

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL
ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADA

“DETERMINACIÓN LEGISLATIVA DE LAS PENAS
PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN EL CÓDIGO
ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”

AUTORA: MIKAELLA ANDRADE RODRÍGUEZ

DIRECTOR: DR. RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA

QUITO, JULIO DE 2017

Quito, 10 de julio de 2017

Doctor
Íñigo Salvador Crespo
DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Ciudad.-

De mis consideraciones:

Cumplo con presentar el informe de la disertación "Determinación legislativa de las penas privativas de libertad en el Código Orgánico Integral Penal" de la estudiante Mikaela Andrade Rodríguez.

El trabajo cumple con todos los requerimientos metodológicos exigidos por la Universidad y por la Facultad.

La estudiante ha realizado una completa investigación, sustentada en actuales fuentes doctrinarias y Derecho comparado. Mucho aporte en cuanto al análisis de las instituciones abordadas y pertinentes las fuentes consultadas. Destaca el análisis sobre los principios constitucionales que limitan la determinación legislativa de las penas.

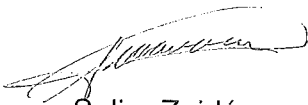
Sugiero a la estudiante que para la defensa de su trabajo, revise jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre la libertad de configuración legislativa.

La disertación aporta con una interesante investigación sobre el proceso de formación del Código Orgánico Integral Penal.

Las conclusiones y recomendaciones están mal formuladas, son un resumen y no tienen relación con cada uno de los capítulos. ES una gran tesis que podía cerrar con recomendaciones vinculadas con conclusiones correctamente planteadas.

Por lo expuesto, la calificación de la presente disertación es de 9/10 (nueve sobre diez puntos).

Atentamente,



Salim Zaidán
DOCENTE

Recibido 10/07/2017



Joy: Por favor acompaña a la carpeta de la estudiante. 24/06/2017

Quito, 21 de junio del 2017

Señor Doctor

Iñigo Salvador Crespo

DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

Presente.-

De mis consideraciones:

En contestación al atento oficio No. 054-SJG-2017 de 13 de junio del presente año, suscrito por el señor Secretario Abogado de la Facultad y, encontrándome dentro del plazo correspondiente, me permito emitir el informe requerido en relación a la disertación de abogacía elaborada por la señorita estudiante **MIKAELLA ANDRADE RODRÍGUEZ**, intitulada: "*Determinación legislativa de las penas privativas de libertad en el Código Orgánico Integral Penal*", en los siguientes términos:

1.- ASPECTO CUALITATIVO DE LA INVESTIGACIÓN

Revisado como ha sido el trabajo investigativo, salta a la vista una preocupación válida de la autora, misma que, en conexión con nuestras disposiciones constitucionales y la finalidad normativizada de nuestro régimen penitenciario, nos permite concluir que las actividades llevadas a cabo por nuestros legisladores no fueron del todo prolijas, y nos colocan ante un producto jurídico que debe ser sometido a una revisión y posterior modificación, básicamente en lo que tiene que ver con la real finalidad o propósito de las penas privativas de libertad.

Los primeros capítulos que componen la disertación, demuestran una investigación doctrinaria bastante aceptable respecto a los principios constitucionales que limitan la determinación legislativa de las penas, así como el esbozo panorámico de las varias Escuelas relativas a la finalidad de la pena; y, es en el capítulo tercero, en donde la investigadora entrega su mayor aporte, en tanto y en cuanto efectúa un recuento de los varios borradores o anteproyectos del Código Orgánico Integral Penal, para demostrar así las varias mutaciones que se evidenciaron desde las políticas públicas del sistema penitenciario, hasta el planteamiento esquemático de la ejecución de las decisiones judiciales.

Juan González 35-26 y Juan Pablo Sanz
Edificio Vizcaya II Torre Norte Oficina 4-A
Quito-Ecuador
Teléfono: 593 (2) 2242275
www.araujoasociados.net
paulina@araujoasociados.net



A pesar de lo dicho, me permito hacer las siguientes observaciones:

a) Hoy por hoy, si hablamos de rehabilitación y reinserción social como finalidad de las penas, no podemos obviar remitirnos al criterio del Prof. argentino Mariano Silvestroni, quien en su obra "*Teoría constitucional del delito*" (obra disponible en la Biblioteca de la PUCE) se permite hacer ciertos aportes por demás interesantes, ya que al fin de cuentas expone que sería inconstitucional compeler al reo a aceptar ciertas conductas y/o actividades dentro del régimen penitenciario, cuando bien podría autodeterminarse estando en prisión.

Es más, bien sabemos que no existe una comprobación de la efectiva rehabilitación del sentenciado para la recuperación de la libertad, sino solo la verificación del tiempo impuesto en el fallo condenatorio.

b) Otro asunto que pudo ser mejor desarrollado, se refiere a los métodos de interpretación constitucional, que en ocasiones difieren a los se aplica en el ámbito del Derecho Penal; esto más, porque la autora de la disertación intenta sustentar su hipótesis central en los varios principios constitucionales que tienen relación con el ejercicio legítimo del *ius puniendi*.

c) Tomando lo contenido en el literal anterior, también se pudo desarrollar de mejor manera lo referente a la mínima intervención penal, por medio de las dos aristas que la explican y que confluyen en su carácter fragmentario y subsidiario.

d) Lo propio se puede advertir del principio de legalidad, del cual era ineluctable citar, en lo que a doctrina se refiere, al jurista *Paul Johann Anselm von Feuerbach*, en vista de que fue él y no el maestro C. Beccaria, quien propuso la fórmula jurídica del *nullum crimen nulla poena sine lege previa*, que dicho sea de paso en el Ecuador, puede ser diferenciada entre el derecho fundamental (legalidad) y la consecuente *reserva de ley*, que abarca no solo a lo penal, sino se extiende para todo tipo de infracción que suponga la imposición de una sanción.

d) En lo que concierne al principio de legalidad además, se pudo analizar las implicaciones de sus vertientes formal y material, ya que esto le hubiese permitido a la alumna la verificación de, por ejemplo, sendos tipos en blanco del COIP, que al habilitar la imposición de penas privativas de libertad, estarían propiciando la aplicación del



poder punitivo, aún cuando el sujeto activo no pudo tener una comprensión plena de la antijuridicidad de su acción u omisión.

e) A partir de la página 40 de la disertación, la señorita Mikaella Andrade desarrolla lo que tiene que ver con la importancia del bien jurídico penalmente tutelado al momento de valorar la gravedad de la conducta y la consecuente tabulación de la pena a imponerse; sin embargo, hablar de bienes jurídicos como factores legitimantes del poder de sanción penal, nos conduce al pensamiento de Claus Roxin *ergo*, a las directrices del Derecho Penal Funcional (en su vertiente moderada).

Asimismo, se debía acudir a ciertos aportes del filósofo italiano Luigi Ferrajoli, quien en su obra *Derecho y Razón*, expone de manera magistral la forma en la cual se deben delimitar los bienes jurídicos, los que, por ejemplo, no siempre son coincidentes con los derechos fundamentales contemplados en la parte dogmática de la Constitución, sino pueden ser abstracciones sujetas a su parte orgánica y a la forma en la cual el Estado protege la *rex* pública, por medio de bienes supraindividuales, como por ejemplo la “eficiencia de la administración pública” o el “orden económico social”.

f) Por último, la autora defiende la hipótesis de que, entre otros criterios, los postulados de la dosimetría fueron los inobservados por la Asamblea Nacional al momento de aprobar el Código Orgánico Integral Penal; ante esto, se debió tener presente lo ocurrido con la teoría del error y el veto parcial efectuado por el ex presidente Rafael Correa¹; teoría que, al haber sido eliminada en su forma de error de prohibición invencible, también confluye en una inobservancia tanto de la presunción de la inocencia como del principio de lesividad, previos a la habilitación de una pena.

A pesar de las observaciones aquí constantes, la calidad de la disertación de la alumna es muy buena, sobre todo porque se presenta aparejada de una preocupación por las personas privadas de su libertad y de una justicia penal racional, lógica y coherente.

2.- ASPECTO METODOLÓGICO: ERRORES DE FORMA EN EL MANEJO DE LA TEORÍA DEL CONOCIMIENTO

¹ Cfr. Veto al COIP. El argumento del Ejecutivo para eliminar el error de prohibición invencible como una de las causas de exclusión de la culpabilidad, fue que iba a ser usada es como pretexto de “jueces corruptos” para dejar en la impunidad (falta de pena) delitos.



Respecto a los aspectos metodológicos que debieron observarse en el trabajo académico, debo indicar que se han respetado los cánones metodológicos, así como las reglas gramaticales y ortográficas.

3.- RELEVANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

La disertación de abogacía presentada se consolida en un trabajo serio y prolijo en lo que respecta al planteamiento de una adecuada adaptación de los principios constitucionales en la tabulación de las penas privativas de la libertad, no solo desde la creación de la norma generalmente obligatoria, sino al momento de aplicarla en un caso concreto.

El único punto del cual me reservo mi derecho a aclarar en el curso de la defensa oral, serán los lineamientos que constaron en el derogado Código de Rehabilitación Social y Ejecución de Penas, del cual poco se ha dicho en el trabajo *in examine*.

4.- BIBLIOGRAFÍA REVISADA

La bibliografía que consta al final de la investigación se muestra coincidente con su contenido y denota una búsqueda suficiente de material prescrito y hasta de criterios de expertos, que han dado fe de las premisas propuestas por la alumna Andrade Rodríguez.

5.- CALIFICACIÓN

Todo lo contenido en el presente informe me permite calificar la disertación escrita con la nota de **9/10**.

Aprovecho señor Decano la oportunidad para expresarle mis sentimientos de consideración y respeto. Muy Atentamente,


M. Paulina Araujo Granda, PhD ©
DOCENTE DEL ÁREA PENAL

A mi familia, por su formación y ejemplo,

A mi padre Washington, por su incondicional apoyo, su infinito amor y su paciencia,

A mi hermana Valentina, por su bondad, su confianza y su tierna rebeldía,

A mi hermana Isabella, por su presencia y su dulzura,

A mis maestros y amigos, por su consejo y soporte.

Abstract

The foundations that legislators should consider when determining the magnitude of the punishment are essentially two: the purposes of the penalty and the constitutional principles of: humanity, minimal criminal intervention, legality and, proportionality; fundamentals that must be accompanied by empirical investigations of sociological, psychological and criminological nature, since these knowledge are essential to carry out the purposes raised by the State and also to make a correct assessment of the protected legal right, basic process of the balancing test that the legislator is called for in the development of the system of gradable scales; unfortunately, spite of these criteria that try to limit the arbitrariness of the legislator, it is unfortunately inevitable that there is a degree of arbitrariness in determining criminal frames. However, our legislators exceeded this level of arbitrariness, because the fundamentals that they mentioned during the whole treatment of the “Código Orgánico Integral Penal”, were based largely on what is known as *penal populism*, i.e. our legislators determined punishments that generate the desocialization of inmates, according to the doctrine and empirical researches, only because of *citizen demand*, which ultimately translates to gain popularity and votes, so the special part of the criminal law of the Ecuadorians, in a large part, is unconstitutional and dysfunctional.

Key words: legislative determination of punishment, fundamentals of the “Código Orgánico Integral Penal”, criminal rehabilitation, deterrence criminal, penal populism.

Resumen

Los fundamentos que los legisladores deben considerar al momento de determinar la magnitud de las penas privativas de libertad son esencialmente dos: los fines de la pena y los principios constitucionales de humanidad, mínima intervención penal, legalidad y proporcionalidad; fundamentos que deben estar acompañados por investigaciones empíricas de índole sociológica, psicológica y criminológica, ya que estos conocimientos son esenciales para lograr llevar a cabo las finalidades planteadas por el Estado y para la valoración del bien jurídico protegido, propio del juicio de ponderación que el legislador está llamado a realizar en la elaboración del sistema de escalas graduables, sin embargo, pese a estos criterios que tratan de limitar la arbitrariedad del legislador, lamentablemente es inevitable que exista un grado de arbitrariedad en la determinación de marcos penales; no obstante, nuestros legisladores extralimitaron este nivel de arbitrariedad, pues los fundamentos que esgrimieron durante todo el tratamiento del Código Orgánico Integral Penal, estuvieron basados mayoritariamente en lo que se conoce como *populismo penal*, es decir, se determinaron penas que generan la desocialización de los reos, según lo indica la doctrina e investigaciones empíricas, por *demanda ciudadana*, que en definitiva se traduce en ganar popularidad y votos, de forma que la Parte Especial de la ley penal de los ecuatorianos, en una gran parte, es inconstitucional y disfuncional.

Palabras clave: determinación legislativa de penas, fundamentos del Código Orgánico Integral Penal, rehabilitación penal, disuasión penal, populismo penal.

Introducción	3
1. Fundamentos que deben regir la determinación legislativa de las penas privativas de libertad.....	5
1.1. Principio teleológico.	6
1.1.1. Finalidad de las penas en el sistema penal ecuatoriano.....	8
1.1.1.1. Determinación legislativa de penas basada en la rehabilitación y reinserción.	9
1.1.1.2. Determinación legislativa de penas basada en la disuasión general.	16
1.1.1.3. Determinación legislativa de penas basada en la ratificación del orden moral y jurídico.....	23
1.2. Principios constitucionales que limitan la determinación legislativa de las penas. 30	
1.2.1. Principio de humanidad de las penas.....	31
1.2.2. Principio de mínima intervención penal.....	32
1.2.3. Principio de legalidad.	34
1.2.4. Principio de proporcionalidad.	36
1.2.4.1. Importancia del bien jurídico	37
1.2.4.2. Grado de lesividad al bien jurídico.	40
1.2.4.3. Forma subjetiva de ataque al bien jurídico	41
1.2.4.4. Forma de participación de los infractores.....	42
1.2.4.5. Grado de ejecución de la infracción.....	43
1.2.4.6. Otros criterios de gradación.....	44
2. Fundamentos de los legisladores para la determinación de penas en el Código Orgánico Integral Penal en contraste con los fundamentos analizados.....	46
2.1. Principio teleológico y principios constitucionales en el desarrollo histórico del COIP.....	46
2.1.1. Primer anteproyecto del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.	47

2.1.1.1.	Borrador del anteproyecto.....	47
2.1.1.2.	Anteproyecto oficial.....	51
2.1.2.	Segundo anteproyecto del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.	55
2.1.3.1.	Comisión de justicia - Elaboración del informe para primer debate	60
2.1.3.2.	Primer Debate del Pleno	68
2.1.3.3.	Comisión de Justicia - Elaboración del informe para segundo debate	73
2.1.3.4.	Segundo debate del Pleno	80
2.1.3.5.	Veto parcial del Presidente de la República y último debate.....	83
3.	Contraste entre los fundamentos doctrinarios para la determinación de penas privativas de libertad y los fundamentos que inspiraron las penas privativas de libertad en el Código Orgánico Integral Penal	85
3.1.	Análisis al principio teleológico.....	85
3.2.	Análisis a la consideración de principios constitucionales	93
4.	Conclusiones y recomendaciones.....	96
5.	Bibliografía	99
6.	Anexos.....	105
6.1.	Entrevistas.....	105
6.1.1.	Entrevista realizada al psicólogo forense Ítalo Rojas.....	105
6.1.2.	Entrevista realizada al asambleísta Fernando Bustamante.....	108
6.1.3.	Entrevista realizada a la asambleísta Gina Godoy.....	111
6.1.4.	Entrevista realizada a la asambleísta Mariángel Muñoz.....	116

Introducción

El Código Orgánico Integral Penal¹, en adelante COIP, en su Art. 52 prescribe que los fines de la pena son: la prevención general, el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena, la reparación del derecho de la víctima y termina enfatizando que, en ningún caso la pena tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales, sin embargo, al analizar el endurecimiento de las penas privativas de libertad para la gran mayoría de delitos frente a las determinadas en la ley penal anterior, llegando al máximo de cuarenta años, el mayor límite temporal establecido en toda la historia republicana del país, han surgido en mí las siguientes interrogantes:

¿Qué factores consideraron los legisladores para determinar la magnitud de las penas privativas de libertad? ¿En qué medida el aumento de las penas disuade a los ciudadanos a no delinquir? ¿Se han realizado investigaciones sociológicas o psicológicas sobre la pregunta anterior? ¿La reparación del derecho de las víctimas está relacionada con la determinación de penas severas? ¿Han analizado estudios psicológicos que revelen cómo se puede, a través de la pena, desarrollar progresivamente los derechos y capacidades de la persona condenada? ¿Han tomado en cuenta principios constitucionales para dosificar las penas, especialmente el principio de dignidad humana, mínima intervención penal, legalidad y el de proporcionalidad?

Lamentablemente la fundamentación para la determinación legislativa de las penas, es uno de los temas menos analizados en la doctrina del Derecho Penal² y en el Ecuador su discusión es mínima, lo cual resulta sorprendente ya que estamos tratando sobre la restricción de la característica más esencial del ser humano, que es su libertad y de la protección de los valores fundamentales de la vida en sociedad y, además, porque esta labor constituye la decisión más importante a la hora de construir un sistema de justicia penal, pues es desde aquel primer momento, desde el Derecho Penal abstracto, en que comienza a actuar el poder punitivo del Estado y los movimientos en las siguientes dos fases del sistema: la fase concreta o judicial y la fase ejecutiva o penitenciaria, van a depender totalmente de lo establecido en la fase legislativa o abstracta, no obstante, usualmente este tema no es tomado con la seriedad, cautela y técnica que

¹ Código Orgánico Integral Penal, actualizado al 21 de julio de 2016.

² Al respecto Luigi Ferrajoli (2009) afirma que “si es escasa la literatura en materia de determinación judicial, sobre la pre-determinación legislativa de la calidad y de la cantidad de la pena es casi inexistente” (p. 399).

amerita, al contrario, los fundamentos bajo los cuales basan la determinación de marcos penales los legisladores, suelen ser “la demanda ciudadana” (Muñoz-Conde, 2010, p. 7) o sus propios prejuicios (Robinson, 2012, p. 48).

Escenario ante el cual planteo la hipótesis de que la dosimetría penal en sede legislativa, respecto al COIP, se la realizó de forma arbitraria, a merced de presiones políticas y fruto del populismo penal, no basándose en estudios técnicos interdisciplinarios que permitan una mayor probabilidad de cumplir los fines propuestos por el Estado, ni limitando su actuación por principios constitucionales, lo que acarrea que el Libro Primero del instrumento penal de los ecuatorianos, en una gran parte, sea disfuncional e inconstitucional, conforme lo demostraré más adelante.

A lo largo de la presente disertación responderé a las preguntas planteadas anteriormente atendiendo al método deductivo, esto es, comenzaré investigando, describiendo y analizando las propuestas que la doctrina ha elaborado en torno a los factores y límites que el legislador debe considerar al momento de determinar la dosimetría de las penas, para posteriormente cotejarlos con los fundamentos que han esgrimido los legisladores tanto en la Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional, como en los debates del Pleno del órgano legislativo, respecto al establecimiento de la magnitud de las penas, a través del análisis de las actas del debate legislativo y de entrevistas a los asambleístas que participaron en estos debates, a fin de concluir en qué medida la hipótesis planteada responde a la realidad.

1. Fundamentos que deben regir la determinación legislativa de las penas privativas de libertad

Desde el inicio del sistema de escalas graduables de la pena privativa de libertad, a principios del S. XIX, autores como Jeremy Bentham, Francesco Carrara y Giovanni Bovio³ advertían la imposibilidad de establecer una proporción del delito y su correspondiente pena sin que exista un grado de arbitrariedad de por medio, así también reconocidos juristas contemporáneos como Luigi Ferrajoli y Luis Prieto Sanchís respaldan esta idea, ya que el primero afirma que la proporcionalidad de la cantidad de pena se basa en “criterios pragmáticos basados en valoraciones ético-políticas” (Ferrajoli, 2009, p. 398), y el segundo lamenta pero admite que, en la determinación de sanciones penales, “el legislador penal puede ser un poco arbitrario, pero no demasiado” (Prieto Sanchís, 2003, p. 90).

Sin embargo, esto no significa que el legislador sea completamente libre al realizar esta compleja labor, pues afortunadamente existen límites normativos que deben ser atendidos, límites que en el presente capítulo disertaremos basándonos en las siguientes obras que analizan el tema que nos convoca, las cuales son: “Principios distributivos del Derecho Penal: A quién debe sancionarse y en qué medida” de Paul Robinson⁴; “Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico” de Luis Prieto Sanchís⁵ y; “El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena” de José Luís Díez⁶. Obras que más allá de exponer los fundamentos que se deben considerar al momento de establecer la medida de las sanciones penales, constituyen un férreo llamado a la argumentación y racionalidad legislativa, llamado que sólo en el siguiente capítulo conoceremos si fueron o no acogidos por nuestros legisladores en la elaboración del COIP.

³ Bentham afirmaba que dicho sistema no ofrecía ningún criterio objetivo de ponderación, Carrara caracterizaba de “nebulosa” la idea aritmética de la proporcionalidad de la pena y de la estimación del delito, y por su parte Giovanni Bovio criticaba de “ilusorio” todo cálculo destinado a establecer una proporción entre la entidad de la pena y la entidad del delito. (López, 2012, p. 427)

⁴ Penalista experimental, catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Pennsylvania y director de su centro de investigación. Ha trabajado para el Senado de Estados Unidos participando como experto en la redacción de las directrices federales para la determinación de la pena, así también ha colaborado en la elaboración de los proyectos de Código Penal de los estados de Illinois y Kentucky y, recientemente y bajo los auspicios de Naciones Unidas, en el primer proyecto de Código penal islámico. (Robinson, 2012, p. 8)

⁵ Catedrático jubilado de Filosofía del Derecho en la Universidad de Castilla-La Mancha, ha sido Decano de sus Facultades de Derecho (Albacete) y de Ciencias Jurídicas y Sociales (Toledo), así como Director del Departamento de Ciencia Jurídica y Derecho Público. Su trabajo de investigación se ha centrado principalmente en el ámbito de la teoría del Derecho y de los derechos fundamentales. (Trotta editorial, 2006, párr. 1)

⁶ Actual catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Málaga y reconocido académico por sus aportes en política criminal. (Díez, 2003, p. 141)

En tal virtud, en este primer capítulo analizaré los dos grandes lineamientos que se debe tomar en cuenta al determinar la dosimetría penal en sede legislativa, los cuales, según las obras mencionadas, he sintetizado de la siguiente forma:

1. El principio teleológico que está constituido por lo que se denominan los fines de la pena, a través de los cuales se determinarán los efectos sociales que se deseen dependiendo de la política criminal que se ha propuesto el Estado y; 2. Los principios que dicho Estado ha reconocido como sus límites, los cuales son los establecidos en la Constitución y en tratados internacionales sobre Derechos Humanos, que en el caso ecuatoriano son: el principio de humanidad, mínima intervención penal, legalidad y, por supuesto, el principio de proporcionalidad, los cuales garantizan que las sanciones penales no sobrepasen los niveles aceptables de punibilidad en el marco de un Estado de Derecho y que de esta forma se refleje la presencia e importancia del bien jurídico protegido y la responsabilidad de quien o quienes lo afectaron.

Este estudio lo realizaré con el objeto de reunir los suficientes fundamentos y criterios académicos que me permitan contrastarlos frente a los que sirvieron de base a los legisladores para determinar las penas privativas de libertad en el Código Orgánico Integral Penal.

1.1. Principio teleológico.

Paul Robinson (2012) afirma que los criterios conforme a los cuales se ha de establecer la responsabilidad penal y la medida de la pena está “inseparablemente ligada a la cuestión de cuáles deban ser las finalidades del Derecho Penal” (p. 34) y propone el siguiente ejemplo, respecto al criterio del grado de ejecución de la infracción, para comprobar su hipótesis, criterio que lo estudiaremos como parte del principio de proporcionalidad posteriormente:

Si los legisladores establecen que la finalidad de las penas será causar la incapacitación de los sujetos peligrosos, se podría disponer la misma pena para los delitos no consumados que para los consumados, bajo el argumento de que, cuando la razón del fracaso de la ejecución poco tiene que ver con la falta de peligrosidad del delincuente y todo que ver con la competencia de la policía o de la buena suerte, la tentativa demuestra tanta peligrosidad como el delito consumado; por otro lado, un sistema basado en la disuasión querría con

seguridad punir más severamente las conductas consumadas porque así, una vez que el delincuente ha alcanzado el punto en el cual su conducta ya constituye tentativa, aún queda un plus de sanción para asegurar la continuidad del efecto disuasorio; por el contrario, según el criterio de la rehabilitación, lo que importará para la medida de la pena, será la predicción de criminalidad futura del sujeto, que consistirá en determinar cuándo el sujeto está efectivamente rehabilitado más allá de la conducta o el daño cometido; mientras que según la retribución empírica, las instituciones de justicia de la población en promedio, consideran que se debe imponer mayor pena a la infracción consumada que a la tentada por el daño causado; y finalmente, los retribucionistas morales “no se ponen de acuerdo sobre si el daño efectivamente acaecido tendría que resultar relevante para la responsabilidad penal” (Robinson, 2012, p. 35).

