logre imponer la pena exacta, donde el arbitrio judicial se enmarca en esa línea, algo conocido como individualización judicial de la pena.

Como presupuesto principal que posee la individualización de la pena que permita llegar a la concreción de una justa pena, regido por que se fija de manera previa en el contexto de la pena algo que corresponde para el delito individualizado, así como dentro del marco legal, con la finalidad de avanzar hacia la fase de determinación legal intrínseca que es consustancial con la pena.

El marco penal genérico es una representación de la cantidad de pena a aplicarse, atribuible ante el cometimiento de conductas delictivas, siendo decisión de la política criminal que viene a reflejar la gravedad atribuida a la lesión, o bien sea poner en peligro el bien jurídico relacionado en un momento determinado.

En este sentido, el principio de proporcionalidad tiene la exigencia de proporción ante la gravedad de la pena en relación con lo gravoso de la actitud delictiva, la proporcionalidad debe darse en abstracto y en concreto, guardando relación con el grado del delito en el caso de la pena tiene que ser relativo con los establecido en la ley, en el caso de la pena exacta a imponer al autor según la gravedad del hecho concreto irrogado, es decir proporcionalidad concreta.

La exigencia dentro de la proporcionalidad abstracta se dirige al legislador cuando se trata de fijar marcos penales, el de proporcionalidad concreta al juez cuando se trata de imponer una pena a quien ha cometido un hecho criminal de un acto concreto, esto hace referencia a la proporcionalidad abstracta, misma que termina afectando la fijación realizada por los legisladores en los marcos normativos penales, esta parte es determinación legal de la pena. Pero no tiene relación con la proporcionalidad de la pena, cuando se trata de individualización, algo que es llevada en los Tribunales y Unidades de Garantías Penales en el marco legal, es decir, fase de individualización judicial.

No obstante, los aspectos penales deben ir configurándose de tal forma que permitan tener un margen al juez para buscar la pena de forma proporcionada ante el hecho concreto enjuiciado, tal exigencia de proporcionalidad de las penas está enmarcada en los antecedentes antiguos desarrollados en el siglo XVIII en Europa, en el marco de la preocupación humanitaria que apareció en el contexto penal.

En el artículo 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano¹⁰ de 1789 se proclamó que: “la Ley no debe señalar sino las penas estrictamente necesarias y proporcionales al delito”. Tal preocupación ante el principio de proporcionalidad inicia con Beccaria, citado por Arregui¹¹ (2014) quien logró sintetizar de forma magistral los principios del Derecho Penal actual: “la pena no puede ser violencia de uno o muchos en contra de un ciudadano, debiendo ser pública

¹⁰ ONU. *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*. www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/.../es_ddhc.pdf

¹¹ Arregui Zamorano, Pilar. (2014). *Cultura política y práctica del derecho*. Salamanca. Ediciones Universidad de Salamanca.

la pena, necesaria, pronta, siendo la menor posible proporcional al delito y emanada de las leyes.

En el caso de Alemania, el principio de proporcionalidad debe ser mayormente con el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG), en un comienzo dicho Tribunal utilizaba solamente dicho principio de forma puntual, sin que otorgue consecuencias sistemáticas, en la década del cincuenta del siglo pasado se toma en consideración al principio de proporcionalidad como precepto constitucional, tenido que ser respetado por todos los poderes del Estado, esto contemplaba que el legislador penal tenía que adecuarlo.

El tribunal BVerfG dentro de la jurisprudencia emitida estima la configuración estatal en el Estado de Derecho, Ramos¹² (2001) cita al BVerfG en la sentencia de 1957:

De los principios generales de la Constitución, y en especial del principio del Estado de Derecho, se deriva para el Derecho penal que la pena con que se amenaza ha de encontrarse en una relación justa con la gravedad del hecho y con la culpabilidad del autor... no debe ser ni desproporcionada ni inhumana... Una ley penal que contravenga esto, no podría formar parte de un orden constitucional. (p.23).

1.1.4. Objetivo que tiene el principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad es un procedimiento sencillo relativamente, teniendo como objetivo la limitación de la injerencia del Estado para evitar afectación de derechos fundamentales de los conciudadanos, dicho en otras palabras, tiene que aplicarse examen de proporcionalidad con ello se logra evaluar la

¹² Ramos Tapia, María Inmaculada. Woischnik, Jan. (2001). *Principios constitucionales en la determinación legal de los marcos penales. Especial consideración del principio de proporcionalidad.* http://www.kas.de/wf/doc/kas_8332-1522-1-30.pdf?060519165933

constitucionalidad de cierta medida restrictiva de los derechos fundamentales, habiendo fundamentación en lo relativo al medio-fin, debiendo ser legítima, idónea y útil, lo que permite la obtención de objetivos enmarcados en la Constitución.

A más de ser útil en su aplicación, tiene que adecuarse para obtener un fin legítimo, es decir, existiendo muchas opciones para que se logre el fin, debiendo optar por la opción de afectación de los postulados fundamentales que sean lo menos gravoso posible, con ello se logra el respeto por los objetivos constitucionales.

Resulta de mucha utilidad cuando es requerido tal principio para la diferenciación entre normas que tienen estructurado como regla, así como las normas que poseen estructura de principio, al igual que la forma de aplicarse. Las primeras, normativas que presentan estructura de regla, presentan base jurídica partiendo de supuestos hechos, con consecuencias jurídicas claras, siendo la forma jurídica tradicional de aplicación mediante la subsunción (adecuación de los hechos a la ley penal). Las reglas son normas que permiten la admisión de una medida única para el cumplimiento.

Las reglas no se derivan de los principios, la principal diferencia estriba en la forma de resolver conflictos, utilizando tradicionales métodos de validez, habiendo la especialidad (donde la ley especial viene a derogar la ley general), por jerarquía (ley superior procede a derogar ley inferior), temporalidad (ley posterior es derogatoria de leyes anteriores). En tanto que los principios vienen a ser mandatos de optimización que conllevan al efectivo cumplimiento en los diversos grados.

Los supuestos de hecho que tiene consecuencias no se encuentran explícitamente formulada, sino que son normas admitidas en algunas formas de interpretación, al igual que de aplicación, ello se hace uso de la ponderación, cuando se utiliza, hay enfrentamiento de dos (2) normas, con la finalidad de evitar se derrote una sobre la otra tal como tiende a suceder con las reglas, ello con la finalidad de restringir una en favor de otra, otorgando más poder o mayor validez en un caso concreto.

La palabra ponderación, deriva de la locución latina *pondus*, cuyo significado es peso, el ejercicio para la ponderación radica en sopesar principios que estén en colisión, los principios se encuentran dotados de propiedad algo que no presentan las reglas, ponderando consistentemente el peso específico que tienen los principios cuando entren en colisionan en caso concreto. De esa forma se concreta cuál de ellos es que debe limitar o restringir en cuanto a su goce y ejercicio, bajo qué medida y parámetros.