Luis Prieto Sanchís, asimismo, considera indispensable que el legislador tome en cuenta el fin de la pena al momento de determinar su medida, ya que sólo de esta manera se logra acreditar una adecuada justificación, justificación que se plasma en el juicio de ponderación, el cual se descompone en los cuatro elementos que revisaremos en el apartado que trata sobre el principio de proporcionalidad, sin embargo, cabe enfatizar que este reconocido jurista proclama como primer elemento del juicio de ponderación, en el establecimiento de la medida de la pena, la determinación de su finalidad, pues es éste el fundamento de la interferencia en la esfera de los derechos y si éste no es tomado en cuenta o se considera un fin que no sea constitucional, manifiesta que “entonces no hay nada que ponderar porque falta uno de los términos de la comparación” (Prieto Sanchís, 2003, p. 77), y además señala que el segundo elemento de la ponderación, que es la idoneidad, depende totalmente del fin, ya que consiste en analizar si la magnitud de la sanción corresponde a la protección o consecución de dicho fin, esto significa que “la ley o medida restrictiva ha de mostrarse consistente con la finalidad en cuya virtud se establece” (Prieto Sanchís, 2003, p. 77).

Finalmente, el jurista José Luis Díez, respalda también la relación entre la finalidad y la determinación de la pena, basándose en que ésta sanción sólo se legitimará en la medida en que sea necesaria para llevar a cabo las decisiones político-criminales que el Estado se ha planteado, de tal forma que, si el Estado desea intimidar a su población mediante sanciones penales, y no tiene límites normativos que le prohíban establecer penas inhumanas, entonces estaría permitida la determinación de penas muy largas de privación de libertad, cadena

perpetua o hasta la pena de muerte; por el contrario, si su fin es resocializar y reinsertar a los delincuentes a través de la prisión, la magnitud de las penas no debe sobrepasar el límite temporal que recomiendan los estudios psicológicos que describiremos en el apartado correspondiente (Díez, 2003, pp. 155-158).

En definitiva, para conocer cuándo la determinación de su medida está efectivamente justificada, es decir cuándo estamos frente a una sanción legítima o ilegítima, resulta indispensable analizar primero cuál es la finalidad que el Estado le otorga a las sanciones penales, en tal virtud, a continuación procederé a detallar cuál es la finalidad que el Estado ecuatoriano persigue con el establecimiento, imposición y ejecución de las sanciones penales.

1.1.1. Finalidad de las penas en el sistema penal ecuatoriano.

El numeral 6 del Art. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumento internacional ratificado por el Ecuador que forma parte de su bloque de constitucionalidad según el Art. 417 de nuestra Carta Magna, reza: “las penas privativas de libertad deben tener como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”, así también el Art. 201 de la Constitución ecuatoriana señala que: “El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad”, por tanto es claro que la prevención especial positiva es la finalidad de la pena para el Ecuador, sin embargo, a este fin se le deben sumar los determinados en el Art. 52 del COIP que son: la prevención general⁷, y la reparación del derecho de la víctima y adicionalmente se debe tomar en cuenta que el código reconoce los principios de proporcionalidad y culpabilidad desarrollados en la finalidad retribucionista (Durán, 2011, p. 96).

De este modo, según la normativa mencionada, los fines que se ha planteado el Estado ecuatoriano respecto a las sanciones penales son: la prevención especial positiva, la prevención general, y la teoría retribucionista, tanto en sus principios como en cuanto a la satisfacción del derecho de la víctima al castigar a su transgresor, lo que forma parte de la llamada “reparación a la víctima”.

⁷ En el COIP no se especifica qué tipo de prevención general es la que se persigue, de forma que en el análisis posterior se analizarán los efectos de sus dos vertientes, tanto positiva como negativa.

Cabe recalcar que la prevención especial positiva es calificada como “esencial” por el ordenamiento jurídico, así que, si bien debe existir un equilibrio entre las distintas finalidades, la rehabilitación y reinserción debería primar según el referido Art. 5 del Pacto de San José.

Una vez establecidos los fines de la pena, a continuación analizaré las implicaciones que surgen de la determinación de la magnitud de las penas privativas de libertad según:

1. La rehabilitación y reinserción de los reos o también llamada prevención especial positiva; 2. La disuasión para la comisión de ilícitos o también llamada prevención general; y, 3. La ratificación del orden moral y jurídico, y la reparación a la víctima, efectos esperados tanto por la prevención general positiva como por el retribucionismo.

1.1.1.1. Determinación legislativa de penas basada en la rehabilitación y reinserción.

Rehabilitar y reinsertar al delincuente para evitar futuros delitos suele ser el fin “principal” de las penas para las democracias constitucionales contemporáneas, el cual consiste en suprimir el deseo o la necesidad del delincuente de llevar a cabo conductas delictivas a través de tratamientos médicos, terapias psicológicas, programas educativos, deportivos y de formación profesional, mientras se encuentra cumpliendo una pena privativa de libertad, de forma que, tanto el reo como la sociedad se beneficien, el primero, al haber comprendido el mal causado, interiorizado el código moral social y convertido en una persona respetuosa con la normativa jurídica y la segunda, al ver entre sus filas un ser productivo, dispuesto a acatar la ley y como no es de otra manera, dispuesto a no volver a cometer delitos; situación promovida por organizaciones de Derechos Humanos como la Organización de las Naciones Unidas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Organización de Estados Americanos, entre otros.

Sin embargo, este fin ha distado mucho de ser aplicado en cuanto a la determinación de penas en más de un país tanto por ser antipopular como por la vulneración de normas y principios del Derecho Penal que su aplicación podría generar.

¿Qué normas y principios se podrían ver socavados? La satisfacción del derecho de la víctima, los principios de: seguridad jurídica, legalidad, igualdad, proporcionalidad, lesividad y culpabilidad, ¿cómo? Pues si se establecen penas de acuerdo al potencial rehabilitador de las personas condenadas, resultarían en sanciones indeterminadas que dependerán del tiempo en que demore la rehabilitación del reo, dicho en otras palabras, si la determinación de penas se basa exclusivamente en el criterio de la rehabilitación, la duración de la pena habría de establecerse por el tiempo que el delincuente continúe siendo peligroso, lo cual podría traducirse en penas inaceptables socialmente como por ejemplo, penas muy bajas para delitos atroces por el hecho de que el delincuente tuvo la capacidad de rehabilitarse brevemente o, en penas inhumanas, tal como sucede en Noruega, país en el que el reo sólo puede salir de la prisión una vez que tenga el informe favorable de al menos 2 de los 3 psicólogos que deberán examinarle una vez que haya cumplido la pena establecida para el delito que cometió y de no obtenerlo, deberá continuar en prisión hasta que obtenga informe favorable, lo que puede convertirse inclusive en cadena perpetua.

Adicionalmente, a los delincuentes que no necesiten rehabilitación, como a los que han cometido delitos culposos, o guiados por impulsividad, según esta teoría no se los sometería a la jurisdicción penal (Robinson, 2012, p. 55) lo cual probablemente la sociedad rechazaría. Sin embargo, si bien la rehabilitación no debería ser la única directriz para determinar la dosimetría penal en la fase legislativa, no hay que dejarla de lado, pues considero que se la debe tomar en cuenta para fijar los límites mínimos y máximos de la pena, ya que un sistema penal que rehabilite y reinserte reduce tasas de reincidencia, y por tanto reduce la criminalidad, hecho que toda sociedad desea, pero con penas muy cortas o muy largas de prisión no va a suceder.

Las penas muy cortas, que la doctrina ha señalado como aquellas que duran menos de seis meses, son reprochadas por su nulo efecto preventivo general y su incapacidad para la rehabilitación (Muñoz-Conde, 2010, p. 509).

Desde el nacimiento de la privación de libertad como sanción penal ya se establecieron criterios de rehabilitación para determinar la magnitud de las penas, de tal forma que se excluían a las penas menores de 6 meses aduciendo que impedían la

adquisición de técnicas y de la afición al trabajo, generando que el aprendizaje se vuelva inútil, pues se pensaba que la duración de la pena solo tenía sentido si estaba encaminada a una corrección posible (Foucault, 1984, p. 114).

Actualmente, la doctrina y organizaciones internacionales continúan exigiendo a los Estados que eviten la imposición de penas inferiores a los seis meses por dos razones, primero, así como en la antigüedad, refieren que es un período de tiempo insuficiente para que se emprenda un proceso educativo, de formación profesional o de terapia psicológica exitoso, más bien estas penas promueven el efecto contrario: un alto costo social, esto quiere decir que los reos condenados por delitos menores, o bien se contagian por un ambiente criminal que eventualmente los conducirán a la comisión de delitos más graves o bien producen un estigma social en el reo que dificulta su progreso en la sociedad cuando retorne, haciéndole más proclive a delinquir que antes (o inclusive las dos opciones); y segundo, los delitos o contravenciones que contemplan esta duración de pena suelen ser infracciones que castigan conductas de peligro abstracto o a veces nulo, que no deben merecer privación de libertad.

Estas aseveraciones son respaldadas por el Consejo de Europa, en su Recomendación núm. R (99) 22, relativa a la superpoblación de las prisiones y de la inflación carcelaria, en su apartado 14 y por la propuesta de sistema de penas del Grupo de Estudios de Política Criminal que reúne a profesores de las universidades: Carlos III, Complutense de Madrid, Castilla-La Mancha (Toledo) y Málaga (Grupo de Estudios de Política Criminal, 2005, p. 2).

Respecto a las penas muy largas de prisión, se ha determinado el límite de quince años de privación de libertad, basado en que más allá de este período resultan efectos desocializadores para el reo, cuestión que al igual que para las penas cortas, también se lo advertía en la antigüedad, al considerar que la perpetuidad los desespera y por tanto se vuelven indiferentes a la corrección de las costumbres y al espíritu del trabajo, ocupándose simplemente de actividades de evasión y ocio (Foucault, 1984, p. 114).

Estudios psicológicos realizados en distintos países y cárceles han evidenciado los nocivos efectos en la personalidad de los reos que genera estar privado de libertad por un largo tiempo, así como lo afirma Juan Antonio Lascuráin (2016) en su artículo “Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable”:

Se dañan las capacidades cognitivas, emocionales, comunicativas y sociales del reo. Estos graves menoscabos suponen una afección, por tanto, de su integridad física y moral: un daño suplementario que se añade al inherente a la restricción de libertad que es propia de la pena de prisión. Y si bien este deterioro es paulatino (...) se trata de daños especialmente graves y de carácter permanente e irreversible. (p. 30)

Más allá del estado de prisionarización que sufre cualquier reo, el internamiento de más de 15 años es especialmente perjudicial tanto para el delincuente por sus efectos inhumanos como para la sociedad por reincorporar a un potencial delincuente entre sus filas, o en el mejor de los casos a un sujeto que casi inevitablemente no va a ser de utilidad para su productividad, ya que no es de extrañar que se le vaya a hacer extremadamente complicado conseguir un trabajo o inclusive reunificarse con su familia y antiguos amigos, es decir las oportunidades para los reos después de atravesar un período de privación de libertad muy largo, son escasas o inexistentes, de hecho investigaciones al respecto (Liebling & Maruna, 2011, p. 42) muestran un aumento significativo de suicidios de los reos que pasan por largos períodos de tiempo en prisión, (estudio que también lo califican en los 15 años), ya que se afirma que para los daños psicológicos que sufren no existen medios encaminados a su curación ni siquiera tras su puesta en libertad.

El estudio realizado dentro de un sistema penitenciario de España, llamado “Centro Penitenciario El Dueso”, es otra investigación más que evidencia los devastadores efectos de las penas muy largas de prisión, este estudio se realizó en los reos que llevan más de diez años de prisión de forma ininterrumpida y continuada (doce años y tres meses de media), el cual concluyó en los siguientes nueve efectos psicológicos:

1. Descenso del rendimiento cognitivo.
2. Descenso especialmente agudo en las funciones de atención, cálculo y memoria. El déficit en el rendimiento en estas funciones incapacita para el estudio, para la formación profesional y para los programas de tratamiento psicológico de tipo cognitivo.
3. Incremento generalizado de las alteraciones psicopatológicas, a tres niveles de análisis: global, dimensional y de síntomas discretos, lo que se concreta en un mayor nivel de sufrimiento.
4. Alta puntuación en la dimensión depresión, como enfermedad tanto física como psíquica, con alto grado de sufrimiento en las personas.
5. Elevado nivel de paranoidismo, que provoca suspicacia y desconfianza generalizada en los demás, generando un problema importante de soledad; se observa con frecuencia que estos internos de largo internamiento son solitarios crónicos.
6. Alto nivel de psicoticismo, cuya sintomatología abarca un espectro que va del trastorno esquizoide leve hasta la esquizofrenia.
7. Pérdida progresiva de vínculos familiares y deterioro de los mismos.
8. Aislamiento exterior: pérdida de relación con el exterior; lo cual en el momento de la libertad provoca importantes problemas podría existir cierta vinculación con el fenómeno del sinhogarismo, como expresión manifiesta de una escasa competencia social adquirida y consolidada con la acumulación de tiempo de privación de libertad.
9. Insuficiente grado de superación de las drogodependencias y alcoholismo. (Lascuraín, 2016, p. 32)

Las penas de larga duración, por tanto, cercenan las capacidades psíquicas del reo, como las penas corporales cercenaban partes del cuerpo en la antigüedad, ya que producen un daño cerebral en la parte cognitiva, emocional y comunicativa, efectos que son irreversibles, razón por la cual gran parte de los Estados europeos tienen penas máximas de hasta 15 años o, si tienen mayores, señalan este plazo (o inclusive menos) a partir del cual debe operar la revisión del reo, que una vez analizado puede salir en libertad condicional, como sucede en Alemania (15 años) Austria (15 años) Bélgica (15 años) Chipre (12 años) Dinamarca (12 años) Finlandia (12 años) Inglaterra (12 años) Irlanda (7 años) Liechtenstein (15 años) Luxemburgo (15 años) Mónaco (15 años) Macedonia (15 años) Suecia (10 años) Suiza (10 años).

Para reforzar la idea de que el límite máximo de privación de libertad debe ser quince años, el Consejo General de Abogados Españoles – CGAE–, ha elaborado un informe presentado a la ciudadanía en el año 2008, en el cual expone el respaldo de juristas y psicólogos para que las autoridades acojan esta recomendación, nombrando

así a los siguientes: José Antonio Martín Pallín, Magistrado Emérito del Tribunal Supremo del España; Fernando Navarro Cardoso, profesor de la Universidad de las Palmas; Hernán Hormazabal Malaree, catedrático de la Universidad de Girona; Juan María Terradillos Basoco, docente de la Universidad de Cádiz; Jesús Valverde Molina, Prof. de Psicología de la Universidad Complutense de Madrid; José Luis Segovia Bernabé, jurista-criminólogo, catedrático de la Universidad de Salamanca; entre otros, (Subcomisión de derecho penitenciario - CGAE, 2008, pp. 3-8).

Otros reconocidos juristas en el ámbito penal que respaldan los quince años de prisión como el límite máximo son Francisco Muñoz-Conde (Muñoz-Conde, 2010, p. 549), Santiago Mir Puig, Juan Carlos Carbonell Mateu y Antonio Cuerda Riezu (Cuerda Riezu, 2011, pp. 86-89).

Es así que, para no institucionalizar una pena que cause la muerte social del individuo, la doctrina considera dicho plazo como el límite máximo de pena, cuestión que también es relativa porque la rehabilitación depende no sólo de la cantidad de años en prisión, sino de las condiciones de la prisión y en gran medida de la personalidad que el reo ha forjado previo a su encarcelamiento, tal como lo señala el psicólogo forense Ítalo Rojas⁸ en la entrevista realizada para la presente disertación:

[La rehabilitación] depende mucho las condiciones de la prisión, del sitio donde esté, de las propias condiciones personales, de su historia evolutiva, no es lo mismo meter en prisión a un ser humano estudiado, con profesión, con una cierta amplitud mental que a un sujeto marginal de la sociedad sin escolaridad, sin habilidades laborales, digamos, es difícil comparar a un hombre primitivo con un hombre más cultivado, depende hasta de las condiciones espirituales, de sus creencias.⁹

De tal forma que considero que fijar los quince años de prisión en un sentido absoluto y estricto resulta también arbitrario, en la medida que habrán personas que a los diez, doce, o catorce años, la prisión ya haya generado daños irreparables en su psiquis, de hecho en el estudio empírico mencionado en párrafos anteriores realizado

⁸ Ítalo Rojas es un reconocido perito del departamento de criminalística de la Policía Nacional de Ecuador, quien por más de 20 años ha analizado la conducta de aquellos que han estado procesados por delitos penales gozando de una digna reputación en el medio judicial ya que los informes psicológicos que ha emitido

⁹ Respuesta a la pregunta N° 8 en la entrevista realizada a Ítalo Rojas, cuya evidencia consta en la sección de anexos de la presente disertación como anexo 6.1.1.

en España, los nueve efectos señalados fueron determinados en reos que en promedio habían estado poco más de doce años en prisión, tal vez por eso Ferrajoli considera a los diez años como el límite máximo que el legislador debería fijar para el más grave de los delitos¹⁰, de hecho habrán personas que no necesiten de rehabilitación pese a la comisión de un delito, como lo son las personas que actuaron por impulsividad o por negligencia, sin embargo no nos podemos imaginar un Estado que no se sancione a una persona que asesine a puñaladas a otra por un momento de ira por impulsividad, aunque análisis psicológicos o neurológicos puedan afirmar, con la mayor de las certezas, que esa persona actuó por circunstancias especiales y excepcionales, por tanto no es peligrosa ni necesita de rehabilitación.

En tal virtud, la rehabilitación considerada como el único fundamento para la determinación de las penas transgrede principios que un Estado de Derecho no debería permitir, pero a la vez las penas muy cortas y muy largas también vulneran Derechos Humanos, además que, como lo veremos en el siguiente apartado, no causan la disuasión esperada, de tal forma que la determinación de penas privativas de libertad menores a 6 meses y mayores a quince años son inhumanas y disfuncionales, aunque cabe advertir que, también existe un riesgo posible de que un reo sufra daños irreversibles en su personalidad antes o después de los quince años, así como puede que un reo se rehabilite en menos de seis meses de prisión o al contrario, que dicho tiempo de privación de libertad no le haya sido suficiente para su rehabilitación, pero esas posibilidades son excepciones, ya que tanto el límite de los seis meses como de los quince años, son recomendaciones de estudios psicológicos según muestras generales que por el principio de seguridad jurídica y de legalidad deberían ser acatados.

En definitiva, si el Estado desea que la prevención especial positiva funcione como un método más para reducir la criminalidad, necesariamente debe derogar las sanciones penales que duren menos de seis meses y también aquellas que duran más de quince años de forma continua, porque de otra manera, los delincuentes que fueron

¹⁰ Luigi Ferrajoli, en su reconocida obra “Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal” (2009) afirma que: Pienso que la duración máxima de la pena privativa de libertad, cualquiera que sea el delito cometido, podría muy bien reducirse, a corto plazo, a 10 años y acaso, a medio plazo, a un tiempo todavía menor; y que una norma constitucional debería sancionar un límite máximo, pongamos, de 10 años. (pág. 414)

encarcelados por delitos leves tienen un alto riesgo de volver a delinquir hasta con delitos más graves y quienes fueron reos de los delitos más alarmantes tienen una amplia probabilidad ya sea de reincidir o de minar su personalidad, posibilidades que el Estado debe impedir.

1.1.1.2. Determinación legislativa de penas basada en la disuasión general.

El endurecimiento de penas y la tipificación de delitos innecesarios suele ser una práctica frecuente de los legisladores ante el clamor ciudadano de mayor seguridad, acción que la ejecutan bajo el discurso de maximizar la disuasión general, lo que en principio parece lógico y atractivo por su supuesto enorme poder a un costo mínimo, sin embargo, lo peligroso de la prevención general es que, primero, puede llegar a atentar contra los Derechos Humanos y segundo, más de un autor afirma su disfuncionalidad.

La primera premisa se da porque, al ser la intimidación a la población su principal fundamento, se tratará de imponer altas penalidades para hacer de los individuos sentenciados, (especialmente de aquellos sentenciados a altas penalidades), “ejemplos” para los cientos o miles de personas que se enteran del castigo, lo que puede resultar en una sentencia mucho más elevada a la que el autor realmente merece por la comisión de su delito, exceso que los legisladores entienden como “el precio por la maximización de la disuasión” (Robinson, 2015, p. 56), sin importar que este *precio* llegue a incapacitar al reo, de hecho según esta teoría inclusive se prescindiría de los requisitos de culpabilidad y causas de exculpación externas del sujeto, ya que lo único importante aquí es la perpetración del daño, y una vez cometido el delito, la pena servirá de ejemplo y amenaza para la ciudadanía, así, esta teoría llevada al extremo justificaría el castigo de inocentes mientras la ciudadanía crea que el autor es culpable (Robinson, 2015, p. 57).

De esta forma se vulneran los Derechos Humanos de las personas, primero porque como lo denunciaba el filósofo Immanuel Kant hace siglos atrás, se transgrede la dignidad del humano al utilizarlo como un instrumento, como un medio para servir de ejemplo a los demás, o para tranquilizar por un momento a la población a través de

una dosis de placebo y segundo, porque este proceso deriva en penas que contravienen principios básicos del Derecho Penal como el de culpabilidad, proporcionalidad, lesividad, última ratio, entre otros, principios generalmente establecidos en los códigos penales contemporáneos y además producen la incapacitación de los reos.

Pese a estas obvias objeciones, Paul Robinson (2012), en su experiencia dice conocer legisladores de Estados Unidos reflexivos y razonables que votan por el endurecimiento de sanciones penales y por la tipificación de delitos innecesarios, con plena consciencia de su inidoneidad aduciendo el temor de perder votos en las próximas elecciones por ser llamados “blandos con el crimen y los criminales” (p. 52), además este curioso hecho sucede porque, cuando la ciudadanía se estremece por un determinado caso criminal que los medios de comunicación se encargan de difundir y maximizar, se exige a las autoridades tomar cartas en el asunto, así que los legisladores para acoger las demandas de la población tratan de dar respuesta a sus problemas y toman el camino más fácil y menos costoso: subir las penas. Aunque estos problemas en muy rara ocasión derivan de algún defecto en el Derecho Penal (Robinson, 2012, p. 54).

Algunos ejemplos en nuestro continente respecto a las penas privativas de libertad máximas son: México, cadena perpetua; Argentina, 50 años; El Salvador, 75 años; Colombia, 60 años; Brasil, 30 años; Chile, cadena perpetua; Estados Unidos, cadena perpetua y pena de muerte; Canadá, cadena perpetua; Perú, cadena perpetua; Venezuela, 30 años; Ecuador, 40 años, penas que en muchos casos fueron impulsadas después de algún acontecimiento criminal que expuso la conmoción social de las masas, así como en Argentina cuya pena máxima era de 25 años hasta 1994, año en que un asesinato comúnmente llamado “El Caso María Soledad” levantó protestas e impulsó a que la población exija mayor atención a la seguridad ciudadana, lo que causó que en no más de un año, los senadores argentinos reformen el código penal y endurezcan la pena máxima al doble, esto es, hasta los 50 años de privación de libertad (Miranda, 2014, p. 6).

Penas de esas magnitudes incapacitan al reo, pero no sólo hablamos de una incapacitación respecto a la comisión de delitos, sino a una incapacitación de su

psiquis, pues mantenerse privado de libertad por más de 15 años, conforme lo demostré, produce daños imposibles de revertir en la personalidad del reo impidiendo su reinserción en la sociedad, en otras palabras, una condena como las mencionadas es prácticamente una sentencia de: “muerte en vida” como se dice en forma coloquial, condenas que terminan con la vida de seres humanos y sus familias básicamente fundamentadas en el temor de perder votos y en la teoría, nunca comprobada, de la intimidación.

Además, la imposición de altas penalidades por lo general son sólo una estrategia más de un Estado represor, a la cual se suman procesos judiciales breves (muchas veces arbitrarios), con tal de hacer sentir a la población que se está ejerciendo *mano dura* contra la delincuencia, de tal forma que el hacinamiento en las cárceles suele ser el denominador común de estos países, así tenemos que el nivel de ocupación de las prisiones en casi toda la región latinoamericana está por encima del 100%, llegando incluso a extremos de superar entre dos y tres veces la población carcelaria que su infraestructura les permitiría, como es el caso de México, El Salvador y Venezuela (Brandoli, 2017, p. 9), situación que empeora aún más el nivel de vida de los reos, haciendo de la rehabilitación un simple mito.

Ahora vamos a la segunda premisa, ¿hasta qué punto las altas penalidades efectivamente intimidan?

Primero, debemos ser enfáticos en que los estudios empíricos, específicamente el realizado por Paul Robinson, detallado en su libro “Principios distributivos del Derecho Penal. A quién debe castigarse y en qué medida” apunta que el aumento de penas no disuade si la probabilidad respecto de la certeza de la pena es demasiado baja, pues se reacciona mucho más a ésta última que a la primera, conclusión que ya lo afirmaba Beccaria desde hace siglos atrás (Beccaria, 1957, p. 24), sin embargo los legisladores suelen incrementar la pena para compensar las bajas tasas de aprehensión de algunos delitos (Robinson, 2012, p. 59).

No obstante, si bien es un hecho indiscutible que un sistema penal proporciona efecto disuasivo de por sí, la efectividad del aumento de penas con objeto de maximizar la prevención general tiene problemas intrínsecos, ya que para que funcione requiere de condiciones materiales que normalmente no existen, las cuales

son: 1. Que los potenciales delincuentes conozcan las penas 2. Que los potenciales delincuentes calculen racionalmente los efectos de su eventual actuación y, 3. Que los potenciales delincuentes consideren que el costo de sufrir una pena es mayor que los beneficios materiales o inmateriales que resultan de la comisión del delito (Robinson, 2015, pp. 54-78).

Ante estas condiciones, a continuación procederé a objetarlas una por una:

Primero, la gran minoría de la población conoce las penas establecidas para los delitos¹¹, por ejemplo en una investigación empírica realizada por Paul Robinson en cinco Estados de Estados Unidos cuyo desarrollo se encuentra en el libro mencionado, destaca que el 22% de los reos tenían un conocimiento aproximado sobre la sanción penal que podían enfrentar al momento de cometer el delito, y en la región latinoamericana, específicamente en México, se ha realizado una investigación a los reos de sus cárceles en la que se señala que el 83% ignoraba la pena prevista para el delito cometido, aunque sabían que sí existía pena (González, 2015, p. 22). Segundo, Robinson afirma que aun si el potencial delinciente conoce de la formulación de la norma, ésta no disuade si él no la calcula racionalmente, lo que efectivamente no sucede ya que la mayoría de potenciales delincuentes sufren de condiciones que afectan dicho cálculo, tal como el abuso de drogas o alcohol, deseos desmedidos de venganza o rabias, enfermedad mental, impulsividad, influencia de grupos (especialmente de pandillas), etc., de hecho, en la investigación mencionada de Robinson (2012), afirma que el 66% de los reos aceptó que “el uso de drogas contribuyó a la comisión del delito” (p. 62).

Y tercero, así se trate de una persona que conozca la norma y sea un calculador racional, esto no le será disuasivo si considera mayor al beneficio que espera recibir de la comisión del injusto que el costo de la pena. Este último factor, según el psicólogo forense, Ítalo Rojas, es el que más toman en cuenta los potenciales delincuentes para decidir la realización de una conducta punible, así como lo afirma en la entrevista que preparé para la presente disertación:

¹¹ En Ecuador no se cuenta con esa estadística, ya que lo he buscado en el Instituto Nacional de Estadística y Censos, en las encuestadoras más conocidas del país: CEDATOS, Market e Informe Confidencial y en las disertaciones de las más importantes universidades del país como la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, la Universidad San Francisco de Quito, la Universidad Andina Simón Bolívar y la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales – sede Ecuador, pero lastimosamente me ha sido imposible de hallar.

Pregunta: De forma general ¿Qué factores toma en cuenta el delincuente antes de cometer un delito?

Respuesta: Generalmente lo que hace la persona que quiere cometer un delito es determinar un modus operandi que le asegure su anonimato, fuga y evidentemente la impunidad, eso toma en cuenta cuando el delito tiene una fase de predeterminación o ha sido planificado con antelación por ejemplo en los casos de delitos de drogas o en algunos asesinatos, pero **la mayoría de delitos son ejecutados bajo estados de impulsividad en los que, por su naturaleza, el delincuente no considera ni este factor, sino únicamente los beneficios materiales o inmateriales que le resulta de la comisión del delito, de hecho éste último factor que estoy mencionando es el que más consideran, tanto delincuentes impulsivos como los calculadores**¹².

Adicionalmente, en la misma entrevista, manifiesta que en su experiencia, a ningún delincuente la magnitud de la pena le ha sido un freno para no ejecutar su accionar, primero porque afirma que la mayoría que ha conocido en casos de violaciones al derecho de la vida o libertad sexual, han sido guiados por impulsos de cargas emotivas, por tanto la satisfacción de dicho deseo los cegaba frente a las consecuencias jurídicas del delito, y segundo porque, en casos de delincuentes que han planificado su delito, piensan en lograr la impunidad ya sea que la pena se trate de 1 año o de 40 años, pues la probabilidad que perciben de su condena es considerada como irrelevante y muy distante frente al beneficio claro e inmediato que perciben en la perpetración del delito ¹³

En síntesis, el efecto disuasorio sólo es posible si se satisfacen todos los prerequisites mencionados, la ausencia de cualquiera de ellos implica una nula disuasión, y al ser condiciones tan complejas, estamos tratando con una teoría disfuncional, por esta razón es que cuando se elevan las penas indiscriminadamente los resultados en cuanto a niveles de seguridad ciudadana tienden a no disminuir o inclusive a aumentar, ya que no se enfoca la atención en las condiciones que realmente atacan las bases estructurales del delito, como son: la pobreza, el

¹² Respuesta a la pregunta N° 2 en la entrevista realizada a Ítalo Rojas, cuya evidencia consta en la sección de anexos de la presente disertación como anexo 6.1.1

¹³ Los delincuentes tienden a sobreestimar su poder de fuga En la referida investigación de Robinson, el 76% de los reos totales encuestados y el 89% de los reos que habían cometido delitos violentos, dijeron no percibir ningún riesgo de detención o percibirlo como improbable (Robinson, 2012, p. 70)

desempleo, la desigualdad socio-económica, la falta de educación y las familias disfuncionales, problemáticas que no son fáciles de solucionar por su alto costo económico, pero que son el medicamento justo que la sociedad necesita para ver disminuidas sus tasas de criminalidad a mediano y a largo plazo. Esto no quiere decir que no se pueda hacer nada a corto plazo, pues sí hay medidas que se pueden tomar, como aumentar el número de policías y capacitarlos, mejorar el sistema procesal de justicia para que se perciban penas prontas y ciertas, mejorar el sistema de rehabilitación para bajar las tasas de reincidencia, (que dicho sea de paso son muy elevadas en los países que mencionamos anteriormente) y para impulsar ciudadanos productivos y respetuosos de la ley.

Finalmente, otra crítica que los especialistas en el tema realizan al aumento de penas como mecanismo de disuasión, es que la intimidación de la pena llega hasta cierto punto de punición, después del cual cualquier sanción extra ya no sirve para disuadir porque el potencial delincuente no la considera en su cálculo final de ventajas y desventajas para la comisión del delito, pues si la pena anterior ya era alta (ej. 25 años) y se la endureció (ej. a 40 años) el sujeto ya se veía perdido de igual forma con la pena anterior (Robinson, 2012, p. 76), en otras palabras, sucede lo que en forma coloquial decimos: *preso por mil, preso por mil quinientos*.

Ejemplos de los nulos efectos disuasorios provenientes de aumentos de penas existen varios, así en Filadelfia se elevó la magnitud de años en la pena correspondiente al delito de violación sexual inmediatamente después de un caso brutal y muy publicitado por los medios de comunicación, sin embargo, las tasas de violaciones cometidas en los siguientes meses no se vio afectada (Robinson, 2012, p. 67); en Costa Rica, la pena por asesinato era de 25 años hasta 1994, fecha en la que se aumentó a 50 años, los resultados fueron que en 1994 la tasa de homicidios en el país era de 5,8 por cien mil habitantes y para el 2009, había llegado a 11,1 (Fernández, 2014, p. 6); y, en Ecuador, previo al 2001 las penas para delitos violentos iban hasta los 16 años hasta que, en dicho año, se elevaron hasta los 35 años de privación de libertad, teniendo como resultado que para el año 2000 la tasa de homicidios por cada cien mil habitantes era de 16.9 y para el año 2008 dicha tasa se incrementó a 18.9,

mientras que la tasa de delitos contra la propiedad ha aumentado aproximadamente un 50% durante el mismo periodo¹⁴ (Ortiz, 2014, p. 34).

Así también el Dr. Ítalo Rojas respalda el criterio de que la magnitud de la pena no es lo que realmente disuade al delincuente, pues ante mi pregunta: ¿Cuál es el efecto psicológico que se genera en la población con un aumento del 10% de pena, 30% de pena, 50% de pena y 100% de pena?, respondió:

No podría decirle porque ese es un tema de criminología y aquí no hay estudios de criminología, absolutamente nada, no sé si el aumento de penas puede tener una afectación en la disuasión de la pena, pero no lo creo, por ejemplo estamos viendo ahora que está tipificado el femicidio desde el 2014, delito al que se le dio una pena más alta que el asesinato en el código anterior, y lamentablemente en febrero de este año vemos que han aumentado los femicidios en relación a años anteriores, ¿entonces que nos quiere decir eso? La pena no ha disuadido a los sujetos.¹⁵

Sin embargo, como mencioné anteriormente, el hecho de saber que existe un sistema penal efectivamente disuade la comisión de delitos, lo cual es indiscutible, basta con preguntar a cualquier persona si robaría algún bien que sabe que no afectaría mucho el patrimonio de alguien, como robarle \$1000 a un Rockefeller, en el hipotético caso de que no exista ninguna sanción al respecto y seguramente la respuesta sería afirmativa, no obstante, la magnitud muy larga de la pena no tiene los efectos disuasivos esperados; en otras palabras, la disuasión justifica la institución de la pena, pero éste no es un criterio adecuado para la determinación de la magnitud de las penas.

En definitiva, los legisladores han abusado de este poder de disuasión hasta llegar a hacerlo inhumano, disfuncional e ineficaz, sobreestimando al efecto disuasivo de la magnitud de la pena frente a la certeza de la sanción, cuándo es realmente éste último lo que genera la disuasión esperada, situación que sucede ya sea por su desconocimiento respecto a los fundamentos sociológicos y psicológicos de la intimidación a través del aumento de penas, o por su temor de perder votos o

¹⁴ Actualmente no podemos hacer una comparación desde la publicación del COIP en el 2014 hasta la actualidad por falta de datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadísticas del Ecuador.

¹⁵ Respuesta a la pregunta N° 3 en la entrevista realizada a Ítalo Rojas, cuya evidencia consta en la sección de anexos de la presente disertación como anexo 6.1.1.

popularidad, lo que en resumidas cuentas significa que sea por su ignorancia o miedo, nos toca sufrir “el alto costo económico y humano de encarcelación e intrusión en las libertades de los detenidos a cambio de ningún beneficio real” (Robinson, 2015, p. 202).

1.1.1.3. Determinación legislativa de penas basada en la ratificación del orden moral y jurídico.

Émile Durkheim, autor que defiende la tesis de que la pena sirve para mantener el orden moral dominante¹⁶ señala que, si bien los delitos no son categorías naturales ni inmutables, ya que su contenido cambia conforme al lugar, la época y las convenciones sociales, siempre se deberá tratar de “aquellos actos que violan seriamente la conciencia colectiva” (Garland, 1999, p. 46), actos que producen la exigencia de una reacción punitiva cuyo rigor dependerá del grado de escándalo moral que éste haya suscitado.

Afirmación que, pese que ha causado críticas en torno a lo que se concibe como “conciencia colectiva”, la considero cierta pues, desde la edad primitiva, los castigos han expresado un reproche moral al sujeto que ha transgredido los valores fundamentales de la comunidad con el objeto de hacer público a los demás miembros la desaprobación de la conducta del individuo transgresor y de esta forma, a través de la aplicación de la pena, reafirmar la fuerza de la moralidad social, es así que en épocas antiguas al que infringía la convención de que asesinar constituye un agravio para la sociedad, pues viola el valor fundamental de la vida, el Estado lo sancionaba con la pena más fuerte que esencialmente consistía en su ejecución, hecho que satisfacía a la comunidad hasta inicios de la edad contemporánea, lo cual significaba que tanto la inviolabilidad injustificada de la vida como la pena capital por este motivo constaban dentro de los cánones morales de los ciudadanos.

En la actualidad, sin lugar a dudas los tipos penales continúan dotados de un contenido moral producto del juicio de valor que el legislador ha determinado, juicio

¹⁶ Con la expresión “orden moral dominante” no se refiere al orden moral de las clases dominantes, sino al conjunto de instituciones, creencias y categorías compartidas por la mayoría de miembros de la comunidad (Garland, 1999, pág. 71).

que bajo mi criterio, no es la expresión auténtica de los valores de la población, pero sí refleja un cierto grado de la moralidad social, al menos en la protección de los valores que la mayoría considera fundamentales como la vida, la libertad sexual, la propiedad privada, la honestidad, entre otros, lo que genera que cuando alguien ha cometido conductas que han violado estos valores, la población exija un castigo, lo cual constituye un deber del Estado, so pena de deteriorar el orden moral y la soberanía de su autoridad.

Como claro ejemplo de que la moralidad social repercute en la formulación de políticas penales es el caso del homosexualismo, conducta severamente castigada en casi todo el mundo desde la edad media hasta hace pocos años debido a que la moral sexual enraizó un profundo contenido religioso que prescribía considerar a la homosexualidad como un pecado, así como lo explica Alberto García Valdés (1981):

Primeramente, con el cristianismo, la sodomía es un pecado. Después, con el aumento del poder civil y las regulaciones legales, se convertirá en pecado-delito, hasta el S. XVII, cuando empieza a ser considerado como un delito cometido por dementes, que también son pecadores. (p. 67)

Conducta que, gracias a la secularización y al mayor grado de tolerancia social hacia los asuntos privados de las personas, ha sido despenalizada en la mayor parte de Estados, en el Ecuador fue despenalizado recién en 1997.

Otro ejemplo como aquel ocurre en el controversial caso del aborto que se encuentra legalizado en sociedades más liberales que se presentan en el continente europeo (Holanda, Noruega, Bélgica, Suecia, Alemania) mientras que en países con niveles de conservadurismo más amplio, el aborto está penalizado (todos los países de América del Sur excepto Guyana y Uruguay). Por conservadurismo me refiero al apego de los ciudadanos a valores tradicionales como la religión, la familia y la autoridad, mientras que por liberalidad manifiesto un apego mayor a valores seculares.

Más casos así ocurrieron también con el adulterio, la mendicidad, la prostitución, entre otros, que fueron considerados como conductas que atentaban contra la moralidad social, razón por la que fueron penalizados; sin embargo, por el paso del

tiempo que conllevó cambios en los cánones morales de la sociedad, éstas conductas han sido más toleradas al punto de exigir su legalización y ser despenalizadas.

Con estas ilustraciones he buscado comprobar la tesis durkhemiana sobre la penalidad como expresión de la moralidad social, que como inferí en líneas anteriores, no significa que el sistema penal sea un total efecto de los valores morales, ya que en éste proceso están involucrados también condiciones políticas y económicas (a veces alejados de la moral social), sino que es innegable considerar el rol protagónico que cumple el conjunto de convenciones, creencias y valores de una sociedad en la conformación del código penal de una nación¹⁷.

Tanta es la importancia de la similitud que debe existir entre la moralidad social y el Derecho Penal, que autores reconocen que la eficacia en el control del delito aumenta, si existe una mayor credibilidad moral sobre el Derecho Penal de determinado Estado, así como lo afirma Paul Robinson (2015): “Mayor credibilidad moral (en el Derecho Penal) ganará mayor respeto y conformidad, y un mayor poder para ayudar a modelar y reforzar las normas de conducta de la comunidad” (p. 130).

De hecho, el mismo autor señala que, según la referida investigación empírica sobre el conocimiento de las normas penales en Estados Unidos mencionada anteriormente, la gran mayoría de la gente predice la norma jurídica vigente usando sus propias intuiciones morales en lugar de cualquier conocimiento jurídico (Robinson, 2015, p. 32).

Ahora, cabe preguntarnos por qué las graves violaciones a los sentimientos colectivos siempre deben tener una respuesta punitiva, y la respuesta la hallo en un sentimiento muy humano pero nunca reconocido de forma oficial: la venganza, fenómeno que puede parecer irracional, y poco apreciable desde el punto de vista ideal y ético, pero tiene una profunda y necesaria justificación en la naturaleza del humano (Morselli, 1993, p. 268).

¹⁷ No obstante, cabe advertir al lector que si bien los estudios demuestran la existencia de un sorprendente nivel de acuerdo en los diversos estratos demográficos acerca de las conductas que debieran ser castigadas, (especialmente sobre delitos contra las personas y propiedad) la ciudadanía no comparte una idea sobre la cantidad total de pena que merece el delito. Ambas cuestiones han sido resultados de investigaciones en más de un país (Robinson, 2012, pág. 23).

Autores como Adam Smith, Friedrich Nietzsche, Émile Durkheim, George Herbert Mead, Pashukanis y David Garland, afirman que la base del castigo es esencialmente emotiva, si bien algunos apuntan al placer, otros al resentimiento, y otros a la satisfacción de la venganza, todos los mencionados concuerdan que existe una fuerte reacción psicológica-emocional, tanto en la víctima por la violación a su derecho como en los demás miembros de la comunidad, por la violación de la moralidad, reacción que exige castigo, lo suficiente para que provoque sufrimiento en el transgresor y que éste sea lo más proporcional al daño que generó (Garland, 1999, pp. 83-85).

Este pensamiento es clave para entender cómo el no castigar o no castigar lo suficiente a las violaciones de la moral, cuando estos se encuentran fuertemente arraigados en la consciencia social¹⁸, socava la fuerza de los cánones morales de los ciudadanos y puede cuestionar la legitimidad de la autoridad pública, claro que esto no sucederá en todos los delitos, sino en aquellos cuyas conductas causen alarma social, que son principalmente los que atentan contra la vida y la libertad, pero éste análisis es particularmente importante en la presente disertación, porque a partir de la determinación de las penas a estos delitos, el legislador va a estableciendo las penas a los demás delitos a través de la aplicación del principio de proporcionalidad en forma descendente, ya que estos delitos suelen ser en los que se determina la pena máxima.

Adicionalmente, la imposición de un castigo contiene efectos simbólicos que interpreta y comprende un amplio público fuera del tribunal, pues las diversas sanciones que dispone el tribunal no son únicamente un repertorio de técnicas para hacerle frente a los delincuentes, sino que se trata principalmente de un sistema de símbolos para transmitir significados específicos que entienda la generalidad del público. Cada sanción conlleva un simbolismo reconocible, de modo que siempre que el juez dicta una sentencia despliega un dispositivo convencional para expresar un significado, y entabla una comunicación simbólica de mayor o menor significación, que si está alineada con la moralidad social pasará sin mayor comentario, de modo

¹⁸ La precisión es válida ya que hay que tener en cuenta que el Derecho y el Derecho Penal, no sólo deben constituir efectos de la moralidad, sino que también ha servido como lo contrario, es decir, como herramienta de promoción para la modificación de los cánones morales, pero esto, bajo mi percepción, difícilmente sucederá cuando se refiere a valores profundamente arraigados en la consciencia social.

que la significación del mensaje será meramente reafirmativa, pero si se desvía de ésta y causa indignación, la comunidad reaccionará con sublevación al mensaje enviado por el juez (Garland, 1999, p. 298).

En tal virtud, cuando se comete un crimen que viola las normas de la vida social, estas normas se debilitan y si no se castiga lo suficiente a su transgresor, se crea el riesgo de deteriorarlas, por tanto el efecto de que surja la pasión colectiva como reacción a tales delitos es demostrar la fuerza real que apoya las normas y, por ende, reafirmarlas en la conciencia de cada individuo.

Un tema similar ocurre en cuanto a la teoría de la prevención general positiva, supuestamente acogida por nuestro ordenamiento jurídico, que fundamenta a la lealtad normativa de los ciudadanos como función de la pena, buscando, de esta forma, la preservación del sistema legal ya que, esta función estabilizadora sostiene que la desaprobación social y el castigo contribuyen a fortalecer la sensación del ciudadano acerca de la injusticia del comportamiento y con ello su posición de fidelidad al derecho (Von Hirsch, 2003, p. 125). He ahí la clave de la importancia de que exista una correspondencia de fondo entre el Derecho Penal y el sentimiento popular y que las sanciones tengan cierta fuerza y eficacia para que, cuando se infrinja a la norma jurídica, se genere como efecto la obediencia de los ciudadanos al ordenamiento, lo que en términos prácticos se traduce en activar los medios institucionales del castigo, los cuales una vez activados y sancionado el infractor, deben producir en la sociedad el sentimiento de lealtad normativa, sentimiento que se conseguirá en la medida que se satisfagan las cargas emotivas tanto de la víctima como de la sociedad.

Este último punto, la reparación de la víctima, es de trascendental importancia tanto en el ámbito moral como en el jurídico, y en nuestro estudio constituye un elemento que no es de dejar de lado, pues es un punto que los legisladores toman bastante en cuenta al momento de determinar la dosimetría penal, ya que se trata de pensar cuánto es la pena suficiente para que satisfaga, acepte y conforme a la víctima del ilícito, de forma que se logren canalizar sus cargas emotivas.

La reparación integral de la víctima, concepto desarrollado en las últimas décadas, considera a la satisfacción del derecho violado como uno de sus mecanismos, satisfacción que se traduce en saber que la persona que violó sus derechos está encarcelado, es decir, se considera al castigo del delincuente como un derecho de la víctima para restablecer la igualdad entre el autor y ésta, por tanto es deber del legislador establecer leyes penales que cumplan este cometido (Silva, 2009, p. 12).

Ahora, la compleja tarea del legislador está en descubrir cuánto es la pena suficiente para que la víctima sienta que la pena la satisface, sin que esto conlleve el establecimiento de penas inconstitucionales, ya que a las víctimas poco les importan la rehabilitación o reinserción de quien violó su derecho, más aún si se trata de crímenes atroces cuyo derecho no puede ser restituido; al contrario, lo que desean es que “el delincuente pague lo que hizo” (Muñoz-Conde, 2010, p. 48), deseo que se traduce en penas largas, perpetuas o hasta la pena de muerte.

Es por ello que en la valoración moral, previo a la determinación de delitos y penas, cumple un rol preponderante el desprendimiento que el legislador debe hacer de esta carga emocional y de todo su velo de ignorancia (talentos, origen social, preferencias personales, etc.) con el fin de objetivar los juicios de valor¹⁹ (Araujo, 2015), para que de esta forma no se determine un marco legal en base de deseos, emociones o creencias vacías, sino al contrario, que se sustenten en condiciones de completa información, evidencia y racionalidad, cuyo mensaje a la vez que simbolice un rechazo y desaprobación a quien viola las normas y éste sea aceptado por la víctima y por el orden moral dominante, también transmita que con la pena el Estado cree y desea la rehabilitación y reinserción del transgresor.

En definitiva, el castigo cumple un rol fundamental para preservar los valores más importantes contemplados en los cánones morales de la sociedad, es por ello que el legislador, para determinar las penas a los delitos que contengan estos valores, debe analizar cuánta pena sería suficiente para que no se genere un incentivo a la víctima

¹⁹ Pese a que parece ser una contradicción hablar de “objetivar los juicios de valor” pues éstos siempre tendrán una carga subjetiva, lo que la Dra. Paulina Araujo, docente de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador se refiere, es al grado de sustentación teórica y empírica que deben contener estos juicios de valor previo a la elaboración de leyes en orden de que no se legisle bajo creencias vacías o intuitivas de lo que *es lo correcto*.

de ajusticiar el delito en forma privada, y que ésta sea percibida como *justa* según los cánones morales de la sociedad para que así se restablezca el orden moral y jurídico socavado por la comisión del injusto, en otras palabras, el legislador debe cuidar que el sistema penal no se separe del merecimiento empírico²⁰, (principalmente en cuanto a la determinación de las conductas y penas que la comunidad considera como las más graves) a menos que los beneficios que se deriven de tal desviación sean estrictamente necesarios como para superar los costes derivados de la reputación moral del sistema que produce tal desviación (Robinson, 2012, p. 123) como lo son los principios constitucionales que revisaremos posteriormente.

En conclusión, en virtud de que las finalidades de la pena, según nuestra normativa son: la prevención especial positiva, la prevención general y la retribución, al momento de determinar la dosimetría penal en sede legislativa, los legisladores debieron tomar en consideración los siguientes factores:

- La dosimetría penal no debe estar basada únicamente bajo el criterio de la prevención especial positiva ya que esto crearía indeterminación en las sanciones penales e inseguridad jurídica, violando así el principio de legalidad, principio básico del Derecho Penal y de todo Estado de Derecho, sin embargo, sí se lo debe considerar como un criterio válido para el establecimiento de las penas mínimas y máximas de forma que no se generen efectos desocializadores en los reos, por tanto, las sanciones penales máximas de un Estado que contemple a la prevención especial positiva como uno de los fines de sus penas, como el Ecuador, no debería ser mayor a los quince años de privación de libertad de forma ininterrumpida y continuada, ni tampoco deberían establecerse penas menores a seis meses de prisión.
- La prevención general conmina a la determinación de penas “ejemplificadoras” que suelen consistir en privaciones de libertad muy largas, cadena perpetua o hasta pena de muerte, las cuales surgen como una reacción impulsiva de los legisladores ante la demanda ciudadana por mayor seguridad, pero según los estudios analizados, estas penas no cumplen con el efecto disuasivo esperado, por lo que el establecimiento de

²⁰ Paul Robinson define al merecimiento empírico como la compatibilidad que debe existir entre la moralidad social y la magnitud de las penas (Robinson, 2012, p. 46).

estas penas suelen ser disfuncionales y en el caso del Ecuador serían incompatibles con la prevención especial positiva, por tanto inconstitucionales.