1.1.5. La proporcionalidad como atributo de los principios penales.

El examen del principio de proporcionalidad se constituye en un instrumento de control de constitucionalidad sobre medidas restrictivas de los derechos fundamentales, es una herramienta que se constituye en un principio de mucha importancia para el Derecho Constitucional material, que al ser aplicado de forma clara a través de reglas se constituye en el sistema de controles para la evaluación de constitucionalidad que tienen las medidas restrictivas sobre los derechos

fundamentales, declarando así la inconstitucionalidad o posible declaración admisible de constitucionalidad.

Su aplicación es por medio de lógica gradual, significando esto la aplicación sucesiva de controles que hacen las reglas que están ordenadas de forma cronológica y concatenadas, para ello es necesario tener conocimiento sobre la estructura del principio, así como de sus reglas para comprender su aplicación estandarizada de razonamiento. Esencialmente, radica en seguir aquellos pasos que están establecidos para las reglas, lo cual permite la reconstrucción del razonamiento, con ello se advierten fortalezas, así también posibles deficiencias que se suceden en el proceso argumentativo que gira en torno a la decisión. Permitiendo la generación de una mejor justicia, por tanto, el disfrute de derechos fundamentales inherentes a los seres humanos, constituyéndose en uno de los sustentos del ordenamiento legal interno de un Estado Constitucional.

1.1.6. Aplicabilidad del principio de proporcionalidad.

Para la aplicabilidad del principio de proporcionalidad según el método normativo, dentro del neoconstitucionalismo se tuvieron que desarrollar reglas, tales como de idoneidad, regla de necesidad, de adecuación y de ponderación.

Regla para la idoneidad. Esta regla permite la evaluación de constitucionalidad que una medida tiende a afectar hacia el disfrute de los derechos fundamentales, procediendo así a la valoración de la medida, o para constatar si la finalidad es legítima. Al evaluarse la medida como idónea, o si la medida o fines perseguidos resultan legítimos, al igual en qué radica su legitimidad, se procede al

establecimiento o finalidad de la misma son legítimas o están prohibidas en la Constitución.

Mientras que cuando una medida es restrictiva hacia los derechos fundamentales, se justificada constitucionalmente si cuenta con el respaldo de normas constitucionales, habiendo el principio de supremacía constitucional, ordenando que las restricciones a los derechos fundamentales son dables si provienen de otras normas constitucionales, normas con igual jerarquía.

Las restricciones bien pueden ser directamente constitucionales, indirectamente constitucionales, en tanto que las restricciones directamente constitucionales ejercen sobre los bienes constitucionales y derechos fundamentales que están contemplados en las normas constitucionales.

En el caso de las restricciones indirectamente constitucionales, son las limitaciones establecidas por el legislador, estando en relación de una norma constitucional, según lo expresado, la medida restrictiva hacia los derechos fundamentales se pueden considerar idóneas, legítimas, si la finalidad está prohibida constitucionalmente; siendo el caso también que su finalidad es para protección o promoción del disfrute de derechos fundamentales, bienes constitucionales, o intereses establecidos por el creador de las leyes, habiendo autorización previa de la norma constitucional.

De otra manera, la medida será ilegítima, si se restringen derechos fundamentales que bien pretenden estar constitucionalmente prohibida, o si

desfavorece disfrutar de los derechos fundamentales, bienes constitucionales o intereses legítimos.

1.1.7. Alcances del principio de proporcionalidad dentro del Derecho penal.

La proporcionalidad tiene relación con el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, Quintero¹³ (1982) “tanto al momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta)” (p. 381).

Conviene precisar que, el principio de proporcionalidad se levanta como un elemento definidor de lo que es la intervención penal, desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, y por el otro, el interés del individuo en la eficacia de una garantía consistente en que no sufrirá un castigo que exceda el límite del mal causado, en otros términos, Etcheberry¹⁴ (1997) indica que “la minimización de la violencia en el ejercicio del ius puniendi” (p. 35). Así, la justa medida de la pena se configura como un principio rector de todo el sistema penal.

La determinación de la pena se puede explicar dentro del ámbito donde no inciden solamente argumentos relativos al hecho delictivo realizado, vinculado para ello a las reglas dogmáticas de imputación, también Silva¹⁵ (2007) “una

¹³ Quintero Olivares, Gonzalo. (1982). *Acto, resultado y proporcionalidad*. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XXXV. Fase. II. MDrid. Dialnet S.A.

¹⁴ Etcheberry, Alfredo. (1997). *Derecho penal, Parte general*. Tomo I. Tercera Edición Actualizada. Santiago de Chile.. Editorial jurídica de Chile.

¹⁵ Silva Sánchez, Jesús María. (2007). *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo*. En Indret, *Revista para el Análisis del Derecho* N°2, En: <http://www.indret.com>

argumentación asentada directamente en la teoría de los fines de la pena (esto es, en principios político criminales)".

Para graficar lo arriba citado, a modo de ejemplo se establece que dicho principio exige que la actuación dolosa sea calificada como de mayor gravedad que la imprudente, y que la reacción penal en cuanto a la tentativa sea de menor jerarquía que la aplicada a la consumación. También se procede a invocar para argumentar el distinto tratamiento penal dirigido a los infractores adolescentes, en relación con el que corresponde a los sujetos adultos.

En este sentido Quintero¹⁶ (1982) “sin tener el mismo contenido del principio de igualdad se trata de aplicar desigualmente un tratamiento a lo desigual en el marco de una valoración material y político criminal” (p. 381).

El Derecho Penal tiende a regular el ejercicio punitivo y preventivo del Estado, cuya finalidad no solo es la tipificación de conductas que lesionan bienes jurídicos, también contiene y reduce el poder punitivo garantizando la hegemonía de un Estado constitucional de derechos y justicia. Sobre la base de lo citado, los códigos y leyes contienen disposiciones sistemáticas y preceptivas, que parten de una decisión política que tiene como finalidad la exigencia del respeto de la sociedad. El Código Orgánico Integral Penal (COIP), justamente surge ante la imperiosa necesidad de unificar en un solo cuerpo la legislación existente de carácter punitivo, que se encontraba dispersa en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, y cuya mayor exigencia se ve reflejada en la seguridad jurídica.

¹⁶ Quintero Olivares, Gonzalo. (1982). *Acto, resultado y proporcionalidad*. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XXXV. Fase. II. Madrid. Dilanet S.A

En el Código Orgánico Integral Penal, por una parte se tienden a proteger los derechos de las personas, pero también se limitan, garantizándose la reparación integral de las víctimas, estando en concordancia con el principio de proporcionalidad de las penas, habiéndose tomado en consideración el grado lesionado de los bienes jurídicos tutelados, todo esto en simetría con la sanción penal.