- El legislador debe determinar las penas más altas para los delitos que contengan valores cuya violación genere alarma social en la población con el objeto de no deteriorar los cánones morales de la sociedad ni la fuerza y la soberanía de la autoridad.
- Las penas establecidas para estos delitos deben considerar la satisfacción de las cargas emotivas tanto de las víctimas, como de la población, para así evitar el quebrantamiento de la lealtad normativa del ciudadano y su correspondiente desobediencia, y a la vez se debe considerar también los principios que limiten estas cargas, los cuales los desarrollaremos a continuación.
- Finalmente, debo advertir que el planteamiento de todas estas finalidades para las sanciones penales constituye una grave contradicción, que complica aún más el trabajo de la determinación de la dosimetría en sede legislativa, sin embargo, en virtud de que la prevención especial positiva está establecida en la Constitución y en tratados internacionales de Derechos Humanos, entendemos que esta finalidad prima sobre las demás, cuestión que será fundamental para el ejercicio de ponderación que revisaremos en el siguiente apartado.

1.2. Principios constitucionales que limitan la determinación legislativa de las penas

Ahora bien, tras haber revisado los fines y criterios que debieron haber tomado en cuenta los legisladores al determinar la dosimetría penal, es momento de analizar los principios constitucionales, que en el caso del Ecuador, debieron también haber considerado.

Como bien lo menciona Ramiro Ávila en su artículo “Inseguridad ciudadana y Derechos Humanos: por la deconstrucción de un discurso securitista y hacia un nuevo Derecho Penal”, la voluntad del pueblo está restringida por los derechos, es decir existe una esfera que no es susceptible de decisión por las mayorías, y esa esfera en el ámbito penal indica que:

(...) todas las personas, desviadas y no desviadas, debemos ser consideradas y tratadas de forma igualitaria y se nos debe respetar la vida y la libertad personal y además que estos derechos no se pueden sacrificar por el sentimiento de inseguridad ciudadana, por el

bien común, por el orden público o por cualquier otra consideración mayoritaria (Ávila, 2010, p. 13)

De ahí que, sea cual sea el fin que se desee perseguir con la pena, el legislador siempre debe considerar los principios y derechos establecidos en la Constitución de la República y en los tratados internacionales de Derechos Humanos suscritos por el Ecuador, de forma tal que se garantice que las sanciones penales no sobrepasen los niveles de incidencia sobre los ciudadanos que son admisibles en el marco del respeto a su dignidad humana. En este sentido, a continuación desarrollaré los principios del Derecho Penal que según el artículo titulado “Principios constitucionales en la determinación legal de los marcos penales” de María Inmaculada Ramos, profesora de Derecho Penal de la Universidad de Granada (España) y Jan Woischnik, profesor de Derecho Penal de la Universidad de Maguncia (Alemania), son los imprescindibles a ser considerados por parte de los legisladores en su análisis respecto a la dosimetría penal.

1.2.1. Principio de humanidad de las penas.

La supresión de las penas corporales y las demandas de organismos internacionales para la abolición de la pena de muerte, hace ya varios años, partieron de la exigencia de respetar la dignidad humana de las personas por un reconocimiento de que el reo, pese a la comisión del delito no pierde su dignidad, y por ende tampoco sus derechos, a excepción de una: la libertad ambulatoria; razón por la cual en múltiples tratados internacionales ratificados por el Ecuador, se prohíben la determinación e imposición de penas crueles, degradantes e inhumanas, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su Art. 7; la Convención Americana de Derechos Humanos, en su Art. 5 numeral 2; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en su Art. 1; entre otros, así también en la Constitución de la República vigente, se refiere a la prohibición de penas inhumanas, crueles y degradantes, en el literal c del numeral 3 de su Art. 66 y en el Código Orgánico Integral Penal en el numeral 1 del Art. 12.

El principio de humanidad en la determinación penal, consiste en la exclusión de las sanciones que resulten denigrantes para la persona que quede sometido a ellas, tomando en cuenta que ya se encuentra en medio de un sufrimiento por el hecho de la imposición de una condena por el delito cometido, de esta manera, la prohibición de penas inhumanas o degradantes, implica que el legislador penal no puede sancionar ningún delito, por grave que se considere, con una pena incoizadora de carácter definitivo, es decir, destinada a destruir física o moralmente al sometido a ellas (Ramos & Woischnik, 2001, p. 145) como la pena de muerte, penas corporales, cadena perpetua, penas muy largas o muy cortas de privación de libertad, por las razones expuestas anteriormente, ya que como afirma Lascuraín (2016), las penas degradantes no son solo las penas corporales, ya que el deterioro irreversible en la personalidad, científicamente se considera un daño físico tanto como la pena corporal:

Conforme a los conocimientos neurológicos actuales, el deterioro cognitivo, emocional y comunicativo, es un daño físico, tanto como lo es una mutilación; los daños psíquicos, las alteraciones en la configuración de las estructuras neuronales son el efecto y la explicación biológica de las modificaciones en la personalidad y en las capacidades psíquicas del penado. (p. 32)

1.2.2. Principio de mínima intervención penal.²¹

La mínima intervención penal es un principio propio de las democracias constitucionales contemporáneas, ya que constituye, primero, una garantía de libertad para los ciudadanos y segundo, un límite que permite promover la solución pacífica de conflictos o, en los casos que ameriten, castigar con sanciones que sean lo menos aflictivas o estigmatizantes para quienes lesionen los bienes jurídicos que el legislador ha considerado susceptibles de protección penal (Martos, 1985, p. 111).

²¹ En este apartado disertaré respecto del principio de mínima intervención penal en su consideración como límite a la determinación legislativa de penas, así que no lo desarrollaré ampliamente y en todos sus caracteres, sino que me circunscribiré a la temática del presente estudio. Si el lector desea conocer más sobre este principio, se le recomienda revisar el texto “El Garantismo Penal” de Luigi Ferrajoli o “El Principio de Intervención Penal Mínima” de Juan Antonio Martos.

El primer argumento consiste en tipificar únicamente conductas que alarmen o alteren gravemente a la sociedad, de tal forma que los ciudadanos estemos en libertad para adquirir derechos y obligaciones jurídicas que no dañen a un tercero, pues una convivencia en la que los ciudadanos vivan bajo la constante amenaza de una pena por sus comportamientos (conocido como “terror penal”) limita su desarrollo personal y comunitario, situación inconcebible en un Estado que se defina como social y democrático de Derecho.

El segundo argumento conmina al legislador a considerar dos temas: 1. Si la conducta eventualmente lesiva puede ser solventada por alguna otra rama del Derecho previo a penalizarla, ya que se parte de la necesidad de restringir al máximo posible y socialmente tolerable la intervención de la ley penal -carácter fragmentario- (Araujo, 2009, p. 33), de tal forma que el poder punitivo del Estado se exprese exclusivamente cuando se susciten transgresiones graves a las normas de convivencia social, actos que no puedan ser resueltos por medios de control menos violentos y con menor costo social que el Derecho Penal y; 2. Una vez seleccionados los bienes jurídicos a ser protegidos por esta rama del Derecho y determinadas las conductas a ser penalizadas, es obligación del legislador minimizar sus correspondientes castigos a su extremo necesario, de manera que “se reduzca la cantidad y la calidad de violencia punitiva en la sociedad tanto en los delitos como en las reacciones frente a estos delitos” (Ferrajoli, 2006, p. 12); sólo de esta forma, el principio de mínima intervención penal podrá ser aplicado posteriormente tanto por el fiscal como por el juez, órganos obligados también a su consideración.

Esta última puntualización es de suma importancia para el presente estudio en razón de que el minimalismo penal, si bien es reconocido en nuestra Constitución, ha sido enfocado únicamente para el ejercicio de las atribuciones del Fiscal, conforme lo establece su Art. 195 que prescribe:

La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas.

Sin embargo, la mínima intervención penal no debe regir únicamente la actuación del Fiscal sino debe estar presente desde la génesis misma del Derecho Penal, no sólo desde su etapa concreta, pues de otra forma el minimalismo penal no lograría sus cometidos de garantizar libertad ni de fungir como límite al poder punitivo del Estado.

Ahora, la pregunta es, ¿cuánto es lo mínimo necesario para determinar la magnitud de una pena?

Como mencioné en los apartados anteriores, la respuesta a esta interrogante está estrechamente ligada al fin que el Estado ha otorgado a la pena, así como lo reconoce el Tribunal Constitucional de España, en el caso Mesa de Herri Batasuna, sentencia en la que se declara inconstitucional la previsión de una pena que supere lo que se considera suficiente para lograr el fin de la norma, el cual según la Carta Magna española, es la reeducación y reinserción social (Carbonell, 2001, p. 140), criterio que según nuestra Constitución, Pacto de San José y ley penal también se debería seguir en el Ecuador al establecer éstos como fines de la pena.

En conclusión, la mínima intervención penal debe dejar de ser considerada sólo como una obligación hacia el fiscal y el juez, sino principalmente debe ser una exigencia hacia el legislador, quien debe tomarla en cuenta en dos momentos, primero, en la tipificación de los delitos, al seleccionar únicamente las conductas que alarmen o alteren gravemente a la sociedad, que causen un perjuicio real a sus miembros y cuya violación no pueda ser resarcida por ninguna otra rama del Derecho; y en un segundo momento, esto es en la fase de la dosimetría penal, se deberán establecer penas estrictamente necesarias, las cuales deberán ser lo menos estigmatizantes y aflictivos acorde al fin planteado por el Estado.

1.2.3. Principio de legalidad.²²

El principio de legalidad constituye el fundamento esencial de la seguridad jurídica, garantía básica del Estado de Derecho y de indispensable aplicación, especialmente en el

²² Al igual que en el apartado anterior, esta sección no abordará la amplia conceptualización del principio de legalidad, sino que versará únicamente respecto a las implicaciones de éste en la determinación legislativa de las penas.

Derecho Penal, ya que por medio de éste los ciudadanos conocen qué es lo que está prohibido y qué consecuencias tendrá la realización de la conducta prohibida, es decir, qué conductas constituyen delito y cuál es su castigo (Ramos & Woischnik, 2001, p. 147) para lo que se exige que estos preceptos estén establecidos previamente en la ley y se los haya determinado con suficiente precisión tanto en la conducta (garantía criminal), en las penas (garantía penal), en el proceso (garantía jurisdiccional) y en la ejecución (garantía de ejecución) (Berenguer & González, 2004, p. 15).

Respecto a la obligación del legislador de determinar penas con la suficiente precisión, la doctrina, desde Beccaria hasta la actualidad, ha sido enfática en proscribir que quede al total arbitrio del juez la imposición del castigo, esto no quiere decir que el legislador deba detallar al máximo la pena para cada delito, de modo que el juez no haga nada más que verificar el cometimiento de la conducta y aplicar la pena que el legislador estableció, de forma automática, ya que se reconoce como imprescindible que el juez actúe con cierto margen de valoración considerando esencialmente circunstancias agravantes, atenuantes y principios, lo cual significa que una norma penal debe diseñarse estableciendo una pena mínima y una máxima y que el espacio entre estos dos límites no debe ser muy amplio, así por ejemplo quedarían prohibidas los preceptos que señalen: “el que cometa homicidio será castigado” o “el que cometa homicidio será castigado con una pena de 6 meses a cadena perpetua”, de hecho estos preceptos no sólo violarían la seguridad jurídica y el principio de legalidad, sino que se estaría vulnerando también el principio de igualdad, ya que los jueces podrían castigar diametralmente distinto a dos personas que cometieron un mismo delito (Ramos & Woischnik, 2001, p. 145).

En definitiva, el principio de legalidad no exige únicamente que los tipos penales estén establecidos en la ley, sino que se requiere que el contenido y alcance tanto de los delitos como de las penas sea completo y determinado, de forma que no genere el riesgo de que las consecuencias jurídicas de los actos de los ciudadanos estén a merced de la discrecionalidad del juez.

1.2.4. Principio de proporcionalidad.

Este principio, como su nombre lo indica, exige que exista proporción entre el daño cometido por el delito y la gravedad de la pena, según la culpabilidad general del delincuente (Robinson, 2015, p. 6), valoración que se debe realizar primero por el legislador - proporcionalidad abstracta - y posteriormente por el juez - proporcionalidad concreta -, así que como comprenderá el lector, en este apartado disertaré respecto a la proporcionalidad abstracta.

La exigencia de que las penas privativas de libertad sean proporcionadas comenzó junto al nacimiento mismo de la prisión, como una preocupación humanitaria de justicia, ya lo decía Beccaria (1957) en su célebre obra “De los Delitos y De las Penas”: “para que toda pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe ser la pena pública, pronta, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes”(p. 87), razón por la cual se la estableció en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, norma que a continuación cito: “La Ley no debe señalar sino las penas estrictamente necesarias y proporcionales al delito” y actualmente se encuentra reconocido en múltiples tratados internacionales de Derechos Humanos como: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Individuales; la Declaración Sobre la Protección de Todas las Personas Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; entre otros, que hacen del principio de proporcionalidad de obligatorio cumplimiento para la mayoría de países del mundo.

Además, en varios países como en el nuestro, según el Art. 76 numeral 6 de la Carta Magna, el respeto al principio de proporcionalidad es una exigencia constitucional para el legislador, así que conocer cuándo el legislador está incumpliendo esta exigencia no es un tema que sólo le involucra a la rama penal sino principalmente a la constitucional.

Sin embargo, si bien las leyes nacionales e internacionales, la doctrina y la jurisprudencia proclaman la proporcionalidad entre delitos y penas, lo complejo está en determinar qué es lo que se debe entender por *proporcional*, lo cual constituye el punto débil de este principio, según lo ha señalado la doctrina, a causa de la inexistencia de una

teoría que establezca criterios sistemáticos derivados de éste límite del Derecho Penal, en virtud del cual muchas veces este principio queda en letra muerta, haciendo que las normas penales evidencien “un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma” (Ramos & Woischnik, 2001, p. 149).

A continuación describiré los criterios derivados del principio de proporcionalidad que los profesores María Inmaculada Ramos y Jan Woischnik, han recogido de las valoraciones de concretos preceptos penales, esbozados en las siguientes obras: “El Principio de proporcionalidad en Derecho Penal” de Aguado Correa; “Introducción a la teoría jurídica del delito” de Álvarez García y en el libro “Derecho Penal. Parte General” de Francisco Muñoz-Conde, así como en jurisprudencia constitucional española y alemana, haciendo hincapié que el análisis no se reduce únicamente al ámbito jurídico, sino que debe ser el producto del análisis político-criminal que tiene por tarea realizar el legislador (Ramos & Woischnik, 2001, p. 144).

1.2.4.1. Importancia del bien jurídico.

Como lo mencioné anteriormente, la selección de bienes jurídicos a ser protegidos por el Derecho Penal es la primera tarea del legislador en la elaboración de un código sustantivo penal, posterior a lo cual debe realizar una ponderación de derechos con el objeto de determinar las conductas que ameritan mayor pena hasta la menor según el bien jurídico afectado (Prieto Sanchís, 2003, p. 52).

Debemos ser enfáticos en la “exclusiva protección de bienes jurídicos” porque el Derecho Penal solo debe intervenir cuando se trata de proteger bienes jurídicos frente a conductas que lo lesionen o que le supongan un peligro concreto, ahora bien ¿cómo identificar a los bienes jurídicos que deben ser objeto de protección penal? primero, se debe recurrir a la Constitución. El Derecho Penal no debe castigar conductas que lesionen intereses, derechos o valores que no se encuentren reconocidos en la Constitución o en tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Estado en cuestión, sin embargo esta no es una respuesta del todo satisfactoria porque no implica que todos los bienes jurídicos previstos en la Carta Magna deban ser protegidos por el Derecho Penal, ni la Constitución tampoco proporciona un catálogo

de derechos que deben ser resguardados en el código penal, al contrario, establece que todos los derechos son de igual jerarquía, así que corresponde al legislador, a través de un juicio de valoración, seleccionar aquellos bienes jurídicos con la suficiente importancia social y necesidad de protección penal para plasmarlos en el código (Mir Puig, 1991, p. 205).

Sin embargo, lamentablemente la literatura no ha logrado satisfacer el contenido y alcance de lo que se debe considerar como un “bien de importancia social” (que son aquellos que deben ser protegidos por sanción penal) ya que se limitan a describirlo como “los mandatos fundamentales de la vida social” (Mir Puig, 1991, p. 206), con lo cual el acuerdo es fácil, sin embargo lo complicado es descubrir cuándo el legislador debe considerar que un interés es fundamental para la vida social y cuándo no, aspecto que deja en total subjetivismo al tema que nos convoca; así que considero que existen dos posibles soluciones para afrontar esta problemática, la primera es realizar una investigación sociológica empírica a la población con el objeto de conocer los valores que creen son los primordiales para una convivencia pacífica y en qué medida lo consideran más o menos importantes en la conciencia social para efectos de la gradación penal²³; o como una segunda opción, el legislador podría con su solo criterio identificarlos y otorgarles una mayor o menor pena según el grado de irreparabilidad de la eventual lesión al bien jurídico, es decir, la violación del derecho a la vida (ej. asesinato) es más irreparable que la violación al derecho a la libertad (ej. secuestro) porque lógicamente la vida no se puede recuperar pero la libertad sí mientras exista vida, así como también es más irreparable la violación a la libertad que a la propiedad (ej. hurto) ya que incluso éste último es susceptible de restitución; por tanto en este orden de ideas, los delitos contra la vida ameritarían mayor pena que los delitos contra la libertad y éstos a su vez merecen más castigo que los delitos contra la propiedad.

Adicionalmente, un tema que no debe descuidar el legislador es que la significación social de un hecho debe reflejarse también en la pena, esto es que, por

²³ Según Paul Robinson, tras una investigación empírica realizada en Estados Unidos, la población logra identificar fácilmente a los siguientes como sus valores fundamentales,: vida, libertad, propiedad y honestidad, lo que genera el problema de que si el legislador toma en cuenta únicamente estos resultados, delitos contra la salud pública, el medio ambiente o la seguridad del Estado quedarían marginados, lo cual no es concebible en las democracias contemporáneas (Robinson, 2012, p. 134).

ejemplo si existe una gran conciencia social sobre la necesidad de proteger y conservar el medio ambiente, estaría justificada la agravación de las penas previstas para los delitos contra el medio ambiente, así como también, si un hecho deja de tener la trascendencia social que ha tenido en una época pasada, deben atenuarse o abolirse las penas previstas para ese hecho como es el caso del servicio militar obligatorio o la mendicidad ; todo esto con el objeto de que el Derecho Penal esté ajustado a los valores fundamentales de la población.

No obstante, estas posibles soluciones continúan siendo absolutamente valorativas y por tanto subjetivas, así que el Prof. Luis Prieto Sanchís propone el siguiente proceso de ponderación para tratar de limitar el exceso de libertad en la valoración del legislador, la cual consiste en los siguientes cuatro pasos: 1. identificar un fin constitucional de las penas; 2. que la pena prevista sea medio idóneo para cumplir dicho fin; 3. que no exista forma menos gravosa de lograrlo y; 4. que el mal que produce sea proporcional al bien que persigue (Prieto Sanchís, 2003, pág. 77).

Es decir, el autor propone analizar el fin de la pena y una determinada magnitud de ésta a través del test de proporcionalidad, según el cual se desprendería un instrumento constitucional para la dosimetría penal en la fase legislativa que sólo una vez superado, la intervención del Derecho Penal estará justificada.

Como ejemplo de esta afirmación propongo el siguiente: los legisladores acuerdan que el fin de la pena es la rehabilitación según la lectura de la constitución, posterior a lo cual determinan que la conducta que acarrearía la mayor alarma social en la población es el genocidio, por ende le asignan cuarenta años de privación de libertad, entonces el análisis sería “¿40 años de genocidio lograrían rehabilitar al reo?” por supuesto que no, lo que significa que la medida restrictiva del derecho a la libertad no es idónea al fin perseguido, así que hay que buscar otra pena hasta que exista la posibilidad de lograr este cometido. Supongamos que definen 15 años para el genocidio porque con este tiempo de privación de libertad sí se puede lograr su rehabilitación, así que en el tercer paso, el legislador debe justificar que no existe un procedimiento menos gravoso o restrictivo para lograr este cometido y finalmente debe ponderar entre daños y beneficios, es decir, debe comprobar que los beneficios que se obtienen de los quince años de violación al derecho a la libertad del reo es

mayor que los daños que dicha violación provoque en él²⁴. Si bien este proceso no parece tan complejo, el problema radica cuando se tienen varios fines de la pena y ellos son mutuamente excluyentes, como la disuasión y la rehabilitación, situación que sucede en nuestro país y en muchos más, y este problema se intensifica aún más cuando los fines establecidos son inconstitucionales como la retribución o la popularidad del legislador, con lo cual ninguna pena va a poder pasar por el filtro del test de proporcionalidad.

1.2.4.2. Grado de lesividad al bien jurídico.

Un factor por demás importante en la dosimetría penal también es el grado de afectación al bien jurídico protegido pues, como afirma Prieto Sanchís (2003) “muchas veces el problema no reside en determinar si un bien es más o menos importante, sino en valorar si un cierto comportamiento constituye una lesión relevante para el mismo” (p. 73), en virtud de que en un Estado donde prime el Derecho Penal mínimo, éste debe intervenir sólo cuando existan lesiones relevantes.

Este criterio tiene dos importantes efectos: el primero es establecer conductas que provoquen una lesión concreta y significativa al bien jurídico y la segunda, que influye directamente en la magnitud de la sanción, es la determinación de penas según la gravedad de la lesión. Según el primer efecto se deriva la exclusión de los delitos de peligro abstracto, y la exigencia de que los delitos de peligro concreto se encuentren detallados de la forma más precisa y rigurosa (Ferrajoli, 2008, p. 108) y, según el segundo efecto, se colige que mientras más alejada esté o menos daño provoque la conducta de la lesión del bien jurídico, menos grave deberá ser la reacción penal (Ramos & Woischnik, 2001, p. 151), de forma que, por ejemplo, la perpetración de una herida física tenga un castigo menor a la de un homicidio, pues la primera puede curarse eventualmente a través de una intervención quirúrgica mientras que la muerte no tiene solución alguna, así como también dentro de los delitos de lesiones, las penas deben ser mayores cuánto más se haya dañado a la integridad

²⁴ Prieto Sanchís (2003) afirma que en esta última parte es donde rige el núcleo del juicio de ponderación, “en el sentido de que cuanto mayor sea la afectación del derecho, mayor tiene que ser también la importancia de la satisfacción del bien en conflicto”. (p. 78)

física de un individuo, por ejemplo, una lesión que haya provocado la pérdida de un ojo debe ser superior a una que le haya generado a la víctima una incapacidad de temporal.

En definitiva, mientras más daño se haya causado o más irreparables sean las consecuencias de haber lesionado un bien jurídico constitucional de importancia social, el legislador deberá prescribir penas más graves.

1.2.4.3. Forma subjetiva de ataque al bien jurídico.

El elemento subjetivo también forma parte del principio de proporcionalidad en la determinación de la magnitud de la pena y consiste en considerar al dolo o a la negligencia como factores determinantes de la magnitud de la pena²⁵. La legislación mundial y la nacional coinciden en atribuir una mayor pena a los delitos causados con intención de causar daño que a los perpetrados por falta de cuidado (Ramos & Woischnik, 2001, p. 152), un ejemplo típico de este caso es el consenso en la doctrina de que el asesinato sea penado en mayor grado que el homicidio.

Esta diferenciación en la pena según el elemento subjetivo se da porque, bajo mi consideración, es coherente con los fines que más frecuentemente persigue el Estado con las penas, así, de acuerdo a la teoría de la prevención general, las penas pueden disuadir a quien conoce la norma, ha decidido vulnerarla e inclusive premedita su actuación, es decir a quienes desean y realizan todo acto posible para concretar el resultado, como son los delitos dolosos, en cambio es imposible que logre dicho efecto en personas que actúan sin conocimiento de la norma y/o no desean la producción del resultado como son los delitos culposos, por tanto, según la prevención general sería inadecuado asimilar las penas de delitos dolosos y culposos.

²⁵ La preterintencionalidad también es considerada como otro elemento subjetivo del delito que consiste en realizar una acción u omisión de la cual se produce un resultado más grave que aquel que quiso causar; algunos autores lo suponen una variante del dolo y otros una mixtura de culpa y dolo, en todo caso, la doctrina y la legislación se inclinan a atenuar la pena de conductas preterintencionales frente a las dolosas, como ejemplo de eso, en el COIP se establece que quienes hayan incurrido en esta conducta deberán ser sancionados con dos tercios de la pena previstas para el delito doloso (Art. 26).

Respecto a la teoría de la rehabilitación sucede lo mismo, sería absurdo e iría en contra de su fin, determinar penas iguales para ambas clases de delitos, de hecho como se analizó anteriormente según esta teoría es cuestionable incluso sancionar a los delincuentes que han actuado por negligencia, pero dejando esta problemática de lado, es claro que los delincuentes que más necesitarían rehabilitación son aquellos que han actuado con voluntad y deseo de realizar el acto que quienes lo hicieron por imprudencia, ya que en el dolo existe una clara relación psicológica que vincula al autor del comportamiento con el resultado lesivo ocasionado, mientras que los delitos culposos justamente se caracterizan por esta ausencia de relación psicológica (Echeverry, 2009, p. 130).

Finalmente, más allá de atribuir más pena a los delitos dolosos que a los culposos por coherencia con los fines prevencionistas, según la investigación empírica que he mencionado a lo largo de la presente disertación realizada por el penalista experimental de Estados Unidos, Paul Robinson, el promedio de la ciudadanía le atribuye un mayor desvalor ético a las conductas ilícitas cometidas con intención de causar daño que a las realizadas por negligencia (Robinson, 2012, p. 75), es decir este criterio tiene respaldo también en la moralidad social, situación que es esencial para la eficacia del Derecho Penal en una determinada sociedad.

1.2.4.4. Forma de participación de los infractores.

Las tres formas de participación clásicas que la doctrina ha proclamado que deben ser sujetos de penalidad en la comisión de un ilícito es la autoría, la complicidad y el encubrimiento, atribuyendo más pena a la primera, menos a la segunda y menos aún a la tercera, por las siguientes razones: el único sujeto indispensable, es decir, sin el cual no se hubiese podido consumar el tipo penal es el autor, mientras que el cómplice es quien aporta de forma accesoria al delito ajeno de forma que su contribución no es esencial, es decir sin su ayuda el delito igual se hubiera perpetrado y el encubridor es el sujeto cuya actuación se da siempre posterior a la ejecución del delito con la intención de favorecer al autor y/o cómplice alterando

u ocultando la verdad, por tanto es lógico que, en consideración del principio de proporcionalidad, el legislador prevea más pena mientras la participación es mayor.

Sin embargo, en los últimos años se ha extendido la tendencia de reducir las formas de participación a penal a dos: autor y cómplice (con todas las modalidades que le corresponden a cada una), en virtud de que la figura de encubridor se la ha establecido como delito autónomo que atenta contra la administración de la justicia, tal modificación se la puede encontrar en el código penal de España, Suiza, Argentina, Italia, Ecuador, etc., y se fundamenta esencialmente en que no es posible participar de un delito cuando este ya fue consumado, por tanto si el encubridor no participa de su comisión resultaría absurdo sancionarle por un delito cuyo objeto jurídico nunca afectó, al contrario, el bien jurídico que si tuvo la voluntad y la conciencia de afectar es la administración de justicia (Zambrano, 2009, p. 61), por eso es que en países como el nuestro es catalogado como “fraude procesal”, criterio con el que concuerdo.

En conclusión, el legislador debería considerar dos formas de participación penal: la autoría y la complicidad, otorgándole más pena a quien tuvo el dominio de la voluntad y del hecho, que es el autor, mientras el cómplice, por su contribución accesoria a la ejecución del delito la pena siempre debería ser menor que la que se le imponga al autor, situación que sí sucede en nuestro país según el Art. 43 del COIP.

1.2.4.5. Grado de ejecución de la infracción.

El último criterio que, según María Inmaculada Ramos y Jan Woischnik, el legislador debe considerar al momento de establecer la escala de penas basado en el principio de proporcionalidad, es el grado de ejecución del delito, el cual consiste en prescribir al juez que cuando el delito no se lo ha consumado por circunstancias ajenas al infractor pero sí se ha iniciado la acción típica de forma idónea e inequívoca, lo que se denomina como “tentativa” se debe reducir la pena frente a la que se debía imponer si el delito se hubiere consumado.

Respecto al desistimiento y el arrepentimiento eficaz, la doctrina apunta a la despenalización de estas conductas (Bueno, 1981, p. 212) tanto por el principio de lesividad y el de mínima intervención penal como desde el punto de vista preventivo, ya que se entiende que la eliminación de la pena en este caso funciona como “un puente de oro” o “premio” para el sujeto que se retira de la comisión del delito y además porque si el individuo expresamente desistió o se arrepintió de su conducta sin hacer mayores daños, se demuestra que la voluntad criminal no era suficientemente fuerte o intensa (Torres, 2014, p. 19). Sin embargo, esto no implica que quedan exentos de responsabilidad penal por los actos ejecutados, previo a su desistimiento o arrepentimiento.

Cabe advertir que el criterio de penar menos a la tentativa que a su consumación si bien es compartido por los prevencionistas, no es muy compartido por filósofos morales, de hecho según apunta Paul Robinson, éste es justamente el punto más discordante entre el retribucionismo y el merecimiento empírico, es decir, entre lo que la teoría absoluta de la pena proclama y los deseos de justicia de la comunidad, ya que según la primera, la tentativa de un homicidio, por ejemplo, debería ser castigada del mismo modo que el homicidio consumado, cuestión que el promedio de la población objeta pues, a través de su referida investigación, descubrió que la ciudadanía concuerda con que el asesinato debe ser castigado en forma más dura que una tentativa de asesinato, ya que consideran al daño como parte fundamental de la proporcionalidad del castigo (Robinson, 2012, p. 88).

De esta forma, la tendencia mayoritaria tanto en la doctrina como en la legislación a nivel mundial ha sido admitir este criterio. En nuestro país se castiga con uno a dos tercios de pena a la tentativa respecto al delito consumado.

1.2.4.6. Otros criterios de gradación.

Otros criterios de gradación derivados del principio de proporcionalidad que considero también se deben tomar en cuenta, pese a que no los reconozca (pero tampoco los niegue) el texto de María Inmaculada Ramos y Jan Woischnik que he tomado de referencia en este apartado, son los siguientes:

- La vulnerabilidad del sujeto pasivo, lo cual significa que el legislador debe prescribir al juez el aumento de la sanción penal de un delito, cuando la víctima o las víctimas se traten de sujetos que se encuentran en un gran estado de indefensión como son los niños, adolescentes, adultos mayores, mujeres embarazadas, personas con discapacidad y personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario.
- La posición del sujeto activo, lo que implica que el legislador deberá establecer una pena más elevada en casos de que el victimario se trate de una persona que funja como garante del bien jurídico protegido que ha sido lesionado o que cometa la infracción prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente, religiosa o similar o que se aproveche de su condición de servidor público para el cometimiento del delito.
- Y finalmente, otro criterio a considerar es el estado mental del infractor al momento de la comisión del delito, que consiste en establecer una reducción de la pena en el caso de que el delincuente haya tenido su capacidad mental disminuida cuando cometió el ilícito, a excepción de que dicha capacidad se haya visto disminuida por embriaguez o intoxicación realizada de forma libre y voluntaria, conducta que la doctrina proclama no debe ser susceptible de atenuación ni agravación de la responsabilidad penal, conocido por la literatura como *actio libera in causa*.

En conclusión, la determinación de la magnitud de las penas, especialmente aquellas consistentes en la privación de la libertad, debe basarse según el fin que desee perseguir el Estado y en consideración a sus principios constitucionales, fundamentos que se constituyen como el llamamiento a la racionalidad legislativa y al desarrollo de su argumentación (Prieto Sanchís, 2003, p. 86), en orden de limitar la discrecionalidad del poder y por ende, la arbitrariedad en el establecimiento de penas, proceso complejo que, si bien es altamente improbable hallar una técnica que satisfaga por completo a la ciudadanía, profesionales, autoridades, filósofos morales, activistas de los Derechos Humanos, etc., dado su carácter por esencia valorativo, los diversos sectores de la sociedad deberían exigir mayor seriedad y responsabilidad en las decisiones de sus autoridades, especialmente de los legisladores y más aún en materia penal, que no se

determine un marco legal en base de deseos, o creencias vacías, sino al contrario, que se sustenten en condiciones de completa evidencia, cuyo mensaje a la vez que simbolice rechazo a quien viola las normas, también transmita respeto hacia los principios e institucionalidad del Estado y hacia los Derechos Humanos de todos los ciudadanos, inclusive de quienes han delinquido.

2. Fundamentos de los legisladores para la determinación de penas en el Código Orgánico Integral Penal en contraste con los fundamentos analizados

Ahora bien, habiendo descrito los principios que el legislador debe tomar en cuenta al determinar la dosimetría penal, que de forma resumida consiste en, establecer los fines a perseguir por el Estado con la pena, según lo dicta el principio teleológico y; considerar con especial atención a los principios constitucionales que limitan la actuación del Estado, para lo cual he respaldado el análisis con literatura e investigaciones empíricas, ambas compuestas por aportes de distintas disciplinas como la Sociología, el Derecho y la Psicología; es momento de descubrir en qué medida los legisladores del Ecuador las consideraron previo a la tipificación de los tipos penales, para lo cual me basaré en documentos oficiales tales como los anteproyectos, el proyecto tratado en la Asamblea Nacional, el veto parcial del Presidente de la República, actas de debate tanto de la Comisión de Justicia como del Pleno de la Asamblea Nacional y diferentes entrevistas realizadas a asambleístas que trabajaron en la elaboración del COIP.

2.1. Principio teleológico y principios constitucionales en el desarrollo histórico del COIP

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador fue el órgano encargado de desarrollar el primer anteproyecto de la esperada reforma penal, por tanto allí se concentra gran parte de la filosofía del código, filosofía que, conforme lo explicaré detalladamente, fue cambiando desde el Ministerio hasta el último debate en la Asamblea Nacional, de manera que a continuación expondré el fin que se ha proyectado en las distintas versiones del COIP, la consideración que sus elaboradores han tenido respecto a los principios constitucionales mencionados y por supuesto especificaré los fundamentos tanto jurídicos como sociológicos

o psicológicos según los cuales los funcionarios del Ministerio de Justicia y de la Asamblea Nacional basaron su determinación de penas.

2.1.1. Primer anteproyecto del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

El primer anteproyecto del COIP, nombrado en aquel momento como “Código Orgánico de Garantías Penales” fue elaborado desde marzo del año 2009 y publicado para socialización a la ciudadanía en diciembre del mismo año bajo la responsabilidad del Néstor Arbito Chica, quien fungía en ese entonces como Ministro de Justicia y Derechos Humanos. Este anteproyecto tuvo dos momentos, el primero más garantista que el segundo, como efectivamente lo reconocen los legisladores que entrevisté para la presente disertación, así lo hace el Asambleísta Fernando Bustamante, quien afirmó lo siguiente:

(...) sobran los estudios que señalan que las penas altas no sirven para controlar el crimen y peor aún que las cárceles sirven para rehabilitar, menos aún en el estado de las de nuestro país, todo eso es un mito, **lo único cierto es que el miedo de perder votos por el garantismo penal llevó a que se eleven de esa forma las penas [...]** si manteníamos el garantismo se iba a generar una opinión pública hostil.²⁵

2.1.1.1. Borrador del anteproyecto.

En su primer momento, que data de julio 2009, el borrador del anteproyecto no fue expuesto públicamente, así que lo que se conoce acerca de su contenido es lo que señala Ramiro Ávila en la introducción de la primer anteproyecto oficial, en el cual se determinaron penas cuyo límite no excedía de los 16 años de privación de libertad, se disminuyeron considerablemente las penas en relación al código penal vigente en aquel año, las penas tenían un techo pero no un piso, se despenalizaron delitos de peligro abstracto como los delitos sobre tráfico de drogas, la reincidencia dejó de ser considerada como un agravante de la pena y se privilegió la prontitud en la imposición de las penas antes que su magnitud, es así que es evidente que en esta

²⁵ Respuesta a la pregunta N° 1 en la entrevista realizada a Fernando Bustamante, cuya evidencia consta en la sección de anexos de la presente disertación como anexo 6.1.2.

versión del código, no se concibió al Derecho Penal como un instrumento de defensa social que tiende a una mayor represión que a su minimalismo, al contrario, se nota un esfuerzo hacia la prevención especial positiva por su especial cuidado al tratamiento de los procesados y reos, en palabras de Ramiro Ávila (2009):

Atrás de nuestros esfuerzos siempre estaba, como insistentemente lo ha manifestado el profesor Zaffaroni y Binder, el recuerdo y la sombra de la cárcel, la historia de la represión penal y seres humanos de carne y hueso que padecen. Para no olvidarnos de qué estábamos tratando, más de un libro sobre criminología crítica leímos y más de una vez visitamos nuestras cárceles. (p. 28)

Ahora, en cuanto a los fundamentos bajo los cuales los funcionarios del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se basaron para determinar la dosimetría penal en este primer borrador, no encontramos ninguna investigación empírica interdisciplinaria, sino que se evidencia que la pena máxima de 16 años se determinó por un sentido de respeto histórico hacia la pena máxima que ha sido establecida en casi toda la historia republicana del Ecuador (desde 1837 a 2001) que es de 16 años; la disminución de penas se realizó en base a tres parámetros: 1. la teoría del bien jurídico ponderado del Prof. Prieto Sanchís que proclama la necesidad de la relación que debe existir entre el bien jurídico constitucionalmente protegido, el delito y la potencial restricción de la libertad del eventual delincuente, 2. el principio de lesividad y el de proporcionalidad y 3. la convicción de priorizar la eficacia de la pena sobre su severidad (Ávila, 2009, p. 26).

En tal virtud, sostengo que aunque es plausible que este primer borrador haya recogido los principios de la teoría garantista del Derecho Penal y considerado los Derechos Humanos, otorgándole una especial importancia al tratamiento de los procesados y reos, me parece que hubiera sido una tarea imposible que sea aceptada por la ciudadanía y por ende el legislador no la hubiese aprobado, ya que en su elaboración no se tomó en cuenta la moralidad social de la población, factor que como analizamos anteriormente, es de trascendental importancia si se desea la efectividad del derecho y el restablecimiento del orden moral y jurídico socavado por la comisión del delito. Con esto no quiero decir que la voluntad de la mayoría tiene el derecho de vulnerar a la minoría, pero sí debo ser enfática en que no se puede ni se

debe ser indiferente ante las instituciones de justicia que la ciudadanía guarda entre sus cánones morales porque como se analizó en el capítulo anterior, el alcance de la efectividad del Derecho Penal depende en gran medida del grado de credibilidad moral que éste tenga frente a los ciudadanos, de manera que si el Derecho Penal no castiga lo que la comunidad considera como suficiente, en algunos casos se intentará movilizar métodos sociales informales que sancionen esa conducta (Robinson, 2015, p. 32), en otras palabras, si el sujeto A mata al hijo del sujeto B, y el sujeto B considera que la pena de 10 años es un castigo insuficiente, no sería extraño que recurra a formas de venganza privada contra el sujeto A para satisfacer su ánimo de justicia que los medios institucionales no le ofrecen, es decir, las sanciones penales deben calmar la sed de justicia de la víctimas y lograr conformarlas, de manera que se restablezca el orden jurídico y moral violentado, en lugar de que se vuelva a quebrantar.

Respecto a los principios constitucionales aplicados, es evidente el respeto hacia el principio de humanidad de las penas y al de mínima intervención penal por las razones expuestas, sin embargo, considero que no se respetó el principio de legalidad al establecer penas sin un límite mínimo lo cual hubiera provocado inseguridad jurídica a la ciudadanía, delincuentes sentenciados por un mismo delito con penas ampliamente distintas en su duración y reos que pasen menos de seis meses en prisión, generando costos psicológicos y sociales más graves de lo necesario según lo detallé anteriormente. Finalmente, en virtud de que este primer borrador no fue publicado íntegramente sino que, lo que se sabe de él, son las características principales que sobre éste escribió su principal elaborador, Ramiro Ávila, en la introducción del primer anteproyecto oficial, no he tenido la oportunidad de analizar la proporcionalidad de las normas penales, de forma que no me es legítimo emitir mayor criterio respecto a la aplicación del principio de proporcionalidad, no obstante, debo señalar que el establecimiento de 16 años como el mayor límite de privación de libertad, constituye una evidencia de que la mayor sanción fue relativamente

proporcional al fin constitucionalmente establecido²⁶, es decir a la rehabilitación y reinserción.

En conclusión, esta primera versión del anteproyecto “Código Orgánico de Garantías Penales” me parece que fue un buen intento de un código progresista y garantista, que reconoce que el Derecho Penal no soluciona el problema de la delincuencia, y encamina la prevención especial positiva como su fin prioritario de forma inequívoca; sin embargo, para que pase de ser un intento a una realidad, considero que no debieron determinarse las penas únicamente bajo criterios históricos o jurídicos, sino que, si se hubieran realizado investigaciones interdisciplinarias que demuestren teórica y/o empíricamente, por ejemplo, que la severidad de la pena no disuade como lo creen algunas autoridades, o que, las penas menores a un seis meses causan más costos sociales que beneficios o que, las penas mayores a los quince años causan daños irreversibles en la psiquis de los reos²⁷ o incluso hubiera sido interesante conocer, a través de una investigación seria y no sugestiva, que no se ha realizado en el país, cuál es el límite mínimo que la mayoría de la ciudadanía estaría dispuesta a aceptar como la pena máxima, y si en éste último caso los datos arrojaban penas más elevadas de los quince años, proceder a realizar fórmulas como establecer regímenes de libertad a partir de dicha cantidad de años, con el fin de no causar su desocialización.

Estos datos podrían haber servido para que las autoridades acepten la propuesta del código y una vez que éste llegue a su vigencia, asegurar el respeto a sus normas por parte de la población; sin embargo no fue así y esta primera versión fue reemplazada por el anteproyecto que a continuación detallaré.

²⁶ Lo califico como “relativo” ya que según los estudios psicológicos analizados anteriormente, penas de privación de libertad mayores a quince años son contrarias a la prevención especial positiva, y la pena planteada, si bien es cercana a este plazo, supera este límite por un año.

²⁷ En la publicación del anteproyecto se hace mención a este tema con el siguiente argumento: “El maestro Ferrajoli ha sostenido, de forma documentada y persuasiva, que la pena no puede superar los diez años de privación de libertad; pasados los cuales, se causaría un daño irreversible en las personas” (Ávila, 2009, pág. 29); sin embargo, el límite de diez años que sugiere Ferrajoli en su obra magistral “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal” (2009) lo plantea sin base documental, así como lo menciona: “una norma constitucional debería sancionar un límite máximo, **pongamos**, de 10 años.” (pág. 415), (las negritas y subrayado es mío) es decir, considero que, para convencer a las autoridades y a la ciudadanía de reducir las penas de forma radical, se debía haber demostrado los efectos nocivos de las penas largas con mayores argumentos que la sugerencia del maestro Ferrajoli.

2.1.1.2. *Anteproyecto oficial.*

El anteproyecto publicado en diciembre de 2009 fue elaborado por quince abogados y complementado con observaciones de reconocidos juristas de la talla de Zaffaroni y Pavorini, el cual, respecto al tema tratado en la presente disertación, tenía las siguientes características: el techo de la pena se incrementó a 25 años de privación de libertad, no se establecía un límite mínimo en ningún delito y las penas continuaron bastante reducidas frente al código penal que se encontraba vigente en aquel momento.

El fundamento del establecimiento de 25 años como pena máxima se lo hizo aduciendo un equilibrio entre la pena de 16 años propuesta en el borrador, con la vigente en ese momento que era de 35 años, lo que a mi parecer fue una determinación arbitraria, ya que de esa forma no se justifica el fin propuesto ni el cumplimiento de principios constitucionales; el fundamento de la no determinación de límites mínimos (o también llamados “pisos”) para ningún delito, se lo hizo por considerar que su establecimiento implicaba una “presunción de culpabilidad inadmisibles en un sistema garantista” (Ávila, 2009, p. 29) pero para mi criterio, esa decisión implicaba una transgresión al principio de legalidad, lo cual no sólo es inadmisibles en un sistema garantista sino en todo Estado que se considere: de Derecho.

Finalmente, si bien existió una radical disminución de penas en todos los delitos frente al código penal anterior, esta disminución distaba mucho de lo que la sociedad hubiese aceptado, por ejemplo según su Art. 94, para los casos de violación sexual se establecía una pena que iba hasta los cuatro años y si fue ejercida con *violencia o amenaza* la pena se elevaba a seis años de privación de libertad, y peor aún, se determinó esa misma pena para delitos como la estafa, la usurpación y el robo, lo que a más de atentar contra el principio de proporcionalidad, atenta contra la moralidad social porque, como lo mencioné en el capítulo anterior, el castigo estaría transmitiendo un mensaje que no sería el esperado por la ciudadanía al otorgar un castigo similar a quien atente contra la integridad sexual que a quien atente contra la propiedad, lo cual hubiera sido objeto de una gran controversia.

Así lo confirma la ex asambleísta Gina Godoy, militante del movimiento Alianza País e integrante de la Comisión de Justicia desde el 2009 hasta mayo de 2017, quien, en la entrevista que le hice con motivo de esta disertación, mencionó lo siguiente:

(...) el anteproyecto liderado por Ramiro claramente era minimalista pero nunca tuvo respaldo político porque por ejemplo los delitos contra la violencia intrafamiliar no tenían pena de privación de libertad, los delitos sexuales tenían penas que iban de 3 a 6 años, o sea fue descalificado totalmente por Alianza País y por nuestra bancada, o sea un violador debe ir preso, no puede ser que si a una mujer se la viola, el Estado le diga “vea señora con las disculpas de su violador es suficiente” eso es una desvalorización al bien jurídico violentado, entonces ese proyecto dejaba en total desventaja a la víctima, fue un proyecto que fue trabajado por un grupo de personas del Ministerio de Justicia, entre ellas Ramiro, pero nunca tuvo respaldo político, nosotros pedíamos más penas, el que sí tuvo nuestro respaldo y por eso fue presentado en la Asamblea fue el que tenía un techo de hasta 35 años de pena ya que se produjeron algunos hechos como crímenes atroces dentro de la construcción de la reforma que fue como diciéndonos “hay que aumentar las penas” inclusive se hablaba de disminuir la edad de responsabilidad penal pero afortunadamente eso no pasó (...) ²⁸

La ex Asambleísta Mariángel Muñoz, quien fungió como Vicepresidenta de la Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional cuando se aprobó el COIP, también mostró su rechazo a penas cortas en casos de alarma social:

(...) cómo le puedes, a una madre cuya hija perdió a manos de su novio o de su esposo, decirle sabes qué diez añitos no más va a estar el asesino de su hija, que con los diferentes regímenes que existen en el proceso de rehabilitación va a estar 5 años adentro y luego va a entrar en proceso de incorporación dentro de la sociedad, eso nunca sería aceptado (...) ²⁹

La finalidad en este código era clara: rehabilitación y reinserción (excepto en los delitos de lesa humanidad y otros que atentaban contra el Derecho Internacional Humanitario que tenían penas que ibas hasta los 25 años de prisión)

²⁸ Respuesta a la pregunta N° 3 en la entrevista realizada a Gina Godoy, cuya evidencia consta en la sección de anexos de la presente disertación como anexo 6.1.3.

²⁹ Respuesta a la pregunta N° 4 en la entrevista realizada a Mariángel Muñoz, cuya evidencia consta en la sección de anexos de la presente disertación como anexo 6.1.4.

aunque asombra que en todos los delitos el juez podía condenar a los reos con penas menores a seis meses, lo cual según la literatura analizada, atenta contra este fin, más aún en cárceles como las nuestras donde se crean redes de delincuencia organizada y donde el crimen encuentra su universidad, como lo manifestó el ex asambleísta Fernando Bustamante:

(...) cuando era Ministro del Interior pude comprobar lo que siempre se decía acerca de que las cárceles son centros de formación de delincuentes, allí es donde se conocen los delincuentes y comienzan a formar sus mafias, realmente es así, si haces una investigación de nuestras cárceles lo vas a comprobar, y las autoridades lo saben, todos lo saben (...)³⁰

Por lo tanto, las penas contempladas en este anteproyecto atendían a la rehabilitación y reinserción con respecto la pena máxima, mas no así respecto al límite mínimo.

Adicionalmente, también se estableció como finalidad la “reparación del derecho de la víctima”, según su Art. 26, lo cual es cuestionable pues, conforme lo analizado, una parte fundamental de la reparación a la víctima más allá de su indemnización económica, tratamientos psicológicos, disculpas, etc., es la satisfacción del castigo impuesto a su victimario, lo cual a mi parecer, no hubiera sucedido en muchos casos, especialmente respecto a los delitos sexuales.