La justicia en materia penal, según los procesos de desarrollo social que se vienen dando a nivel regional y mundial implica una renovación teórica y conceptual que apunte principios como el de oportunidad, mínima intervención penal, favorabilidad, entre otras figuras jurídicas, todo esto con la finalidad de fortalecer la justicia penal en el Ecuador, al igual que sirve como mecanismo de contención del ejercicio abusivo del poder punitivo.

1.1.8 Aspectos legales y constitucionales que forman parte del sistema de administración de justicia ecuatoriano.

La Constitución aprobada en Montecristi en 2008, nació en el marco de concepción hacia nuevos paradigmas, quienes la formularon propusieron un modelo de Estado que tenga organización y una estructura distintas, en lo concerniente a la Función Judicial, también pide la imposición de modificaciones, siendo en la composición y atribuciones de tribunales y jueces, informan la actividad jurisdiccional y la sustanciación de los procesos.

Todos los aspectos citados, hacen que la Constitución tome fuerza la constitucionalización del Sistema Judicial, siendo por tanto legítima, finalmente,

El artículo 1 de la Constitución del Ecuador, señala que “El Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia...” al analizar el Estado de justicia que consagra la Constitución del Ecuador, mientras que Ávila¹⁷ (2008) señala que “La justicia se convierte en un término polisémico, presenta varios significados y aplicaciones que pueden imaginarse” (p. 2). El mismo autor cuando refiere a la justicia procede a citar, para indicar que la aplicación del derecho, tiene como resultado que se realice todo de forma justa.

Ávila¹⁸ (2008) afirma que el Estado de justicia es

Iniciando con el diseño nuevo que se ha dado en la administración de justicia, donde se convierte a jueces en creadores de derecho y garantes de los derechos y horizontalizar la judicatura, para luego partiendo de la igualdad de jueces; a quienes se solicita hacer un análisis judicial individual eficiente, justicia restaurativa, y la preeminencia del litigio con incidencia social, justicia distributiva (p. 228).

La Constitución del Ecuador luego del artículo 167, incorpora el sistema de justicia, el cual hace referencia a la estructuración de diferentes organismos del Estado que cumplen un rol determinado en relación a la justicia, por medio de competencias de subordinación, autonomía y coordinación. En este sentido, Peña¹⁹ (2013) hace notar que “al citar competencias de subordinación están son correspondientes al Consejo Nacional de la Judicatura, en tanto que las competencias de autonomía dirigidas a la

¹⁷ Ávila Santamaría, Ramiro. (2009). *Ecuador Estado Constitucional de derechos y justicia. La Constitución de 2008 en el contexto andino*. Quito. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

¹⁸ Ávila Linzán, Luis Fernando. (2008). *La constitucionalización de la administración de justicia en la Constitución de 2008. La Constitución del 2008 en el contexto andino*. Quito. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

¹⁹ Peña Núñez, Paúl. (2010). *La justicia en la Constitución*. Ecuador. <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/funcionjudicial/2010/12/20/la-justicia-en-la-constitucion>

Defensoría Pública, así como al Ministerio Público, las competencias de coordinación a la ley” (p.23).

En el caso de los objetivos citados puedan plasmarse, urge la institucionalización de los principios como un imperativo, es decir, no basta solo como simples enunciados, ya que la administración de justicia ha sido constitucionalizada, con ello se tiene un sistema de justicia fuerte, con capacidad para que se legitimen a los ciudadanos, lográndose solamente cuando hay imparcialidad e independencia.

De igual manera se necesita tener talento humano idóneo de administradores de justicia capacitados debidamente, de lo contrario no se podrá brindar la tutela adecuada; así también tienen que contar con los poderes necesarios para que se conduzca de forma adecuada todos los procesos que tengan a cargo, al transformar la justicia se tiene implícito la necesidad de tener normativas legales adecuadas, para instrumentar dichos anhelos, debiendo contar con infraestructura funcional.

Conviene citar que al haber buena coordinación por parte de los órganos, instituciones y personas que forman parte del sector de justicia, sumado a que la carrera judicial logre garantizar a las personas idóneas, comprometidas y competentes para que tengan la delicada tarea de dirimir conflictos de importancia jurídica.

El Estado al ser el primero que puede brindar excelencia en las condiciones del servicio público para la administración de justicia, primero debe hacerse es acomodar a un ente organizativo de tanta importancia logre acomodarse a las finalidades que se requieren.

Por eso se afirma que el derecho hacia la tutela judicial efectiva, viene a ser derecho de prestación, por tanto el Estado está en la obligación de brindar las condiciones necesarias para que puedan los tribunales otorgar cobertura adecuada.

Aguirre²⁰ (2012) indica que “juezas y jueces adquieren un nuevo rol” (p.11), en tanto que el Consejo de la Judicatura el órgano que dicta las directrices para la administración de la Función Judicial con la aprobación de la Constitución de 2008 tuvo mayores cambios por hacer.

Fundamentación legal.

Constitución de la República del Ecuador.

Art. 3.-Son deberes primordiales del Estado:

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.

Art. 11.-El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

²⁰ Aguirre Guzmán, Vanesa. (2012). *La administración de justicia en Ecuador*. Universidad Andina Simón Bolívar. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4108/1/Aguirre,%20V.-La%20administracion.pdf>

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

...El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

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

Art. 428.- Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.

Código Orgánico Integral Penal.

Art. 12.- Derechos y garantías de las personas privadas de libertad.- Las personas privadas de libertad gozarán de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución de la República y los instrumentos internacionales de derechos humanos:

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

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente. Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:

1. Reglas de solución de antinomias.- Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior.

2. Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de

antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

Art. 142.- Procedimiento.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido. En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte Constitucional no se pronuncia, el proceso seguirá sustanciándose. Si la Corte Constitucional resolviere luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección por parte de quien hubiere sido perjudicado por recibir un fallo o resolución contraria a la resolución de la Corte Constitucional. No se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma jurídica impugnada por la jueza o juez es resuelta en sentencia. El tiempo de suspensión de la causa no se computará para efectos de la prescripción de la acción o del proceso.

Código Orgánico de la Función Judicial.

Art. 4.- PRINCIPIO DE SUPREMACIA CONSTITUCIONAL.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido. En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el proceso seguirá sustanciándose. Si la Corte resolviere luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección por parte de quien hubiere sido perjudicado por recibir un fallo o resolución contraria a la resolución de la Corte Constitucional. No se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma jurídica impugnada por la jueza o juez es resuelta en sentencia.

CAPÍTULO II

2. Desarrollo de la investigación.

El argumento jurídico presupone la evaluación de preceptos legales, reviste gran importancia en el ámbito jurisdiccional debido que se recurre a la doctrina, jurisprudencia que son sus vertientes principales, la teoría de la argumentación o del debate implica la dialéctica parlamentaria, diálogo, conversación y por supuesto el arte de persuadir con argumentos. Estudia las reglas de la inferencia, la lógica y las reglas de procedimiento en ambos sistemas.

Aunque en la teoría de la argumentación se incluye el debate y la negociación, las cuales están dirigidas a alcanzar unas conclusiones de mutuo acuerdo aceptables, la misma nos lleva a justificar el test de proporcionalidad, ya que es aquí en donde los argumentos que juegan a favor de la realización del principio constitucional que respalda la intervención legislativa, para Bernal²¹ (2007) es algo que “deben tener un peso por lo menos equivalente al de los argumentos que juegan en contra de la intervención en el derecho fundamental” (p.45).

Se utiliza la argumentación es usada en la ley, en los juicios, para probar y comprobar la validez de ciertos tipos de evidencias, el argumento de prestigio que se caracteriza con más claridad es el argumento jurídico, el cual utiliza actos o juicios de una persona o de un grupo de personas como el medio de prueba a favor de una tesis.

La función esencial de los procedimientos judiciales, en los cuales cabe, es básicamente elegir o dictaminar entre las dos posiciones adversas, más que intentar lograr una posición intermedia y satisfactoria para ambas partes, lo primero que debe advertirse es que se trata de un procedimiento racional que logra en una situación concreta, en la que colisionan principios constitucionales, determinar el que vence por tener mayor peso y así decidir la controversia. La ponderación como método pretende encontrar el camino para llegar al equilibrio entre los principios en conflicto y para hallar finalmente su compatibilidad.

²¹ Bernal Pulido, Carlos. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Zavala²² (2009) señala que, por el contrario, “con la ponderación siempre debe prevalecer uno que derrota al que se le ha puesto al frente para contradecirlo, debe prevalecer el que proporciona la justicia del caso” (p.71), el derecho es esencialmente una actividad argumentativa que tiene que ver con el lenguaje, con la lógica y con otras formas de argumentación, algo soslayadas en torno a la cultura jurídica contemporánea.

De dicha confrontación surge una resolución o una nueva forma de comprender el problema, siendo la interpretación un lenguaje de acción, que se destina a persuadir y convencer con la finalidad del establecimiento de cierta pretensión, pudiendo ser de justicia o de verdad.

Hay otros factores de carácter práctico, debido a que el derecho es una actividad donde los actores intervinientes tiene que dedicar esfuerzo significativo al argumento, esto se puede evidenciar en el juicio oral, siendo característico de los Estados constitucionales de derecho donde la interpretación de normas implica otorgarle sentido.

La motivación en torno a las decisiones judiciales nacen como principios constitucionales de los que conforman el llamado debido proceso, que viene a imponer presupuesto de validez de resoluciones de los poderes públicos; en el caso de la motivación, debe contraerse a la enunciación de la normas o principios jurídicos en los

²² Zavala Egas, Jorge. (2009). *Apuntes sobre neoconstitucionalismo, acciones de protección y ponderación, acción de inconstitucionalidad y proceso constitucional. Un caso: La declaración patrimonial*. En su libro: *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*.. Guayaquil. Edilex S.A. Editores.

cuales se fundamenta, debiendo explicar por tanto la pertinencia de dicha aplicación ante los antecedentes de hecho.

Comanducci²³ (2007) afirma que: “En la argumentación jurídica como uno de los aspectos relevantes del neoconstitucionalismo, se debate el problema de la especificidad de la interpretación constitucional” (p.91). El neoconstitucionalismo como teoría, se constituye en núcleo de nueva concepción del derecho, ya no tienen cabida los moldes del positivismo jurídico, dicha concepción lleva a poner particular énfasis en el derecho como una práctica argumentativa, aunque naturalmente no sea solo argumentación.

La protección que tiene el valor jurídico de la Constitución, no cabe duda que tiene mucha relación con la teoría jurídica de la interpretación, ya que sólo si se utilizan los métodos jurídicos para el análisis objetivo que serán aplicados con criterios, puede entonces hablarse de un orden jurídico constitucional.

El carácter normativo de la Constitución tiene implícito la necesidad de que su interpretación sea acomodada a reglas válidas, para su interpretación de norma jurídica, dicha necesidad no niega que existan modalidades atípicas de cada sector del ordenamiento, aunque tampoco puede eludirse apelando a modalidades o ignorando indispensables estructuras en común.

El conflicto más grave que se genera en torno a las normas en el ordenamiento jurídico se produce cuando se acusa a personas de infringir las leyes que contienen

²³ Comanducci, Paolo. (2007). *Modelos e interpretación de la Constitución*. En Miguel Carbonell. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid. Editorial Trotta.

penas desproporcionadas, por tanto, aunque no se contemple como obligación de los jueces aplicar dicha proporcionalidad, ya que el artículo 76 de la Carta Magna numeral 6 ordena: “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las sanciones e infracciones”. Haciéndose fundamental la aplicación de proporcionalidad *ex post* de tribunales penales con ello se evita que sus sentencias sean desproporcionales.

Conviene citar que el principio de mínima intervención penal para Blanco citado por Villegas²⁴ (2009), afirma que: “El Derecho Penal no toma cuerpo o no tiene que intervenir cuando se trata de regular comportamientos del ser humano en sociedad, también evita atentados graves que estén dirigidos en contra de los bienes jurídicos tutelados” (p.21). Es decir, que este principio al formar parte del principio de proporcionalidad que prohíbe el exceso, tiene como exigencia el sustento en el doble carácter que establece el Derecho Penal, no logran protegerse todos los bienes jurídicos solamente aquellos que resultan tener mayor importancia para la convivencia social. Por ser derecho subsidiario que, como última ratio opera solo cuando el orden jurídico no puede ser restaurado tampoco preservado de forma eficaz por medio de otras soluciones menos drásticas que la sanción penal.

Por tanto, el principio de proporcionalidad no se concibe como ponderación abstracta entre peso de las respectivas magnitudes de la pena y del delito, siendo más bien su objetivo la búsqueda de la eficacia, siendo proporcionada la pena en la medida en que su contenido de violencia resulte suficiente para que se logre los fines aspirados. En las palabras del Hernández citado por Villegas²⁵ (2009), sus límites se

²⁴ Villegas Fernández, Jesús Manuel. (2009). *¿Qué es el principio de intervención mínima?* España. Revista Internauta de Práctica Jurídica. https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num23/Principio.pdf

²⁵ Villegas Fernández, Jesús Manuel. (2009). *¿Qué es el principio de intervención mínima?*. España. Revista Internauta de Práctica Jurídica. https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num23/Principio.pdf

exceden cuando se produzca una “inadecuación clara entre el medio empleado y las finalidades obtenidas”.

La Constitución aprobada en Montecristi establece que la finalidad de la pena es la rehabilitación y resocialización de quien cometió un tipo penal específico, logrando con ello excluir a lugares especiales a personas que tienen comportamiento transgresor, sin embargo, al estar encerrados en lugares inapropiados en cuanto a infraestructura, quienes están en los centros de reclusión pueden profundizar en aquellas conductas antisociales, en vez de regenerarse salir con más ganas de delinquir.