En cuanto a la consideración de principios constitucionales, se ha respetado parcialmente el principio de humanidad de las penas, pues si bien por un lado se atendió a no neutralizar los sentidos de los reos por exceso de tiempo en la duración de las penas en la gran mayoría de delitos, por otro lado todos los delitos eran susceptibles de ser castigados con privaciones de libertad que duren menos de lo que la literatura recomienda para dar estricto cumplimiento a este principio; respecto al principio de legalidad, continúo sosteniendo que se lo transgrede fulminantemente por el hecho de no establecer límites mínimos a ningún delito; el principio de mínima intervención está claramente justificado; y finalmente, considero que el principio de proporcionalidad se vio especialmente vulnerado en este anteproyecto, primero,

³⁰ Respuesta a la pregunta N° 3 en la entrevista realizada a Fernando Bustamante, cuya evidencia consta en la sección de anexos de la presente disertación como anexo 6.1.2.

porque eventualmente un genocida podía recibir igual pena que un ladrón o que un traficante de estupefacientes, dada la anulación de límites mínimos y segundo, porque los límites máximos establecidos parecían dar igual valor a bienes jurídicos que el ciudadano promedio diferencia, así como lo señala Paul Robinson, quien afirma que independientemente de la clase social, las personas, en promedio, otorgan una jerarquía a sus valores más importantes, situando a la vida como al primero, la libertad como el segundo y la propiedad como el tercero (Robinson, 2012, pp. 90-92)³¹, diferenciación que los funcionarios del Ministerio de Justicia omitieron al equiparar la libertad sexual con la propiedad, uno de los más graves errores, que considero, hicieron que este anteproyecto no haya pasado a la historia del sistema penal del Ecuador

Finalmente, reclamo también que los profesionales intervinientes en la elaboración de este documento fueron casi exclusivamente todos abogados, que sin menospreciarlos - de hecho no me sería legítimo ni coherente porque justamente con esta disertación aspiro a serlo – lo cuestiono, dado que considero que un proyecto de ley de esta envergadura, necesitaba de contribuciones de índole sociológico³², psicológico y criminológico principalmente, las cuales seguramente hubieran reforzado el contenido para la fundamentación de la determinación de las penas.

³¹ Paul Robinson (2012): “El sorprendente el acuerdo entre las instituciones de justicia queda ilustrado por un reciente estudio en el que se pidió a los participantes que ordenaran 24 descripciones de casos delictivos de acuerdo a la cantidad de pena que merecieran. Los investigadores descubrieron que los participantes mostraban un asombroso grado de acuerdo en la clasificación ordinal de los casos, otorgando mayor pena a los supuestos ilícitos que atentaban contra la vida, la integridad sexual y la propiedad, en ese orden”. (p. 182)

³² Si bien se realizó una consultoría a Wladimir Sierra, profesional en sociología, ésta se centró únicamente en la parte procedimental y ejecutiva del anteproyecto (Ávila, 2009, p. 383) no en la parte especial como considero que se requería.

2.1.2. Segundo anteproyecto del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.³³

En virtud de que el primer anteproyecto no tuvo respaldo del movimiento Alianza País para ser presentado en la Asamblea Nacional, el ejecutivo ordenó al Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, la elaboración de otro anteproyecto con distintas personas al mando tanto en la titularidad del Ministerio como en la Subsecretaría de Desarrollo Normativo, así que se reemplazó a Néstor Arbito quien era un hombre con una evidente perspectiva humanista y de garantismo penal, por José Serrano³⁴, funcionario conocido del gobierno no precisamente por su inclinación hacia el garantismo penal, de hecho es conocido como el “ministro de mano dura” (Andes, 2012, párr. 3), característica que lo elevó a slogan de campaña en su elección para asambleísta nacional en el año 2017, así que el anteproyecto tomó una ruta completamente distinta a la que hasta ese momento se había logrado, lo que se puede resumir en la siguiente frase del Defensor Público del Ecuador, Ernesto Pazmiño: “(...) en el 2010 viene un cambio total de mentalidad en el tema penal y se presenta en la Asamblea el mismo anteproyecto, con los mismos considerandos, pero con una novedad: se cuadriplican las penas (...)” (Pazmiño, 2016, p. 2)

El anteproyecto fue presentado al legislador para su tratamiento el 12 de octubre de 2011 y pasaría de ser llamado “Código Orgánico de Garantías Penales” a “Código Orgánico Integral Penal”, cambio que refleja mucho más que una simple modificación de nombre.

A continuación, procederé a describir las características esenciales del código respecto al tema que nos convoca en el orden que se analizó en el segundo capítulo, es decir, primero analizaré la finalidad del proyecto presentado y posteriormente, realizaré lo propio respecto al cumplimiento de los principios constitucionales en la determinación de la magnitud de las penas privativas de libertad.

³³ Mediante decreto ejecutivo 410 del 30 de junio de 2010 el Presidente de la República, Rafael Correa, cambia la denominación del Ministerio, pasando de “Ministerio de Justicia y Derechos Humanos” a “Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos”.

³⁴ No obstante los reemplazos en la titularidad del Ministerio continuaron siendo múltiples: José Serrano (abril 2010 a mayo 2011), Johana Pesantez (mayo 2011 a junio 2013), Lenin Lara (junio a noviembre 2013), José Serrano (noviembre 2013 a marzo 2014) y Ledy Zúñiga (marzo 2014 hasta la fecha)

Se concebían dos finalidades del COIP (Art. 1): garantizar seguridad ciudadana y evitar la impunidad; se determinó la figura de la acumulación de penas por concurrencia de infracciones, según la cual no se podía sobrepasar en ningún caso el límite de los 35 años de privación de libertad; los delitos más duramente sancionados tenían el límite máximo de 28 años aunque con agravantes constitutivos de la pena se podía llegar hasta los 35 años, y si bien existían límites mínimos para todos los delitos, se tipificaron varias infracciones con penas menores a 6 meses.³⁵

En la exposición de motivos del proyecto se establece expresamente que la iniciativa dista mucho de ser concebida como un medio para “fines políticos, económicos o sociales”, ya que sus únicas finalidades son la “prevención general y la seguridad pública” (p. 3), afirmación que considero por un lado paradójica ya que esos dos fines son fundamentalmente sociales y por otro lado, inconstitucional pues según el Pacto de San José ratificado por el Ecuador, la finalidad esencial de las penas debe ser la rehabilitación y reinserción de los reos, cuestión que en el proyecto se omitió evidentemente de forma intencional y voluntaria, de hecho en la misma exposición se determina que “la idea plantea dejar de lado la discusión doctrinaria de la pena e invitar a un pragmatismo jurídico que permita criminalizar y evitar la impunidad de los verdaderos quebrantadores del orden jurídico penal” (p. 3), es decir, se subestimó y menospreció el análisis que la literatura ha realizado por años acerca de la pena para pasar a plasmar en el proyecto la vacía creencia de unos funcionarios del Ministerio que consideran que con la prevención general se logrará reducir los índices de criminalidad.

Realizo esta afirmación en razón de que la primera vez que el referido Ministerio realizó un estudio de dosimetría penal para el proyecto del COIP fue en el año 2013, dos años después a la presentación de la propuesta y remitido a la Asamblea Nacional a sólo dos meses antes de que empiece el segundo debate del proyecto en el pleno del órgano legislativo, ya que como comentaré más adelante, justamente este tema fue el que menos pudo justificar el Presidente de la Comisión de Justicia y Estructura del Estado, comisión

³⁵ Adicionalmente, dos temas que bajo mi criterio reflejan la postura en extremo punitiva del proyecto fue la disminución de la edad de responsabilidad penal que la habían fijado a partir de los 16 años y la imprescriptibilidad de los delitos no sólo de lesa humanidad, contra la eficiencia de la administración pública o en caso de daños ambientales, sino también de los delitos contra el patrimonio cultural, dos temas abiertamente inconstitucionales que los menciono porque, si bien evidentemente no atañen al tema tratado, sirve para que lector conozca la excesiva represión contenida en la propuesta y la falta de atención, por parte del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, hacia los preceptos constitucionales.

encargada del tratamiento del proyecto, durante el Primer Debate del Pleno. Tengo conocimiento de este hecho pues he solicitado formalmente los fundamentos sobre los que se asentó la dosimetría penal del COIP al Ministerio y se me ha respondido con dos estudios que datan del año 2013, los cuales expondré en el momento pertinente, lo que significa que, en definitiva, el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, al momento de la presentación del anteproyecto había determinado los marcos penales sin ninguna base técnica, lo cual es notorio y evidente con la simple lectura del documento.

Las infracciones no estaban divididas según la gravedad del bien jurídico afectado, como indica la lógica y como afortunadamente se ha establecido en la ley vigente, sino por el contrario, se determinaron tipos penales de forma desorganizada sin importancia del bien jurídico protegido, como por ejemplo, antes que las graves violaciones a los Derechos Humanos y delitos contra el Derecho Internacional Humanitario tales como el genocidio, etnocidio, desaparición forzada, delitos de lesa humanidad, entre otros, se encontraban los delitos contra la propiedad o antes de los delitos contra la inviolabilidad de la vida estaban los que atentaban contra la libertad, pero eso es lo de menos en relación a la sorprendente desproporción de las penas, algunos ejemplos son los siguientes:

Existían cuatro conductas a las que se les atribuyó mayor pena que a todas las demás: la trata de personas, la explotación sexual, el turismo sexual y la pornografía infantil, estos delitos podían llegar a tener una pena de hasta 35 años de privación de libertad en caso de que la víctima se trate de niños y niñas menores a cinco años de edad y si bien todos estos constituyen atentados graves contra la libertad de las menores, no son menos graves que un genocidio, delito al que se castigaba hasta con 25 años de prisión, 10 años menos que esos delitos y 8 años menos que el delito de exhibición pública no consentida de niños menores a cinco años, es decir, la matanza sistemática de una población determinada que puede conllevar cientos, miles o más de cientos de miles de muertes, entre ellas niños, adultos mayores, embarazadas, etc., es una conducta que los funcionarios del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos consideraron menos lesiva que la conducta de una persona que presencie la exhibición del cuerpo de un niño menor a 5 años e igual de lesiva que un peculado cualquiera que haya sido su monto de afectación y, ni hablar del etnocidio, que consiste en la destrucción total o parcial de la

identidad de un pueblo en aislamiento voluntario, delito sancionado con pena de 3 a 5 años, ¡la misma pena que se determinó para un simple robo! tema que no resiste el menor análisis.

Otro ejemplo que indigna, es la superioridad de las penas de enriquecimiento ilícito, concusión y cohecho (11 a 15 años) en relación con la pena del delito de aborto con muerte a una mujer que no ha consentido en ello (8 a 12 años), lo que significaba que entendieron de mayor gravedad al atentado contra la eficiencia de la administración pública que la inviolabilidad a la vida, en este caso de la madre y del feto, cuestión que, dista mucho, tanto de la moralidad social, como de la ponderación del bien jurídico protegido, lo mismo sucede con la equiparación de las penas en el caso de asesinato y de peculado, ambos delitos sancionados con pena de 19 a 25 años, así como también resulta sorprendente que se haya establecido una abismal diferencia de pena cuando el peculado ha sido cometido por un servidor público de elección popular (3 a 5 años) que cuando ha sido cometido por cualquier otro servidor público (19 a 25 años), o que el delito de excavación no autorizada tenga una pena por dos años mayor al delito de secuestro, en fin, ejemplos con penas desproporcionadas como estos sobran en el anteproyecto.

Cabe señalar que en el anterior párrafo describí falencias evidentes estrictamente jurídicas que cualquier abogado las podría identificar realizando un análisis de proporcionalidad, y si ni éste análisis logra pasar (no lo menciono de esta forma porque sea el análisis más fácil, sino por ser el más obvio en la dosimetría penal), no hay que ser muy suspicaces para concluir que los análisis sociológicos y psicológicos que debieron hacerse para saber si tal aumento de penas era proporcional a los fines deseados, no debieron haber sido, ni en lo más mínimo una de sus preocupaciones, de hecho en el Art. 455 del proyecto, se disponía la creación de un Comité de Política Criminal para “(...)diseñar y definir las políticas y medidas para el control, la prevención y la sanción a las conductas que constituyan infracciones de conformidad con este Código”, lo que significa que consideraron que, primero se debían establecer los marcos penales y sólo después éste trabajo, se debían adecuar a la política criminal que defina el referido comité, rompiendo así con el principio teleológico de la determinación legislativa de las penas (más aun tomando en cuenta que consideran a la ley penal como instrumento para prevenir delitos), que proclama justamente lo contrario: primero definir la finalidad,

realizar todos los estudios necesarios para llevar a cabo dicha finalidad mediante la penalidad, considerar principios constitucionales y sólo ahí determinar los marcos penales, es decir en términos sencillos: fijar la política criminal previo al establecimiento de penas, pero lastimosamente en el proyecto se pensó que era al revés, lo que seguramente fue efecto de su filosofía de dejar a un lado discusiones doctrinarias para pasar al llamado “pragmatismo jurídico” (p. 3).

Tanta fue la falta de atención y rigor en la dosimetría penal que hasta existían delitos que no contenían pena alguna como el caso de la prostitución forzada, tipo en el que se limitaron a describir la conducta sin sancionarla con ninguna pena³⁶, violentando de la forma más aberrante el principio de legalidad.

Afortunadamente, existió una observación dirigida a la Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional de parte de la ex asambleísta Silvia Salgado, quien dio cuenta de la falta de técnica en la dosimetría penal plasmada en este anteproyecto, por lo que conminó a la Comisión a reestructurar los marcos penales sin endurecer las penas ya determinadas en el Código Penal vigente en aquel momento:

(...) existe suficiente constatación de que el agravamiento de las penas no resuelve el problema de la violencia social, de la violencia de género, ya que estos fenómenos encuentran sus causas en aspectos no abordados por el sistema penal que atiende solamente el efecto. En ese sentido cabe decir que el Proyecto además de ser netamente punitivo porque tipifica un inconmensurable número de conductas, establece un sistema de penas de privación de la libertad que no atiende al principio constitucional de proporcionalidad. Frente a ello y para conseguir coherencia entre la Constitución y el Código Penal en debate, debe considerarse una gradación de penas totalmente distinta a la contenida en el proyecto. Esa redefinición de sanciones debe tener a las establecidas en el vigente Código Penal como las máximas, sin que ello signifique se reformulen inclusive desde una perspectiva de mínima intervención (...). (Salgado, 2012, p. 1)

³⁶ Para su confirmación, a continuación transcribiré textualmente el artículo:

“Art. 62.- Prostitución forzada.- Quien compre, venda, preste o dé en intercambio a personas mayores de dieciocho años para realizar uno o más actos de naturaleza sexual en alguna de las siguientes circunstancias:

1. Cuando el infractor se aproveche de condiciones de vulnerabilidad de la víctima o esta se encontrare incapacidad para resistir, o se utilice violencia, amenaza o intimidación;
2. Cuando el infractor sea conyugue, conviviente, o pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de la víctima; o,

Cuando el infractor tiene algún tipo de relación de confianza o autoridad con la víctima.”

En definitiva, si bien desde el nacimiento mismo de las penas privativas de libertad se cuestionaba que en su determinación legislativa siempre habrá una dosis de arbitrariedad, en el anteproyecto del COIP presentado a la Asamblea Nacional, se llevó la arbitrariedad y la discrecionalidad a su punto más alto, provocando así la violación del principio de humanidad de las penas y mínima intervención penal, al establecer gran cantidad de delitos con penas mayores a 15 años y menores a 6 meses; vulneración también al principio de legalidad, al establecer delitos ¡sin pena!, y al de proporcionalidad por las razones ya señaladas, en conclusión, como se diría coloquialmente, los marcos penales en el anteproyecto se determinaron completamente “al ojo” y así se dignaron en presentarlo ante la Asamblea Nacional, ya que esta propuesta sí tenía el respaldo del movimiento oficialista, Alianza País.

2.1.3. Proyecto tratado en la Asamblea Nacional.

2.1.3.1. Comisión de justicia - Elaboración del informe para primer debate.

Una vez que el Consejo de Administración Legislativa (CAL) calificó y aceptó al proyecto de ley “Código Orgánico Integral Penal”, dispuso que la Comisión de Justicia y Estructura del Estado inicie su tratamiento a partir del 19 de octubre de 2011, fecha desde la cual comenzó a correr los plazos constitucionales y legales para socializar, debatir, analizar el proyecto y procesar el informe para primer debate, plazo que, en un principio se propusieron sería hasta el 14 de diciembre de 2011, pero que no sería sino hasta el 28 de mayo de 2012 cuando se aprobaría el informe para primer debate.

La comisión se integró en tres subcomisiones con el fin de tratar el proyecto, cada una debía tratar un Libro, excepto la tercera que se le encomendó el análisis del Libro III y Libro IV.

Primero, respecto a la finalidad: en ninguna de las 39 sesiones de la Comisión de Justicia, desde que se recibió el proyecto hasta que se aprobó el informe para primer debate, se trató este tema con la importancia que ameritaba, así que la finalidad del proyecto “COIP” continuaba siendo la misma: garantizar seguridad ciudadana y

evitar la impunidad; sin embargo, por iniciativa de la subcomisión del Libro I, se establece un artículo específico sobre las finalidades específicas de la pena:

Artículo 54.- Finalidad de la pena.- Su fin es la ratificación del orden social y jurídico perturbado, prevención general para la comisión de delitos, 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 mero aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales.

Lastimosamente se desconocen las razones que inspiraron la determinación de este artículo, ya que como mencioné, en la comisión nunca se discutió la finalidad de la pena ni del código, lo máximo que se abordó acerca de este tema fue lo siguiente:

El Doctor Jurado [funcionario del Ministerio de Justicia] señala que la pena ahuyenta la comisión de delito y otorga más seguridad a la sociedad, desarrolla la teoría de la prevención general y especial señalando que aquellas están recogidas en el proyecto. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2012a, p. 22)

¿A cuál de las dos vertientes de la prevención general responde finalmente el COIP? Considero que a las dos, ya que el fin de su vertiente positiva es el restablecimiento del orden jurídico perturbado por la comisión del ilícito de forma que se consolide el sentimiento colectivo de confianza en la autoridad del Estado y en la eficacia del ordenamiento jurídico, cuestión que según el Art. 54 del proyecto se encuentra reflejado, al mencionar que el fin de la pena es “la ratificación del orden social y jurídico perturbado”, y por otro lado, inmediatamente posterior a éste, se establece que otro de sus fines es la “prevención general”, lo que por exclusión significa que se trata de la prevención general negativa.

Además, como la votación se la realizó por libros y cuando los asambleístas realizaron sus observaciones ninguno de ellos se refirió a los artículos respecto a la finalidad del código ni de la pena, entonces la discusión en la Comisión respecto a esta temática fue nula, aunque cabe advertir que la finalidad establecida para la pena, a excepción de lo referente al restablecimiento del orden jurídico y social y la prevención general, es exactamente la misma que la determinada en el primer

anteproyecto del desechado “Código Orgánico de Garantías Penales” ya analizado, lo cual a todas luces parece ser una transcripción realizada sin mayor conocimiento o intención real de llevarla a cabo, más aun tomando en cuenta que el discurso de los asambleístas que intervenían en la discusión estaban plagadas de frases como “el endurecimiento de penas es una demanda ciudadana” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2012b, p. 3), “buscamos una legislación penal que brinde seguridad a la ciudadanía” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2012b, p. 8), “el pueblo ecuatoriano se ha manifestado por el endurecimiento de las penas” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2012b, p. 24), en fin, la importancia del desarrollo progresivo de los derechos de los reos o cómo lograr que no se neutralicen sus sentidos mientras dure la condena, nunca fueron temas relevantes en su discusión, lo que provoca el cuestionamiento de hasta qué punto este nuevo artículo sobre la finalidad de la pena, incorporado sin debate alguno en la comisión, contiene realmente los fines esperados. Al respecto Fernando Bustamante, en la entrevista que le realicé manifestó:

(...) la rehabilitación y la reinserción son mitos, se lo dice porque es lo políticamente correcto, es como los buenos modales, se lo dice o hace porque se escucha bonito, pero las cárceles como las nuestras no rehabilitan a nadie, ni el que está 1 año ni el que está 40, porque el sistema de rehabilitación no funciona, cuestión que las autoridades saben pero tampoco les importa mucho mejorarlo (...) pero decir que la cárcel también sirve para rehabilitar es un tema que paradójicamente también le gusta escuchar a la gente, así que se lo dice pero es una completa mentira (...) ³⁷

Según su criterio, la finalidad prioritaria de los legisladores en relación a la pena es calmar por un momento la percepción de inseguridad de la gente y de esta forma, aumentar popularidad y por eso es que han decidido elevar arbitrariamente las penas sin un solo estudio que respalde que con dichas magnitudes, se va a lograr los fines oficiales previstos en el proyecto de ley, es decir no ha existido un real esfuerzo por utilizar a la pena como un medio de disuasión del delito ni menos aún de rehabilitación y reinserción.

³⁷ Respuesta a la pregunta N° 1 en la entrevista realizada a Fernando Bustamante, cuya evidencia consta en la sección de anexos de la presente disertación como anexo 6.1.2.

Ahora, respecto a la consideración de principios constitucionales en la determinación de los marcos penales, debo señalar que durante las 39 sesiones de la Comisión, pasaron siete meses en los cuales se recibieron a distintos representantes del Estado, en especial del Sector Justicia (Fiscalía General del Estado, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Consejo de la Judicatura, Defensoría Pública, Corte Nacional de Justicia, Ministerio del Interior, Defensoría del Pueblo), a catedráticos del Derecho y a representantes de la sociedad civil, en especial de grupos feministas y de gremios de profesionales en Medicina, quienes, en su gran mayoría demandaban incorporación de nuevos delitos o aumento de penas³⁸, aunque también existían sujetos que solicitaban dejar de considerar a la ley penal como instrumento de defensa social y como único, o el mejor, remedio para disuadir al delito, como el ex alcalde de Quito, Augusto Barrera³⁹ o Ramiro Rivadeneira⁴⁰, Defensor del Pueblo, quien también calificaba como inconveniente a las penas de hasta 28 años aduciendo que tal cantidad de años no permite la rehabilitación del reo e inclusive pueden llegar a sobrepasar la expectativa de su vida, pero lamentablemente las demandas de estos dos últimos no fueron tomadas en cuenta, tanto por ser una evidente minoría como por creer que se trataba sólo de su percepción (Asamblea Nacional del Ecuador, 2012c, p. 1).

Sin embargo, un tema que preocupaba, casi al unísono de la Asamblea, era la falta de proporcionalidad entre los delitos y sus penas, problemática abordada tanto por asambleístas de la Comisión como por varios de los personajes invitados.

El mismo Presidente de la Comisión de Justicia, Mauro Andino, admitió en distintas ocasiones durante las últimas sesiones de la Comisión previo a la aprobación del primer informe, que una de las mayores deudas que dejaban pendiente es la dosimetría penal, al punto que aceptó textualmente que la dosimetría “se ha hecho al

³⁸ Por ejemplo, la Directora Nacional Jurídica de la Secretaría de Aduanas del Ecuador solicitaba mayor sanción al delito de receptación aduanera, así como los grupos feministas pedían la incorporación del delito de femicidio y mayor sanción a delitos de violencia intrafamiliar.

³⁹ “No se debe creer que el endurecimiento de penas reduce la delincuencia, lo que sí lo puede hacer es un mejor sistema judicial” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2011, p. 5)

⁴⁰ “Es necesario que se revisen las penas establecidas, considera inconveniente que se prevean penas de 28 años que no permiten la rehabilitación y reinserción social de los delincuentes penas que en muchos casos rebasan las expectativas de vida del ser humano; señala que el incremento de las penas es la demostración fehaciente de la incapacidad del Estado para combatir el delito, no es real que el incremento otorgue mayor seguridad a la sociedad.” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2012c, p. 2)

ojo” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2012c, p. 2), por lo que mencionó en el informe del primer debate que justamente este es uno de los nudos críticos del proyecto y que posterior al primer debate del Pleno, se solicitaría a Presidencia de la Asamblea Nacional la contratación de “un experto en dosimetría penal que desarrolle un catálogo de penas con criterios objetivos y de relevancia político criminal” y es que era evidente que este tema constituía uno de sus principales problemas ya que las penas que proponían los asambleístas para los delitos, nunca eran merecedoras de una explicación seria que prueben estar acorde a los fines proclamados o que pasen el test de proporcionalidad, muy por el contrario, se determinaban penas de la siguiente forma:

La Asambleísta Marisol Peñafiel sugiere que en el art. 319 relativo al uso de documentos falsos, se establezca una pena de 3 a 5 años; que cuando el autor sea funcionario público se agrave la pena; que en el art. 324 sobre sustracción de papeletas electorales la pena sea reducida a la de 6 meses a un año; porque la pena de 3 a 5 años prevista es excesiva. Para el señor Presidente coincide con que la sustracción de papeletas estaría drásticamente sancionada. El Asambleísta Villamar señala que la sustracción es un delito grave, que afecta a la decisión del pueblo, considera que puede preverse una pena de 1 a 3 años. El Secretario de la Comisión señala que los delitos electorales están previstos en el Código Penal, que son gravísimos porque distorsionan la voluntad popular. El Señor Presidente propone analizar la posibilidad de establecer un término medio de 1 a 3 años. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2012c, p. 5)

Es decir, en este caso, se determinó un marco penal de 1 a 3 años para el delito de sustracción de papeletas porque es un término medio entre lo que había establecido el Ministerio de Justicia (3 a 5 años) y lo que sugería la Asambleísta Peñafiel (6 meses a 1 año), no porque es una pena idónea, necesaria y estrictamente proporcional como sugiere el Prof. Prieto Sanchís, ese análisis simplemente jamás se lo realizó, ni para ese delito ni para ningún otro, problemática ante la cual estaban conscientes los asambleístas de la Comisión y de hecho se quejaban de aquello, como el asambleísta Cevallos que en la sesión 126 del COIP con fecha 28 de mayo de 2012, señaló:

(...) no se pueden establecer las penas a juicio de una persona, sin un verdadero criterio técnico, evidencia falencias de dosimetría y proporcionalidad de las penas, señala que el texto contiene incongruencias, delitos graves sancionados con la

misma pena que delitos no tan graves. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2012c, p. 5)

Razón por la cual es que seguramente en el Art. 66.2 del proyecto, se determinó que las penas privativas de libertad irían de 1 día hasta 35 años, mientras que el delito más fuertemente reprimido tenía una pena máxima de 31 años y estaba permitida la acumulación de penas hasta los 40 años, es decir, todo lo referente a la dosimetría penal estaba desorganizado, mal redactado e inadecuado.