Sin con la pena se pretende reparar el derecho de la víctima, cuando la persona es sentenciada en base a una pena desproporcionada no solo se comete un acto de injusticia, también se lo somete a un castigo psicológico debido a que pasará en un lugar donde las condiciones para la rehabilitación no son las idóneas. Con ello no se logra tener un cuerpo legal como el COIP eficientista, solo por el hecho de que el sistema penal es punitivo, que puede ser medido por la cantidad de sentencias condenatorias, por ende una mayor cantidad de personas privadas de libertad y en un menor tiempo posible. Más bien, el éxito, por usar un término, es que haya la mínima intervención penal del Estado, la cual está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituyéndose en el último recurso o salida que se tiene ante un conflicto social.

Debe descartarse al punitivismo como principio básico de la presunción de culpabilidad, a pesar de que el imputado sea inocente, eso no quiere decir que se pretenda beneficiar al culpable.

Se dio el caso en el Ecuador, en la provincia de Carchi, que se condenó a cinco años de prisión a una persona por contrabandear 40 galones de gasolina, pero al enterarse el Presidente de la República lo indultó ante el pedido de su hija quien le hizo entrega de una carta. El presidente, en su momento afirmó que tal pena es desproporcionada. También se dio el caso de otra persona que fue sentenciada a cinco años de cárcel por el contrabando de seis galones de gasolina, siendo el equivalente en dinero a \$8,40.

Cuando el legislador no cuenta con mecanismos técnicos que permitan la predeterminación de penas para delitos de forma proporcional se producen casos de indebida aplicación de la proporcionalidad, a pesar de que la Carta Magna ordena el principio de proporcionalidad en el artículo 76. En la realidad tiende a suceder lo contrario, debido a que el sistema penal vulnera de forma flagrante derechos fundamentales de los individuos, de manera principal el derecho a la libertad cuando establece penas exageradas que no están en consonancia con el delito cometido.

Habría proporcionalidad entre delitos y penas si existe equiparación valorativa, es decir la pena tiene que ser adecuada al acto, debiendo el legislador cuando determina una pena con el delito encontrar la concordancia en base a criterios técnicos, dejando de lado circunstancias particulares de tipo político penal. Esto provoca distorsión del principio de proporcionalidad, algo que en la actualidad permite apreciar

que infracciones menores tienen penas severas que son equiparables a infracciones más graves, o viceversa.

Es decir, no hay parámetros aritméticos proporcionales, es una actividad que plantea el legislador como proponente de una ley, la escala del castigo se constituye en parámetro de proporcionalidad que permite el cotejamiento para que una pena deje de ser más grave que otra, se cita como ejemplo, la comparación entre la pena por tráfico de drogas, de personas, resulta mayor que de homicidio, o viene a ser mayor que de violación.

Como efecto de la indebida aplicación del principio de proporcionalidad, se tiene que al pasar más tiempo en un centro de rehabilitación social, más cuesta a esa persona su reinserción a la sociedad, viéndose casos en que es necesario revisar el incremento de penas. Un ejemplo claro es del ex ministro de Deportes, Raúl Carrión, quien fue sentenciado en 2014 a tres meses de prisión por delito de peculado, versus alguien que es encontrado con dosis bajas de sustancias sujetas a fiscalización. Notándose la asimetría, desproporcionalidad de la legislación y de la justicia, por tanto, debe tratar de proporcionarla por parte de la Función Judicial, donde los jueces que son los encargados de aplicar la justicia puedan aplicarla de forma idónea, y no solo aplicar el principio de legalidad, (aplicación de la pena ordenada en la ley) .

CAPÍTULO III

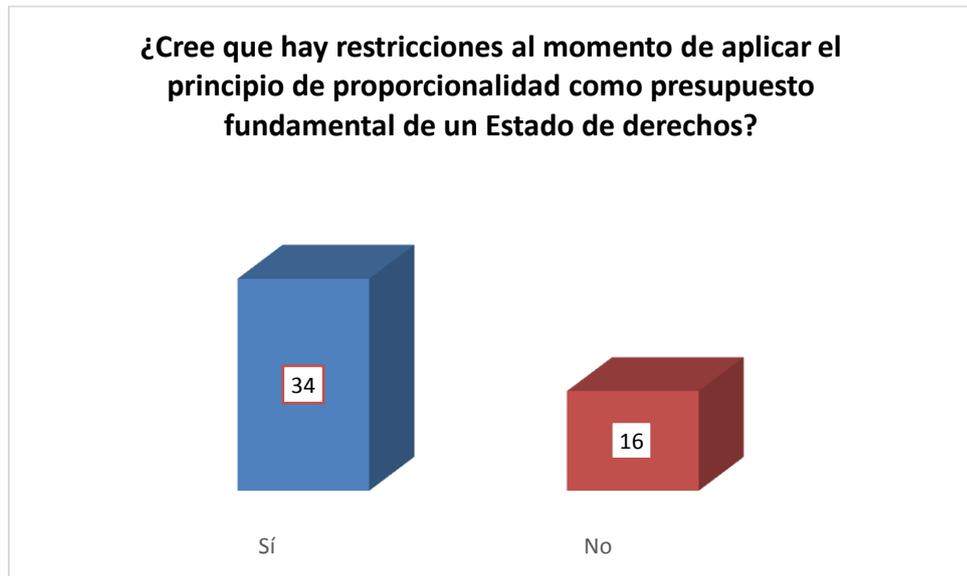
3. Análisis e interpretación de los resultados.

1. ¿Cree que hay restricciones al momento de aplicar el principio de proporcionalidad como presupuesto fundamental de un Estado de derecho?

Cuadro No. 1

Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Sí	34	68
No	16	32
Total	50	100%

Gráfico No. 1



Análisis e interpretación de los resultados.

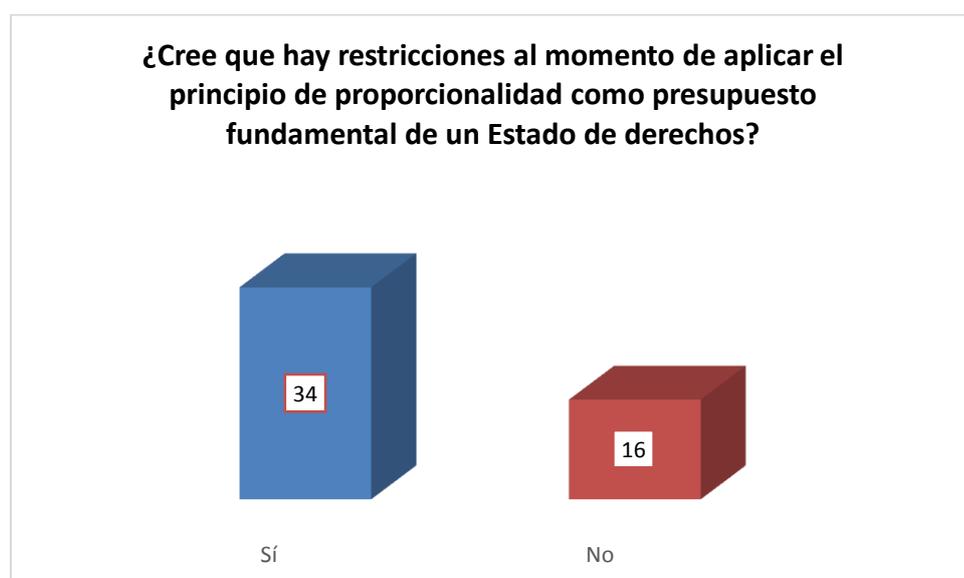
El 68% de los encuestados cree que sí hay restricciones al momento de aplicar el principio de proporcionalidad como presupuesto fundamental de un Estado de derecho; y, el 32% respondió que no.