Finalmente, previo a concluir con este apartado debo mencionar un punto que me ha sorprendido del “debate” y es el aumento de la sanción de hasta 40 años por acumulación de penas, ya que fue producto de la simple moción del asambleísta Tomalá, quien no fundamentó en lo más mínimo su propuesta⁴¹, muy por el contrario, la propuso sin respaldo alguno y sin embargo fue acogido por la Comisión y es lamentable advertir al lector que de aquí en lo que queda de mi disertación, no podrá hallar ninguna respuesta extra que justifique esa severa magnitud de pena, más que esa moción y su consecuente respaldo casi unánime no sólo de la Comisión sino del Pleno de la Asamblea Nacional.

Ante esta triste realidad me pregunto ¿Por qué no se debatió, al menos superficialmente, el establecimiento de dicha pena máxima?

Considero que, ante esta pregunta, existen dos posibles respuestas, primero, es que tal vez no lo debatieron en la Comisión porque ya fue una decisión tomada dentro del movimiento Alianza País y como comentó la ex asambleísta Gina Godoy en la entrevista que le realicé con motivo de la presente disertación: “como organización sabíamos que una vez que se tomaba una postura a la interna ésta debía ser respetada en los debates dentro de la Asamblea”⁴², y en virtud de que el asambleísta Tomalá y la mayoría de los integrantes de la Comisión pertenecían a este movimiento, posiblemente decidieron no discutirlo porque fue una decisión ya debatida y decidida, pero, ¿y los asambleístas de oposición? ¿por qué no dijeron nada?, según la

⁴¹ Según el acta 120 de la Comisión de Justicia, con fecha 23 de abril de 2012, la moción fue propuesta de la siguiente manera: “El Asambleísta Tomalá efectúa las siguientes observaciones: Que en el art. 58 en el que se contempla la acumulación de las penas, se establezca un techo, mociona que se ponga un límite de 40 años” (p. 4)

⁴² Respuesta a la pregunta N° 1 en la entrevista realizada a Gina Godoy, cuya evidencia consta en la sección de anexos de la presente disertación como anexo 6.1.3.

experiencia de Paul Robinson, ese silencio es común y se da por el temor de perder votos en las próximas elecciones por ser llamados blandos con el crimen y los criminales frente a sus opositores (Robinson, 2012, p. 52); la segunda razón de por qué considero que omitieron este debate, es porque como mencionó Fernando Bustamante: el aumento de penas es popular, por tanto conviene políticamente a los legisladores⁴³, de hecho este mismo ex asambleísta votó afirmativamente por la aprobación del COIP, pese a que confesó lo siguiente:

(...) yo veo al COIP, en su parte especial, como una rendición de la izquierda frente a la derecha por un tema meramente electoral, lo que importó fue elevar a ley el sentimiento masivo de venganza de la población.⁴⁴

¿Ninguno de los asambleístas presentes sospechaban que una pena de tal magnitud imposibilita de facto la rehabilitación y reinserción de los reos? ¿De verdad creen que mientras más severa es la pena más probabilidad de disuasión al delito existe?

Considero que más allá de un “sí” o un “no” absoluto, a estas preguntas, lo más cercano a la realidad es pensar que no eran temas prioritarios para ellos, al contrario, eran temas por demás secundarios que por ende no los analizaban como debían, esto lo entendí cuando realicé dicha pregunta a las ex asambleístas Gina Godoy y Mariangel Muñoz y me respondieron de forma similar ambas: “era una demanda ciudadana”, de hecho Muñoz afirma que las penas establecidas en el COIP no son altas:

Yo creo que no hay penas largas en el código porque si vos analizas incluso a nivel regional, y comparas los años de las penas no creo que nosotros tengamos más, mas bien estamos en un término medio y un término medio que está acorde con la consciencia social (...).⁴⁵

⁴³ Respuesta a la pregunta N° 4 en la entrevista realizada a Fernando Bustamante, cuya evidencia consta en la sección de anexos de la presente disertación como anexo 6.1.2.

⁴⁴ Respuesta a la pregunta N° 1 en la entrevista realizada a Fernando Bustamante, cuya evidencia consta en la sección de anexos de la presente disertación como anexo 6.1.2.

⁴⁵ Respuesta a la pregunta N° 4 en la entrevista realizada a Mariángel Muñoz, cuya evidencia consta en la sección de anexos de la presente disertación como anexo 6.1.4.

Mientras que, la ex asambleísta Godoy, calificó al tema que he decidido tratar en esta disertación como “una cosa demasiado teórica”⁴⁶, entendiéndolo así, que el menosprecio y subestimación hacia la doctrina de la pena no sólo provino de los funcionarios del Ministerio de Justicia, sino que seguramente es la forma de hacer políticas públicas *pragmáticas* del movimiento oficialista, que sumado al silencio cobarde y cómplice de los legisladores opositores, terminaron aprobando magnitudes de penas que ni disuaden ni peor aún rehabilitan.

En conclusión, desde la recepción del proyecto de ley hasta la aprobación del informe para el primer debate, no hallaron un solo fundamento o criterio técnico sobre el cual se basaran para determinar los marcos penales, ya que si bien sabían que por mandato constitucional las penas deben ser proporcionales al delito, no tenían el conocimiento para aplicar este principio en la dosimetría penal, así que en el informe de mayoría se advirtió al Pleno que “las sanciones privativas de libertad y no privativas de libertad no están justificadas sobre la base de principios de proporcionalidad, racionalidad, dignidad de la persona y última ratio” (p. 21), problemática que se pensaba solventar posterior al primer debate contratando a un experto que les ayude en ese trabajo, sin embargo, previo a la contratación de este experto se debía definir claramente las políticas criminal del Ecuador, conforme se analizó en el capítulo anterior, pues para determinar los marcos penales es imperante que se decidan los lineamientos de política criminal, problemática que se enunció en el informe de minoría elaborado por la ex Asambleísta María Paula Romo, quien también denunció la falta de técnica y de estudios criminológicos para el establecimiento de delitos como de penas, por lo que calificó al proyecto como una “demostración de populismo penal” (Romo, 2012, p. 3)

⁴⁶ Respuesta a la pregunta N° 2 en la entrevista realizada a Gina Godoy, cuya evidencia consta en la sección de anexos de la presente disertación como anexo 6.1.3.

2.1.3.2. *Primer Debate del Pleno.*

En el informe para Primer Debate del “Proyecto Código Orgánico Integral Penal”, la Comisión realizó importantes modificaciones respecto al proyecto entregado inicialmente por el ejecutivo como: la sistematización de la parte especial en razón de la gravedad del bien jurídico afectado; la eliminación de la disminución de edad (16 a 18 años) para la responsabilidad penal; el aumento de cinco años más para la pena máxima posible en casos de acumulación de penas, es decir, se la estableció en 40 años; el aumento de tres a cinco años más en las penas para delitos de lesa humanidad; el establecimiento de un mayor número de delitos reprimidos con seis meses a un año de prisión; y, un caso que causó bastante polémica no sólo en la Asamblea sino en el país, fue la determinación del delito de aborto no punible en casos de violación, tema que no trataremos en la presente disertación por no ser pertinente, pero lo menciono ya que éste planteamiento fue el que más intervenciones y tiempo de los asambleístas tomó, conforme se desprende de la lectura de las actas.

El Primer Debate inició el 28 de junio de 2012 y se dio en 8 sesiones hasta el 17 de julio del mismo año, comenzando con la ponencia del Presidente de la Comisión de Justicia y Estructura del Estado, Mauro Andino, quien recordó a los asambleístas que el problema más complejo en la elaboración del proyecto fue establecer la dosimetría de las penas, así que solicitó comprensión en este tema comprometiéndose, una vez más, a solucionarlo para el segundo debate (Asamblea Nacional del Ecuador, 2012d, p. 18), pedido que no fue muy tomado en cuenta por sus compañeros asambleístas ya que una queja reiterada de parte de ellos fue la desproporcionalidad en las penas y la demanda de estudios técnicos que permitan conocer los parámetros sobre los cuales se determinaron los marcos penales, así por ejemplo el asambleísta César Montufar señaló:

(...) creo que hay una carencia en este proyecto de ley, de un estudio más profundo, de un estudio más técnico, de un estudio criminológico que verdaderamente permita tener parámetros claros, definidos para la imposición de las penas que se proponen; si es que en realidad queremos hacer de este proyecto más allá de un ejercicio retórico, más allá de un ejercicio que conduzca a la fácil salida de aumentar penas y con eso decir que se solucionan los

problemas y que por lo tanto se van a evitar los temas tan graves de inseguridad que vive el país, **tenemos que sustentar aquello en un estudio más serio del cual este proyecto sencillamente carece y no presenta**, aquí se ha hablado y se han dado algunos ejemplos, pero parece que esta es una Comisión más seria, **creo que es importante que se fundamente, que se argumente con mayor criterio científico el por qué poner tal cantidad de años y por qué no otros, ese no puede ser un ejercicio casual, un ejercicio que caiga en lo que aquí se ha mencionado y yo insisto y repito porque me parece que denota aquella actitud del populismo penal, no es que aumentando las penas necesariamente se resuelven los problemas ni se eliminan o se disminuyen la comisión de delitos, no podemos caer en una posición tan ingenua y eso le falta a este proyecto (...)** (Asamblea Nacional del Ecuador, 2012d, p. 95) (Las negritas son mías).

Esta intervención fue la que mejor sintetizó los lamentos de varios asambleístas y su demanda por la necesidad de estudios que permitan un mayor rigor científico en la determinación de penas, aspecto que lo exigían los siguientes legisladores: Luis Almeida (Asamblea Nacional del Ecuador, 2012d, p. 38), Silvia Salgado (Asamblea Nacional del Ecuador, 2012e, p. 46), Fernando Bustamante (Asamblea Nacional del Ecuador, 2012e, p. 124), María Paulo Romo (Asamblea Nacional del Ecuador, 2012f, p. 67), Cesar Rodríguez (Asamblea Nacional del Ecuador, 2012g, p. 88) ; y Nivea Vélez (Asamblea Nacional del Ecuador, 2012h, p. 98) , asambleístas que si bien no representan un gran número en relación al total de asambleístas (137), al menos evidencia que sí existieron legisladores que intentaron minimizar el populismo penal que se encontraba plasmado en el proyecto del ejecutivo.

De hecho, hubo una sola intervención, de entre ciento cuarenta y dos que se produjeron en el primer debate, que expuso de forma técnica por qué no se deben endurecer las penas, la cual provino del entonces Asambleísta Fernando Bustamante quien, en su primera intervención, después de haber escuchado a varios legisladores proponer un mayor endurecimiento de penas o justificar el establecido simplemente por razones de *demanda ciudadana*, calificó como “profundamente descarrilado” al debate sobre la magnitud de las penas que se estaba llevando a cabo por decenas de legisladores, a quienes llamó a escuchar sus cuatro argumentos por los cuales afirmó que el “puro endurecimiento de penas es una salida supersticiosa a un problema real” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2012e, p. 124) , los que a continuación sintetizo:

1. El poder disuasivo de la pena tiene rendimientos marginales decrecientes, lo que significa que llegado cierto nivel de sanción, una sanción adicional sobre esa, pierde su carácter disuasivo, es decir existe un tope de sanción máximo a partir del cual, la acumulación de punición pierde su efecto intimidatorio y se genera un efecto disuasivo marginal decreciente, efecto que señaló, ha sido demostrado por estudios psicológicos, por lo tanto aumentar por aumentar, al contrario de generar disuasión, puede causar en el espectador la sensación de que se está castigando mal, lo que a su vez puede minar la autoridad de la ley y del sistema judicial.
2. Lo verdaderamente disuasivo no es la magnitud de la pena, sino la certeza de efectivamente llegar a cumplirla, por ejemplo, si se le impone a una persona cien años de prisión con una probabilidad del uno por ciento de ser castigado si comete el delito, eso es mucho menos disuasivo que si se le impone diez años de prisión con un cincuenta o sesenta por ciento de probabilidad de efectivamente cumplir la pena, por ende en lo que se tiene que enfatizar no es tanto en la magnitud de la pena, sino en construir un sistema procesal y no solamente judicial, sino policial y de rehabilitación que efectivamente garantice la posibilidad de que la disuasión sea efectiva, lo que no existe en nuestro país.
3. La desproporcionalidad de las penas puede ser un incentivo para no aplicarlas, por ejemplo si a un juez le llega un ladrón de gallinas al que le tiene que mandar a la horca, hará todo lo posible por no aplicar la sanción y eso no sólo sucederá sólo en jueces o fiscales sino en general en todos los actores involucrados, la sociedad encontrará mil subterfugios para que esa ley se quede en letra muerta, lo que ha sucedido con varias de nuestras normas penales como la penalización de vagos y mendigos.
4. No hay ninguna garantía de que penas más largas incrementen, en lo más mínimo, la capacidad de la sociedad para restituir el statu quo, ya que ello no resuelve el sufrimiento de la víctima, a menos que se caiga en la perversa teoría de que la justicia es venganza y de que el castigo compense el

sufrimiento de la víctima y de sus familiares, y es por demás cierto que eso no cura las heridas ni revive a los muertos.

Finalmente advirtió a la Asamblea que, si no se llega a determinar los marcos penales bajo criterios de proporcionalidad, con conocimiento de la psiquis humana y con intenciones reales de rehabilitar y reintegrar a los reos, se plasmará en el código un concepto vengativo de justicia.⁴⁶

Si bien me alegra que, tras haber leído todas las actas referentes al tratamiento del COIP, haya existido al menos una intervención que recoja parte de lo que la doctrina propugna como criterios para establecer la magnitud de las penas, me es indignante los calificativos que este asambleísta recibió tras su ponencia, llamándolo en definitiva como “pro-delincuentes” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2012e, p. 128), ya que la gran mayoría de legisladores proclamaban resolver el problema de la delincuencia con penas más severas ¿cuál era su fundamento? “demanda ciudadana”, de hecho el Asambleísta Andrés Roche expuso unos resultados de la conocida encuestadora “Informe Confidencial”, realizada en Quito y en Guayaquil, que arrojaron que el 95% de los quiteños y el 92% de los guayaquileños desean penas de 50 años para victimarios del delito de sicariato y de violación a menores de edad⁴⁷, por tanto “como portavoces de la ciudadanía hay que representarlos como los ciudadanos desean” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2012g, p. 134); lo que este asambleísta (y la mayoría) no entendió es que, primero, los reos no pierden su dignidad ni derechos por encontrarse privados de libertad ni así las encuestas arrojen como resultados que el 100% de los ecuatorianos estén de acuerdo en su pena de muerte y segundo, la demanda está mal encaminada porque la verdadera demanda de la ciudadanía es tener un país más seguro, pero el problema radica en que las autoridades oportunistas e ignorantes les hacen pensar a la gente que la fórmula mágica es aumentar penas.

⁴⁶ El video de esta interesante intervención se lo puede encontrar en el siguiente link <https://www.youtube.com/watch?v=jCT8qxaRtX0>

⁴⁷ Los resultados bajo mi criterio son inválidos ya que la pregunta fue notoriamente inducida: *¿Usted está de acuerdo con que se aumenten a cincuenta años de cárcel al violador de un menor de edad? ¿Usted está de acuerdo con que se aumenten a cincuenta años de cárcel el caso de un sicario?* ((Asamblea Nacional del Ecuador, 2012g, p. 134)

Otra cosa muy distinta sucedería si los líderes de opinión pública como académicos y autoridades, descubren y abiertamente exponen que el aumento de penas no resuelve de ninguna manera el problema de la delincuencia y que los verdaderos factores que garantizan más seguridad son: empleo; familias funcionales; distribución equitativa de la riqueza; mayor inversión en capacitación a funcionarios que atañen a procesos judiciales como policías, fiscales, jueces, guardias penitenciarios; mayor celeridad en procesos penales y mayor inversión en centros de rehabilitación social, así que hasta que eso no pase el endurecimiento de penas irá en aumento.

Adicionalmente a los pedidos de estudios técnicos y mayor rigurosidad científica en la dosimetría penal, existieron dos demandas que debo recalcar para los fines de esta disertación, la primera provino de la Asambleísta Betty Carrillo y consistió en sugerir a la Comisión de Justicia que considere el principio de humanidad de las penas al momento de mejorar los marcos penales (Asamblea Nacional del Ecuador, 2012h, p. 98), lo cual me parece sorprendente y plausible, ya que fue la única intervención que abogó por este principio que, como se analizó, según los tratados internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por el Ecuador, su aplicación es imperante; y, la segunda intervención provino del Asambleísta Gerónimo Yantalema, quien exigió el establecimiento de una disposición transitoria que ordene la salida inmediata de los reos indígenas que permanecen en las cárceles pues manifestó que constituyen el 10% del número total de reos, justificándose tanto en el Art. 171 de la Constitución como en el hecho de que los indígenas nunca van a lograr la rehabilitación en nuestras prisiones ya que éstas tienen “fines vindicativos” mientras sus sanciones tienen “fines restaurativos” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2012h, p. 68) lo que hace, entre otras cosas, que sus niveles de reincidencia sean ínfimos frente a los del sistema ordinario, cuestión que me pareció digna de resaltar.

Finalmente, un tema que también debo señalar es que, aunque parezca increíble, aún hay asambleístas que legislan en base a la religión y que consideran a ciertos hechos como pecados que la ley debe sancionar, argumentos que se esgrimieron con motivo del aborto en caso de violación, como fue el caso del ex Asambleísta Andrés Páez quien conminó al Pleno a no despenalizarlo ya que “los hijos no son de las

personas sino que son hijos de Dios” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2012e, p. 45) o de la Asambleísta Marllely Vascones quien expuso que “sólo Dios nos dio la vida así que sólo Él nos la puede quitar” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2012f, p. 23), así también el Asambleísta Fausto Cobo mencionó que no se puede despenalizar el aborto en ese caso, en virtud de que la mayoría de ecuatorianos son católicos y por tanto no lo aceptarían (Asamblea Nacional del Ecuador, 2012h, p. 52); es decir se llegó a establecer lo que consideran pecados como delitos y por ende las penas como forma de purgar infamias, tal y como en la Edad Media (Durkheim, 1999, p. 80).

En definitiva, el primer debate del COIP enfrentó a dos bandos de legisladores: por un lado, a aquellos que creían que la delincuencia se resuelve con el aumento de penas, por tanto proclamaban a la prevención general como su fin y por el otro, a quienes estaban convencidos que la disuasión no es causada por el endurecimiento de penas, así que exigían el establecimiento de marcos penales basados en criterios científicos, tomando en cuenta la rehabilitación y reinserción de los reos.

Posteriormente conoceremos si esta exigencia se cumplió o no por parte de la Comisión de Justicia y a cuál de estos dos bandos es al que finalmente respondió el Código Orgánico Integral Penal.

2.1.3.3. Comisión de Justicia - Elaboración del informe para segundo debate.

La discusión y elaboración del informe para segundo debate se desarrolló a partir del 18 de julio de 2012 hasta el 4 de octubre de 2013, período en el que se realizaron varias modificaciones al texto presentado en el primer debate, entre los cuales consta la reestructuración de la dosimetría de las penas, trabajo realizado con la contribución del reconocido jurista español, a quien cité varias veces en el capítulo precedente: Francisco Muñoz-Conde, catedrático de Derecho Penal en la Universidad Pablo De Olavide en Sevilla, España.

Fueron dos los “estudios” que se realizaron durante esta etapa del proceso legislativo, ambos presentados en agosto de 2013:

1. El primero, realizado por la Comisión Técnica integrada por funcionarios del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, comenzó su desarrollo reconociendo que existen dos factores que condicionan su actuación: la subjetividad en el establecimiento del marco penal y la carga política de la pena.

En tal virtud, para limitar su discrecionalidad, decidieron recurrir al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional con el objeto de que les sirva como referente para el establecimiento de la pena máxima, es así que propusieron que los delitos de lesa humanidad sean sancionados con pena privativa de libertad de hasta 30 años, en razón de que el Estatuto en su parte VII, artículo 77 establece que las penas aplicables a los delitos de lesa humanidad son: a. Reclusión a perpetuidad, o, b. Reclusión que no exceda de 30 años, y como la Constitución de la República del Ecuador determina que se prohíben las penas perpetuas, la Comisión Técnica sugirió que la pena máxima de privación de libertad que debe estar establecida en un tipo penal sea de 30 años y que a partir de allí se aplique el principio de proporcionalidad de forma descendente, tomando en cuenta que la lesión más grave es la muerte de una persona, ya que consideran a la vida del ser humano como la esencia de protección del Derecho Penal, de tal forma que la pena que se establezca para los otros derechos que protege el Derecho Penal (integridad, libertad, propiedad, etc.) no puede ni debe ser superior a la establecida en los delitos contra la vida.

Adicionalmente, esgrimieron como argumento para no disminuir las penas determinadas en el código penal que en ese momento se encontraba vigente el Art. 11 numeral 8 inciso segundo de la Constitución de la República que reza: “Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.”, así que como el legislador en ocasiones anteriores ya estableció un parámetro de protección a la lesión de un bien jurídico protegido, la Comisión Técnica concordó que no es viable establecer una pena menor a la que en ese momento estaba establecida y únicamente desviarse de ese criterio

en los tipos penales que “debido a que su desproporcionalidad en la legislación vigente rompan la armonía que deben tener las penas en la parte especial” (Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2013, p. 5). Estos fueron los argumentos iniciales para determinar la dosimetría de las penas en el COIP, ambos de importancia trascendental ya que el primero sirvió como punto de partida en virtud del cual se aplicó el principio de proporcionalidad de forma descendente en todos los delitos y el segundo porque así se explica el endurecimiento de las penas en la gran mayoría de delitos, pero ¿son estos dos criterios suficientes y legítimos para tal expansión del Derecho Penal? no hace falta ser un erudito en Derecho o Sociología para afirmar categóricamente que no.

Respecto al primero, el Estatuto de Roma prescribe un máximo de la pena de 30 años privación de libertad, no un mínimo como al parecer lo ha considerado el legislador, así países como Alemania o Noruega que también son Estados Parte de este convenio internacional mantienen penas temporales muy inferiores a los 30 años, en Alemania la pena máxima es de 15 años y en Noruega de 21 años⁴⁸ aún para delitos de lesa humanidad, así que si bien este instrumento sirve de referente como el límite de la sanción máxima, por el principio de mínima intervención penal no debió haber sido considerado como el único criterio.