2. ¿Tiene conocimiento de quién debe ejercer la competencia para que se declare la pena como desproporcional?

Cuadro No. 2

Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Sí	19	38
No	31	62
Total	50	100%

Gráfico No. 2



Análisis e interpretación de los resultados.

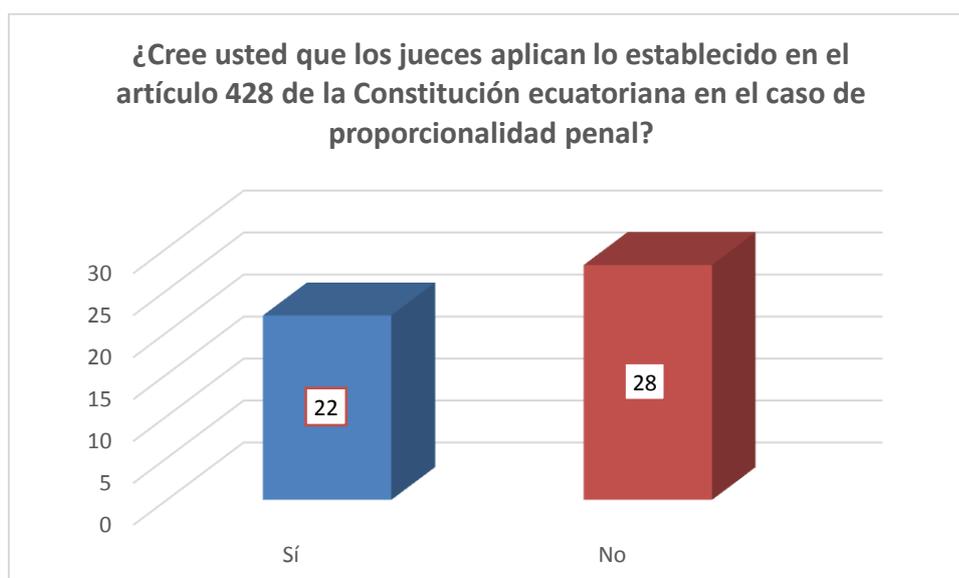
El 38% de los encuestados sí tiene conocimiento de quién debe ejercer la competencia para que se declare la pena como desproporcional; y, el 62% contestaron que no.

3. ¿Cree usted que los jueces aplican lo establecido en el artículo 428 de la Constitución ecuatoriana en el caso de proporcionalidad penal?

Cuadro No. 3

Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Sí	22	44
No	28	56
Total	50	100%

Gráfico No. 3



Análisis e interpretación de los resultados.

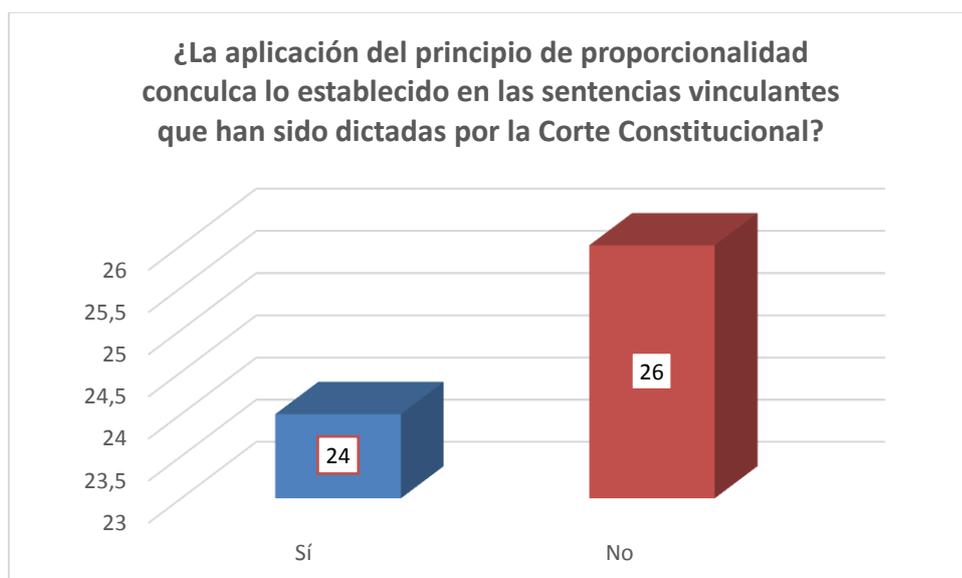
El 44% de los encuestados creen que los jueces sí aplican lo establecido en el artículo 428 de la Constitución ecuatoriana en el caso de proporcionalidad penal; y, el 56% contestaron que no.

4. ¿La aplicación del principio de proporcionalidad conculca lo establecido en las sentencias vinculantes que han sido dictadas por la Corte Constitucional?

Cuadro No. 4

Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Sí	24	48
No	26	52
Total	50	100%

Gráfico No. 4



Análisis e interpretación de los resultados.

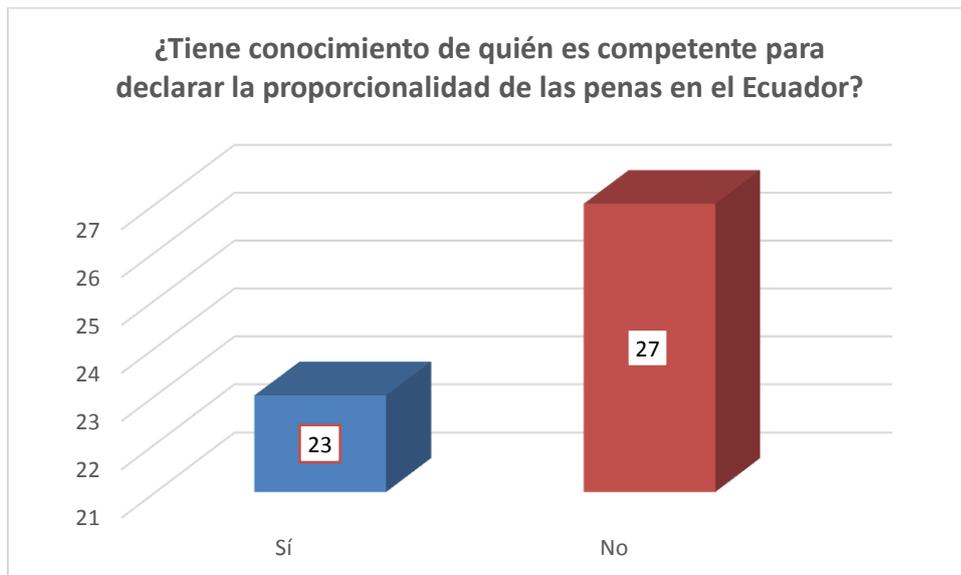
El 48% de los encuestados respondieron que la aplicación del principio de proporcionalidad sí conculca lo establecido en las sentencias vinculantes que han sido dictadas por la Corte Constitucional; y, el 52% que no.

5. ¿Tiene conocimiento de quién es competente para declarar la proporcionalidad de las penas en el Ecuador?

Cuadro No. 5

Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Sí	23	46
No	27	54
Total	50	100%

Gráfico No. 5



Análisis e interpretación de los resultados.

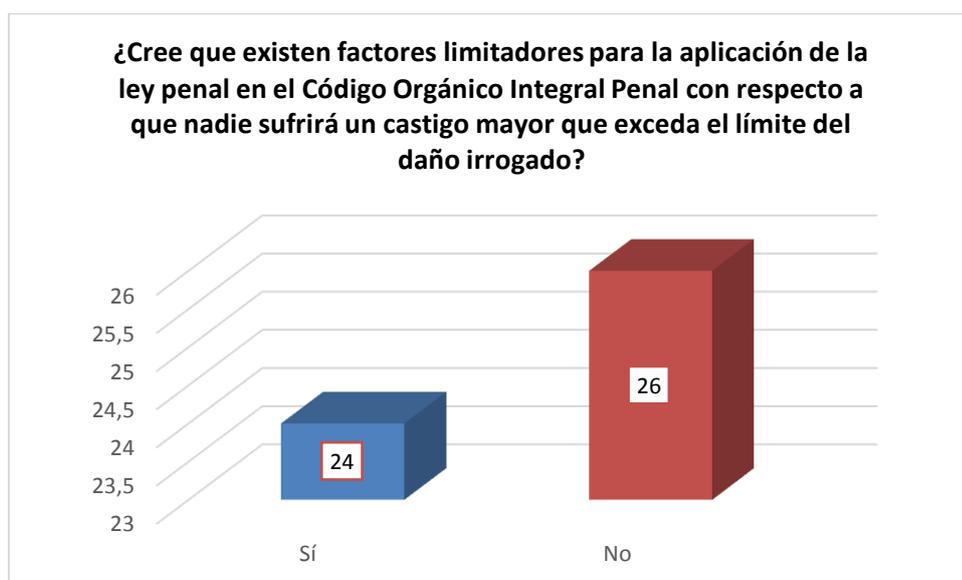
El 46% de los encuestados sí tiene conocimiento de quién es competente para declarar la proporcionalidad de las penas en el Ecuador; y, el 54% que no.

6. ¿Cree que existen factores limitadores para la aplicación de la ley penal en el Código Orgánico Integral Penal con respecto a que nadie sufrirá un castigo mayor que exceda el límite del daño irrogado?

Cuadro No. 6

Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Sí	24	48
No	26	52
Total	50	100%

Gráfico No. 6



Análisis e interpretación de los resultados.

El 48% de los encuestados sí cree que existen factores limitadores para la aplicación de la ley penal en el Código Orgánico Integral Penal con respecto a que nadie sufrirá un castigo mayor que exceda el límite del daño irrogado; y, el 52% que no.

CAPÍTULO IV

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. Conclusiones

Los derechos ordenados en la Constitución ecuatoriana por ser fundamentales, están amparados partiendo del principio de su eficacia directa, traducido en la aplicación inmediata por tratarse de un precepto constitucional, no pudiendo ser restringidos bajo ningún concepto, tal como indica el artículo 11 numeral de dicho cuerpo normativo “4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”.

Al aplicarse el principio de proporcionalidad en fallos judiciales así como en otros derechos constitucionales, la Corte Constitucional debe aplicar lo que sea más favorable al imputado cuando se presenten litigios, es necesario que quede claro quién debe llevar a efecto tal aplicación legal; tomando en consideración que una normativa que tenga una sanción desproporcional pasa a convertirse en norma inconstitucional, debiendo analizarse de quien es la facultad para declararla dicha constitucionalidad.

El marco penal abstracto debe estar en consonancia con la gravedad del tipo penal para que el principio de proporcionalidad pueda ser parte de las herramientas legales con las que cuenten los actores del entramado jurídico, para que se justifique la imposición de una pena a la persona que sea responsable ante la comisión de una infracción. Es decir, que debe guardar proporcionalidad con el daño irrogado.

El principio de proporcionalidad se erige en un elemento definidor de aquello que implica la intervención penal, por tanto, debe estar en consonancia a lo establecido en la Carta Magna, al igual que el Código Orgánico Integral Penal, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el Código Orgánico de la Función Judicial, sumado a los convenios y tratados internacionales de Derechos Humanos.

4. 2. Recomendaciones

Difundir entre todos los actores jurídicos la importancia que tiene el principio de proporcionalidad contemplado en la administración de justicia ecuatoriana, debido a que como presupone la ponderación de bienes jurídicos constitucionales debe delimitarse y concretarse en torno a los derechos constitucionales, convirtiéndose en límite de las arbitrariedades que puedan darse por parte de los operadores de justicia, con lo cual al vulnerarse derechos fundamentales tiende por tanto a limitarlos. Lo que evita es que el Estado por medio de sus instituciones que conforman el sistema de justicia vean regulada su facultad sancionadora, es decir, no deben pasar la barrera impuesta por el principio de proporcionalidad, debiendo siempre observarse la forma apropiada de aplicar medidas restrictivas sin que ello implique entrar en autoritarismos.

Sugerir que en la Asamblea Nacional traten una reforma a la normativa penal en torno a la proporcionalidad de las penas, para lo cual deben tomarse en consideración herramientas técnicas con la finalidad que se fijen las penas de modo técnico, de modo que sean proporcionales con la gravedad del delito irrogado. Al modificar la pena debe tener criterios medibles, cuantificables y objetivos con ello se mejora el sistema jurídico penal garantista, encontrándose en concordancia con lo establecido en el artículo 76 de la Carta Magna, al igual que lo establecido en el artículo 12 del COIP.

BIBLIOGRAFÍA

- Arregui Zamorano, Pilar. (2014). *Cultura política y práctica del derecho*. Salamanca. Ediciones universidad de salamanca.
- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi
- Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito.
- Aguirre Guzmán, Vanesa. (2012). *La administración de justicia en Ecuador*. Universidad Andina Simón Bolívar.
<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4108/1/Aguirre,%20V.-La%20administracion.pdf>
- Ávila Linzán, Luis Fernando. (2008,). *La constitucionalización de la administración de justicia en la Constitución de 2008, La Constitución del 2008 en el contexto andino*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito.
- Ávila Santamaría, Ramiro. (2009). *Ecuador Estado Constitucional de derechos y justicia. La Constitución de 2008 en el contexto andino*. Quito. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Bernal Pulido, Carlos. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
- Comanducci, Paolo. (2007). *Modelos e interpretación de la Constitución*. En Miguel Carbonell. *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta.
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (1996) *Sentencia No. C-070/96*. Colombia. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-070-96.htm#6609>
- Etcheberry, Alfredo. (1997). *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Tercera Edición Actualizada. Santiago de Chile. Editorial jurídica de Chile.

Jiménez de Asúa, Luis. (1950). *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Buenos Aires. Editorial Losada.

Nietzsche, Friedrich. (s.f). *Genealogía de la moral*. Versión disponible en internet: [http://www.pensament.com/filoxarxa/filoxarxa/pdf/Nietzsche,Friedrich-Genealogía de la moral \(completo\).pdf](http://www.pensament.com/filoxarxa/filoxarxa/pdf/Nietzsche,Friedrich-Genealogía%20de%20la%20moral%20(completo).pdf),

Novoa Monreal, Eduardo. (2005). *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Tomo II, Tercera Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.

Peña Núñez, Paúl. (2010). *La justicia en la Constitución*. Ecuador. <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/funcionjudicial/2010/12/20/la-justicia-en-la-constitucion>

Quintero Olivares, Gonzalo. (1982). *Acto, resultado y proporcionalidad*. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XXXV. Fase. II Madrid. Dilanet S.A.

Ramos Tapia, María. Woischnik, Jan. (2001). *Principios constitucionales en la determinación legal de los marcos penales*. Especial consideración del principio de proporcionalidad. http://www.kas.de/wf/doc/kas_8332-1522-1-30.pdf?060519165933

Rivacoba y Rivacoba, Manuel de. (1995). *La retribución penal*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica Conosur Ltda.

Silva Sanchez, Jesús María. (2007). *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo*. En Indret, *Revista para el Análisis del Derecho* N°2. <http://www.indret.com>

Villegas Fernández, Jesús Manuel. (2009). *¿Qué es el principio de intervención mínima?*. España. Revista Internauta de Práctica Jurídica. https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num23/Principio.pdf

Von Hirsch, Andrew. (1993). *Censurar y castigar*. Traducción de Larrauri Elena. Madrid. Editorial Trotta.

Zaffaroni, Raúl Eugenio. Alagia, Alejandro. Slokar, Alejandro. (2005). *Derecho Penal Parte General*. Segunda Edición. Buenos Aires. Argentina. Ediciones Ediar.

Zavala Egas, Jorge. (2009). *Apuntes sobre neoconstitucionalismo, acciones de protección y ponderación, acción de inconstitucionalidad y proceso constitucional. Un caso: La declaración patrimonial*. En su libro: *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*.. Guayaquil. Edilex S.A. Editores.

ANEXOS

FORMATO DE ENCUESTA

1. ¿Cree que hay restricciones al momento de aplicar el principio de proporcionalidad como presupuesto fundamental de un Estado de derecho?

Sí

No

2. ¿Tiene conocimiento de quién debe ejercer la competencia para que se declare la pena como desproporcional?

Sí

No

3. ¿Cree usted que los jueces aplican lo establecido en el artículo 428 de la Constitución ecuatoriana en el caso de proporcionalidad penal?

Sí

No

4. ¿La aplicación del principio de proporcionalidad conculca lo establecido en las sentencias vinculantes que han sido dictadas por la Corte Constitucional?

Sí

No

5. ¿Tiene conocimiento de quién es competente para declarar la proporcionalidad de las penas en el Ecuador?

Sí

No

6. ¿Cree que existen factores limitadores para la aplicación de la ley penal en el Código Orgánico Integral Penal con respecto a que nadie sufrirá un castigo mayor que exceda el límite del daño irrogado?

Sí

No

RAFAEL CORREA CONCEDIÓ INDULTO, PIDIÓ REFORMA DEL COIP Y CRITICÓ AL BLOQUE PAIS Y A MINISTRA

El expresidente Rafael Correa minutos antes de terminar su informe de labores el sábado 17 de octubre de 2015, hizo cuestionamientos a Ledy Zuñiga la exministra de Justicia, por sanciones penales que él consideraba polémicas contempladas en el Código Orgánico Integral Penal.

Esto sucedió después que el mandatario leyó de forma pública una carta entregada por una niña carchense en la víspera del enlace sabatino, cuando se encontraba almorzando, en la misiva le solicitaban ayuda como primer mandatario para que su papá quien fue con las iniciales F.A.G. se encontraba en prisión hace once (11) meses, ya que había sido condenado a cinco (5) años al haber contrabandeado cuarenta (40) galones de gasolina.

El presidente afirmó: al leer esto no podía creerlo por cuanto cuarenta (40) galones tienen un precio de sesenta (60) dólares, ante esto se preguntó ¿Cómo una persona es condenada a estar cinco (5) años en prisión cuando da un total de sesenta dólares (\$60) por contrabando de combustible? Con ese argumento cuestionó y exigió a la ministra Lady Zúñiga que tome acciones inmediatas.

La ministra se defendió argumentando que aquello estaba tipificado en el Código Orgánico Integral Penal, esto es común, es decir el contrabando en las provincias fronterizas con Perú o Colombia, y luego prosiguió, que se iban a tomar cartas en el asunto para hacer reformas al Código Orgánico Integral Penal. El expresidente argumentó que esto es inadmisibile.

El entonces presidente puso como ejemplo el endurecimiento de penas de penas por microtráfico, que al imponer un pena mínima de un (1) año, se argumentaba que se iba en contra de la dosimetría penal, algo considerado demasiado en relación al microtráfico, más bien esto criminalizaba la pobreza, habiendo contradicción con respecto a lo tratado en la carta enviada por la niña.

La contradicción es tanta que ante el microtráfico se pusieron muchas objeciones, en tanto que un ciudadano acusada de contrabandear cuarenta (40) galones de gasolina, por un monto de sesenta (\$60) se lo condena a pasar cinco (5) años en una prisión. Ante lo cual la ministra afirmó que esto es paradójico debido a que la pena impuesta era la pena mínima, estableciéndose hasta siete (7) años de prisión ante casos como el citado por el presidente. El expresidente agregó que para el ciudadano carchense debe existir una sanción penal, pero que la impuesta era excesiva.

Una vez que se fueron haciendo las respectivas descargas por parte del expresidente y la exministra, procedió a la firma del indulto para la persona condenada a cinco (5) años por haber contrabandeado los cuarenta (40) galones de gasolina, pidiendo las debidas disculpas a la niña que escribió la carta así como a sus familiares.