El segundo criterio es más errado aún, ya que consideran el principio de no regresión de derechos como el límite para legislar ¡cómo si la penalización fuera un derecho humano o un derecho laboral! ¡cómo si las penas elevadas fueran una conquista de la sociedad!, es decir, bajo ese argumento no se podría despenalizar ninguna conducta y cuando los legisladores deseen modificar la ley penal sólo se les estaría permitido incorporar delitos y aumentar penas, así siguiendo ese criterio en 20 años ya no quedaría nada por criminalizar y seguramente llegaremos hasta cadena perpetua o pena de

⁴⁸ En Alemania los delitos considerados más graves son penados con 15 años o cadena perpetua a decisión del juez, pese a que el uso de la pena perpetua es casi nulo, mientras en Noruega los delitos más graves son sancionados con penas que van hasta los 21 años pero previo a la liberación del reo debe someterse a pruebas psicológicas que permitan evidenciar que está preparado para reinsertarse en la sociedad, de no ser así debe continuar preso 5 años más hasta demostrar su rehabilitación y así sucesivamente, lo que puede implicar una cadena perpetua.

muerte, la verdad que se esconde detrás de este argumento que considero indefendible, es que mucho más fácil es aumentar penas que reducirlas por el efecto político que conlleva cualquiera de estas dos acciones, que se traduce básicamente en ganar o perder popularidad y votos respectivamente. Además, si fueran una conquista no tendríamos la sobrepoblación que tenemos en las cárceles provenientes en su gran mayoría de los sectores de más bajos recursos económicos (Zaffaroni, 2015, p. 15), más aún si tomamos en cuenta la arbitrariedad de los legisladores en el 2001 que consideraron al nivel masivo de delincuencia, producto de la crisis económica del 1999, como el único factor que determinó el aumento drástico de penas⁴⁹, factor que dicho sea de paso, no cumplió su cometido de prevención general ya que al año 2000 la tasa de homicidios por cada cien mil habitantes era de 16.9 cada cien mil habitantes y para el año 2008 dicha tasa ascendió a 18.9, mientras que la tasa de delitos contra la propiedad ha aumentado aproximadamente un 50% durante el mismo periodo (Ortiz, 2014, p. 34)

2. El segundo estudio fue realizado por Francisco Muñoz-Conde por petición del entonces Subsecretario de Desarrollo de Normativa del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Juan Carlos Chávez Baños. Este estudio consistió en realizar observaciones tanto a la Parte General como a la dosimetría penal aplicada a la Parte Especial del Proyecto “Código Orgánico Integral Penal”⁵⁰, parte en la que puso particular énfasis analizando

⁴⁹ Tras revisar las actas del debate legislativo en torno a la reforma penal del año 2001 que aumentó las penas severamente, no me han sorprendido sus razones o más bien su única razón. El proyecto de reforma fue presentado por Xavier Neira Menéndez, diputado por el Partido Social-Cristiano del Ecuador, quien al año posterior se candidatizó para Presidente de la República (Mundo, 2002), y se basaron, al menos de forma oficial, exclusivamente en el objetivo de reducir los índices de delincuencia que en ese momento estaban en un grado alarmante por el elevado nivel de desempleo causado por la mayor crisis económica de nuestra historia sucedida nada más dos años antes, el conocido feriado bancario, cuestión que se evidencia con la simple lectura de los tres considerandos del proyecto de la reforma:

Que el auge delictivo evidenciado en los últimos años en nuestro país, ha adquirido caracteres de alarma social, que mantienen en permanente estado de inseguridad a la colectividad, víctima de atentados contra la integridad de las personas y sus bienes; Que, por otra parte, esta proliferación delictiva se encuentra en niveles nunca antes experimentados por la República; Que el sistema jurídico penal del país debe ser armonizado de manera que, en forma eficiente, constituya un instrumento de persuasión a los malos ciudadanos que atentan contra la seguridad de las personas, contra los bienes y contra los bienes de la colectividad (Congreso Nacional del Ecuador, 2000, p. 8)

⁵⁰ Cabe aclarar que el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos no envió a Francisco Muñoz-Conde el proyecto que se lo presentó en el primer debate, sino que modificaron la dosimetría conforme al primer estudio

su proporcionalidad artículo por artículo, sin entrar a valorar cuestiones de tipo terminológico, sistemático o de contenido⁵¹, pues lo que al parecer se le había encomendado, es cuidar que las penas correspondan a la gravedad del bien jurídico afectado dentro de los límites mínimos (1 día) y límites máximos (30 años) establecidos para los delitos, con el objeto de que no se sancione con la misma pena a un delito que, por ejemplo, proteja el bien jurídico “vida”, que a un delito que proteja el bien jurídico “propiedad”, así que el análisis del jurista español debía limitarse a verificar la proporcionalidad de las penas dentro de los pisos y techos determinados. No obstante, sí realizó dos observaciones sobre la pena mínima y la pena máxima en su informe. Sobre la pena mínima indicó lo siguiente:

*NOTA. No se encuentra en los Títulos I a III norma alguna relativa a la condena condicional y/o a la posibilidad de sustituir la pena privativa de libertad de corta duración por otra menos limitadora de los derechos del condenado para casos de personas con bajo riesgo de reincidencia. Si se encuentran en otra parte del Código penal integral, lo desconocemos. Si no es así, sería interesante incluirlas pues **el cumplimiento de una pena privativa de libertad muy corta en sujetos de poca peligrosidad puede ser desproporcionada por causar multitud de efectos negativos y no permitir por su corta duración ninguna intervención positiva en el interno (desocialización del condenado)**. (Muñoz-Conde, 2013, p. 8). (Énfasis añadido).

Y en cuanto a la pena máxima, si bien no fue tan enfático como en su libro “Tratado de Derecho Penal. Parte General” en el que afirmó que “los quince años de privación de libertad continuada es el periodo que suele indicarse doctrinalmente como aquél a partir del cual la prisión ya provoca daños irreversibles en la personalidad produciendo un efecto desocializador contrario a la readaptación social, por cuanto ello debe ser rechazado (...)” (Jescheck, Muñoz-Conde, & Mir Puig, 1981, p. 45), sí denotó cierta

elaborado por su Comisión Técnica y el producto de ese trabajo es el que enviaron al jurista español para su revisión (Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2013, p. 5).

⁵¹ “Observación preliminar: Este parte del Informe se refiere solamente a la Dosimetría penal correspondiente a los distintos tipos de delitos previstos en el Título IV; es decir, a los marcos penales asignados en este Título. Por tanto, se prescinde de comentar o valorar otras cuestiones de tipo terminológico, sistemático o de contenido.” (Muñoz-Conde, 2013, p. 8)

inconformidad con penas tan altas, calificándolas en la mayoría de artículos como “desproporcionadas” así que con frecuencia proponía penas mucho más leves como en el caso del delito de desplazamiento forzado como acto aislado que tenía una pena prevista de 27 a 30 años y su propuesta fue reducirla a privación de libertad de 5 a 10 años⁵².

Adicionalmente, en su crítica al delito de peculado, sugirió que no se establezca una incapacitación perpetua a ejercer un cargo en el servicio público sino que máximo debería preverse 15 años de incapacitación pues a su juicio una pena, cualquiera que ésta sea, no debe ser nunca impuesta de un modo perpetuo, sin dejar ningún resquicio a la posibilidad de una rehabilitación del condenado.

Otra crítica reiterada fue el estrecho margen al arbitrio judicial que se encontraba determinado en los marcos penales para la mayoría de delitos, ya que a su parecer esto le dificultaría al juez adaptar la gravedad de la pena a las particularidades y gravedad del hecho en cuestión, de tal forma que en lugar de determinar marcos penales con márgenes de dos o tres años, sugería el establecimiento de márgenes que vayan desde los cuatro hasta los ocho años⁵³.

Estos fueron los dos únicos estudios que se utilizaron para determinar la dosimetría penal en el Código Orgánico Integral Penal, los cuales considero que fueron pertinentes, más el segundo que el primero, pero insuficientes.

⁵² Muñoz Conde (2013): La pena prevista para el desplazamiento forzado es muy desproporcionada (de veintisiete a treinta años de privación de libertad). La gravedad de esta conducta no justifica en absoluto su equiparación punitiva a delitos como el de genocidio, especialmente porque no se exige en el tipo más que la expulsión del domicilio, que ni siquiera tiene que ser violenta y que puede ser de una única persona, sin contemplar ningún elemento que pudiera justificar tal respuesta penal, como una finalidad genocida, discriminatoria o similar, o la inclusión de la conducta en el contexto de un ataque generalizado o sistemático, como ocurre en el delito de persecución. Además, no es adecuado que se castigue esta conducta cuando representa un acto aislado con la misma pena que cuando forma parte de un ataque generalizado o sistemático (ver art. 73). Por otro lado, hay que tener en cuenta que en el art. 98 se castiga la privación de libertad de personas protegidas en caso de conflicto armado (lo que incluye el desplazamiento forzado) con pena de diez a trece años, por lo que sería incoherente que se castigara más la conducta del art. 67 que la del art. 98. Recomendamos modificar la descripción del delito en ese sentido o rebajar considerablemente el marco penal, a privación de libertad de cinco a diez años. (p. 10)

⁵³ Ejemplo: “El delito de trabajos forzados o explotación laboral describe varias clases de conductas de diferente gravedad, que van desde la imposición de condiciones rayanas en la esclavitud al uso de engaño para conseguir que una persona realice un servicio concreto. Y sin embargo el marco penal previsto (diez a trece años de privación de libertad) es demasiado estrecho para que el juzgador pueda adecuar la pena al caso concreto. Mi propuesta es por ello que el marco penal sea de cinco a trece años”. (Muñoz-Conde, 2013, p. 12)

Los califico como insuficientes pues como he mencionado a lo largo de toda la disertación, una decisión de tal envergadura, tanto porque implica la privación de un derecho fundamental que es la libertad como porque afecta a la preservación del sistema y a la seguridad de los ciudadanos, no debió haberse basado en criterios exclusivamente jurídicos aislados de investigaciones interdisciplinarias que involucren a ciencias afines como la sociología, la psicología, la criminología, entre otras, que sin lugar a dudas hubieran sido de mucha utilidad para determinar la reacción de los ciudadanos ante el aumento o disminución de penas, factor que sí habría demostrado un real esfuerzo por intentar cumplir los fines establecidos en el actual Art. 52 del COIP, ya que dichos estudios para lo que sirven es para mostrar una aparente proporcionalidad entre sí, esto significa que no existan fallas en cuanto al establecimiento de delitos con penas similares o mayores frente a delitos cuyo bien jurídico afectado sea considerado como más grave o su grado de lesividad sea mayor, mas no sirven para descubrir si la pena de 30 años es más disuasiva que la de 20, 25 o 28 años, que aunque a breves rasgos pareciera ser un evidente “sí”, por las razones analizadas en el capítulo anterior, la tendencia apunta a la respuesta contraria, ni tampoco sirven para descubrir si dichas penas posibilitan la rehabilitación de los reos.

En definitiva, lo que se hizo fue un análisis estrictamente jurídico que nada tuvo que ver con el contraste de sus fines, ni la aplicación del principio de mínima intervención penal ni tampoco con el principio de humanidad de las penas.

Estos estudios fueron entregados a la Comisión de Justicia y Estructura del Estado el 28 de agosto de 2013 (Acta 144 – cont. 15) quienes los consideraron en parte, ya que no tomaron en cuenta la recomendación del Prof. Muñoz-Conde respecto a las penas menores a seis meses ni peor aún sus sugerencias de disminuir radicalmente las penas como planteaba en varios delitos, sin embargo sí extendieron un poco más el marco penal para la determinación judicial, acogieron la recomendación del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos en cuanto a establecer la pena de hasta 30 años para delitos de lesa humanidad, sistematizaron las penas de acuerdo a la importancia del bien jurídico protegido y su grado de afección

y, pese a que continuaron con la pena de 40 años⁵⁴ en casos de acumulación real de infracciones sin ningún fundamento, debo admitir que gracias a estos estudios, en especial al elaborado por el jurista español, la dosimetría penal mejoró.

2.1.3.4. Segundo debate del Pleno.

En las seis sesiones correspondientes al Segundo Debate del Pleno de la Asamblea Nacional respecto al tratamiento del Proyecto “Código Orgánico Integral Penal” desarrolladas desde el 13 de octubre de 2013 hasta el 17 de diciembre del mismo año, los cuestionamientos a la falta de técnica en la determinación de los marcos penales y al endurecimiento de penas, lamentablemente, cesaron casi por completo.

Menciono la fase “casi por completo” ya que por la única razón que los asambleístas volvieron a solicitar la disminución de penas, fue para los casos de adolescentes, que si bien acordaron en no disminuir la edad de la responsabilidad penal para juzgarlos como adultos, la Comisión de Justicia propuso el establecimiento de privación de libertad de hasta 15 años por acumulación de penas como medida socioeducativa a los adolescentes que tengan de 12 a 18 años de edad, propuesta que recibió varias críticas, ya que en la ley vigente se establecía privación de libertad de hasta 4 años y además porque se esgrimió que la comisión de delitos efectuados por este grupo etario es absolutamente baja, así que por efectos de disuasión y por el reconocimiento de que la posibilidad de rehabilitación y reinserción tras haber perdido toda su juventud estando privado de libertad sería prácticamente nula, se modificó la propuesta “sólo” duplicando a la que se encontraba vigente, de modo que se aprobó determinar la sanción máxima de privación de libertad de 4 a 8 años para adolescentes mayores a los 12 años de edad, lo que demuestra, una vez más, que la determinación de penas se basó en acuerdos entre asambleístas basadas en un

⁵⁴ La pena máxima por acumulación real de infracciones continuaba siendo cuarenta años de privación de libertad, pese a que asambleístas como Cinthya Viteri, Andrés Páez y Andrés Roche presentaron sus observaciones por escrito solicitando que se aumente la cantidad de años fundamentándose nueva y únicamente en la caótica inseguridad que sufren los ecuatorianos.

conocimiento muy limitado de prevención general y especial como supuestamente desean, priorizando siempre el populismo y la mal encaminada “protección a la víctima”.

Retomando el tema de la falta de mayor y mejor cuestionamiento hacia el endurecimiento de penas y técnica al determinar la dosimetría penal en esta fase legislativa, a continuación esgrimiré las razones por las que considero se dio este deterioro en el debate:

Primero, en el período legislativo 2009-2013, período en que se recibió, se procesó y se llegó hasta el Primer Debate del proyecto “COIP”, la diversidad de movimientos y partidos políticos era mayor, 11 en total, y la organización política que más escaños tenía era el movimiento oficialista “Alianza País” con 59 asambleístas de 124; mientras que en el período legislativo 2013-2017, el número total de organizaciones políticas que tenían algún escaño en la Asamblea pasó a ser de 8 ya que el movimiento oficialista “Alianza País” casi duplicó su número de escaños llegando a tener 100 asambleístas de 137, es decir, fue una mayoría abrumadora. En tal virtud, una mayoría absoluta del movimiento oficialista en la Asamblea Nacional, sumado a que el proyecto de ley provino del Presidente de la República, dio como resultado lógico que las críticas se redujeran casi por completo y la única vez que unos asambleístas de Alianza País mostraron una postura discordante con el Primer Mandatario, apenas al iniciar el Segundo Debate del COIP, éste amenazó con renunciar a su cargo y denunciarlos ante el Comité de Disciplina de su movimiento⁵⁵, es así que a partir de allí, no hubieron mayores cuestionamientos al proyecto de reforma penal.

Adicionalmente, como me informó la asambleísta Gina Godoy en la entrevista que le realicé para la presente disertación, las discusiones más fuertes se daban en sesiones internas del bloque de Alianza País con el objeto de mostrar unidad frente a los otros movimientos y la ciudadanía, así que estas sesiones internas se dieron previo a la presentación del proyecto por parte del Ministerio de Justicia, previo al Primer

⁵⁵ Este incidente se dio porque Paola Pabón, asambleísta afiliada a Alianza País, con el respaldo de 20 asambleístas más de su movimiento, solicitaron al Presidente de la Comisión de Justicia y Estructura del Estado del órgano legislativo, la despenalización del aborto en casos de violación sexual, cuestión que el Presidente de la República calificó como “traición”, por considerarlo fuera de sus creencias y principios (El Mundo, 2013, párr. 8).

Debate, previo al Segundo Debate y previo al debate respecto al veto parcial del Presidente de la República, por tanto considero que, al igual que sucedió con la pena de 40 años que tampoco fue susceptible de discusión alguna en el Asamblea, no se volvió a cuestionar el endurecimiento de penas o la falta de técnica en la dosimetría penal porque debió haber sido una decisión tomada a la interna del bloque con mayoría absoluta, Alianza País, so pena de ser denunciados ante el Comité de Disciplina de este movimiento.

La tercera razón, considero que se debe al contexto social de aquel momento, me refiero al caso conocido públicamente como “caso Karina del Pozo”⁵⁶ que había sucedido pocos meses atrás y que había movilizó a la ciudadanía quiteña, en especial a movimientos feministas, que exigían justicia y penas altas para los reos por delitos de violación, femicidio y asesinato, por tanto los asambleístas, tanto del movimiento oficialista, como de movimientos de oposición, no se atrevían a cuestionar el endurecimiento de penas que, efectivamente pedía la ciudadanía por su sed de justicia y su mal entendimiento de que así se tendrá mayores probabilidades de que ese caso no vuelva a suceder.

Al respecto, Fernando Bustamante menciona:

Siempre es así, los medios de comunicación alarman a la ciudadanía respecto a la falta de seguridad y a la creciente delincuencia, sea o no sea verdad, e inmediatamente la respuesta política es “vamos a aumentar las penas” o “vamos a crear nuevos delitos para que nada quede en la impunidad” porque lamentablemente esas respuestas calman a la gente (...).⁵⁷

No obstante, como mencioné en el apartado inmediatamente anterior sería un error de mi parte afirmar que la dosimetría se encontraba en el mismo estado de cuando se recibió el proyecto de parte del Ejecutivo, en lo absoluto, definitivamente mejoró, lo que no significa que se cuente con sanciones penales acorde a los fines planteados ni que se haya dado cumplimiento a los principios constitucionales

⁵⁶ El caso consistió en la violación y femicidio de una joven quiteña de nombre Karina del Pozo a manos de tres hombres, quienes la dejaron botada cerca de una quebrada en el sector conocido como Llano Chico (El Telégrafo, 2013, párr. 2-9)

⁵⁷ Respuesta a la pregunta N° 1 en la entrevista realizada a Fernando Bustamante, cuya evidencia consta en la sección de anexos de la presente disertación como anexo 6.1.2.

pertinentes, sino que al menos ya no se encuentran delitos de lesa humanidad sancionados con igual pena que delitos contra la propiedad, esto en virtud del estudio del Profesor español Francisco Muñoz Conde.

Ahora, ¿por qué se contrató a un académico extranjero para la determinación de penas del Ecuador si, como se analizó, este trabajo debería reflejar la política criminal del Estado y fines particulares a su realidad? El Presidente de la Comisión de Justicia, Mauro Andino responde a esta pregunta reconociendo su desconocimiento y el de sus compañeros asambleístas con respecto a la aplicación de la proporcionalidad en la dosimetría, así como también hace público que “aquí en el Ecuador, lastimosamente no tenemos expertos en dosimetría” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2013a, p. 3) y además reclamó que el “sector académico del país fue el más ausente en este debate” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2013b, p. 126), por tanto no tuvo otra alternativa que contratar a dicho experto, quien realizó el trabajo esperado ya que el endurecimiento de penas no estaba en entredicho.

En fin, en las sesiones correspondientes al Segundo Debate no se discutió la finalidad de la pena ni su dosimetría, así que no se hicieron mayores modificaciones a la magnitud de las penas, salvo en el tema de los adolescentes infractores y en pocos artículos más, aprobándose, de esta forma, con mayoría calificada, el código con las penas privativas de libertad más altas en la historia de la República del Ecuador, sin haber realizado nunca estudios que demuestren que con dichas penas se logrará reducir la delincuencia y rehabilitar a los reos, ya que según el discurso oficial, estas eran sus mayores finalidades.

2.1.3.5. Veto parcial del Presidente de la República y último debate

El Presidente de la República, Econ. Rafael Correa Delgado, vetó específicamente 59 de los 730 artículos del Proyecto y 14 de las 68 disposiciones, es decir, al 8,1% del articulado y 20,6% de las disposiciones. Respecto a su Parte Especial, que es especialmente importante para el tema de la presente disertación, vetó 36 artículos, de los cuales casi en su totalidad lo hizo sugiriendo cambios en la tipificación del delito mas no en la determinación de la pena.

Tres fueron los delitos que propuso modificación en sus penas privativas de libertad, por supuesto, con el objeto de aumentarlas⁵⁷: 1. La falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), delito que la Asamblea Nacional atribuyó una pena de 3 a 7 días, mientras que el Ejecutivo propuso pena de 1 a 3 años; 2. Concusión y concusión agravada, para el primer caso el legislador estableció pena de 1 a 3 años y para el segundo pena de 3 a 5 años, sin embargo el Presidente conminó a que se aumente de 3 a 5 años y de 5 a 7 años respectivamente; y, 3. Oferta de realizar tráfico de influencias, delito determinado con pena de 1 a 3 años por el órgano legislativo pero rechazado por el Ejecutivo, quien propuso pena de 3 a 5 años. En estos dos últimos delitos la Asamblea Nacional se allanó, pero en el delito que corresponde a la falta de afiliación al IESS se ratificó (Presidencia de la República del Ecuador, 2014, p. 13).

¿En qué se factores se justificó el Presidente de la República para proponer dicho aumento de penas? Nuevamente, en la prevención general y en nada más: “las sanciones deben ser ejemplificadoras, para que este grave problema se vaya reduciendo y lograr erradicarlo por completo” (Presidencia de la República, 2014, p. 13), esta frase fue su mayor justificación para conminar al legislador a elevar la pena de 3 a 7 días por una sanción que vaya de 1 a 3 años, pero afortunadamente el legislador no se allanó a esta objeción por considerarlo como una vulneración al principio de proporcionalidad, como lo expresó el asambleísta Henry Cucalón: “Esto, insisto, no guarda ninguna concordancia y como lo han manifestado algunos legisladores, es una carencia de dosimetría jurídica absolutamente terrible, no tiene ninguna lógica” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014, p. 112), por lo tanto de los 73 artículos que el Presidente vetó, este, al menos, fue el único en que la Asamblea Nacional se ratificó.

⁵⁷ Hubieron otros delitos que el Ejecutivo propuso modificaciones en sus penas pero estos no los nombraré ya que consisten en sanciones de índole pecuniario y en virtud de que la presente investigación trata sobre las penas privativas de libertad no es pertinente analizarlos.

3. Contraste entre los fundamentos doctrinarios para la determinación de penas privativas de libertad y los fundamentos que inspiraron las penas privativas de libertad en el Código Orgánico Integral Penal

Tras haber investigado, descrito y analizado los fundamentos bajo los cuales los legisladores ecuatorianos se basaron para determinar los marcos penales en el actual Código Orgánico Integral Penal, a continuación procederé a realizar una comparación con los parámetros que considera la doctrina.

3.1. Análisis a la consideración del principio teleológico.

Como he mencionado a lo largo de la disertación, las finalidades de la pena según el Art. 52 del COIP son tres: la prevención general, la rehabilitación y reinserción, y la reparación a las víctimas, sin embargo de la lectura de las intervenciones de los asambleístas tanto oficialistas como de oposición así como de los informes de la Comisión de Justicia y del veto parcial del Presidente de la República, afirmo que de estas tres a la que más le han dado importancia las autoridades nacionales es, sin lugar a dudas, a la prevención general, ¿negativa o positiva?.

Para responder esta interrogante, recordemos que en el informe del primer debate se establecieron las siguientes finalidades para la pena: ratificación del orden jurídico perturbado, prevención general, desarrollo progresivo de los derechos y capacidades del reo y reparación a la víctima, artículo que para el informe a segundo debate había sido modificado sin discusión alguna en la Comisión ni en el Primer Debate del Pleno, respecto a la eliminación del primer fin determinado, “ratificación del orden jurídico perturbado”, no obstante sería una afirmación muy simplista de mi parte concluir que por el hecho de haber eliminado esta frase, que constituye una pretensión propia de la prevención general positiva, el legislador no la contempló como uno de los fines de la pena, ya que posiblemente consideró que estaba redundando al determinarlo junto al de “prevención general”.

Sin embargo, por la investigación realizada y por la clara evidencia represiva altamente punitiva del COIP, la vertiente de la prevención general recogida en el instrumento penal de los ecuatorianos es, la negativa, ya que la prevención general positiva o prevención integradora proclama la determinación de la pena considerando la justificación a su necesidad y utilidad para mantener la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico, y a las limitaciones de tipo preventivo-especiales para evitar la desocialización del reo y que también en éstos se restablezca su lealtad hacia el ordenamiento jurídico (Durán, 2016, p.55), dos funciones que el legislador marginó, en especial la segunda.

Fundamento esta afirmación en cuanto al endurecimiento general de las penas, pues en ningún momento se justificó la necesidad de elevarlas con argumentos técnicos, más allá del reiterado argumento de la *demanda ciudadana* esgrimido en los debates legislativos, de hecho, quien fungía como Vicepresidenta de la Comisión de Justicia cuando se aprobó el COIP, Gina Godoy, ante mi pregunta: “Hace unos días realicé una entrevista a Fernando Bustamante y él me indicaba que el fundamento para la determinación de las penas largas fue el populismo, el tema político, ¿coincide usted con ese criterio?” La asambleísta respondió:

(...) fue una decisión política a la que Fernando también se sumó, él también votó por el COIP, subimos las penas por la demanda ciudadana, demanda que la acogimos pues la mayoría de nuestros compañeros tiene una comprensión de que un sistema penal fuerte va a disuadir a la delincuencia (...) ⁵⁸

Es decir no se tomaron el trabajo de analizar el nexo causal entre el endurecimiento de penas y la efectiva necesidad que tiene la sociedad de que las penas privativas de libertad sean más represivas o de los efectos utilitarios que repercutirán en la población, menos aún consideraron limitar las penas con el objeto de que el reo también fortalezca su lealtad al ordenamiento jurídico, ni un solo asambleísta tanto en intervenciones orales como en observaciones escritas, jamás mencionó siquiera que penas menores a 6 meses y mayores a 15 años producen la desocialización de los reos, como reiteradamente ha propuesto la doctrina, conforme se analizó en el capítulo precedente.

⁵⁸ Respuesta a la pregunta N° 2 en la entrevista realizada a Gina Godoy, cuya evidencia consta en la sección de anexos de la presente disertación como anexo 6.1.3.

Muy por el contrario, los constantes argumentos de la gran mayoría de asambleístas para la elevación de sanciones penales consistían en causar intimidación a la población para generar disuasión, sin consideración alguna a la nula posibilidad de rehabilitación de los reos que cometan ilícitos graves, inclusive el Asambleísta Andrés Páez en el Primer Debate del Pleno hablaba de “no andar con alcahueterías con violadores, porque esa gente no tiene derecho ni posibilidad alguna a recuperarse y cuestionaba ¿necesita la sociedad esa gente libre o le necesita encerrado? Eso es lo que hay que pensar y acabar con esta alcahuetería” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2012, p. 14).

¿Pero, realmente pensaban que con penas más largas se contribuía a garantizar mayor seguridad a la ciudadanía? Según las tres entrevistas que realicé, que el lector puede leerlas en la sección de anexos de la presente disertación, los asambleístas Fernando Bustamante, Gina Godoy y Mariángel Muñoz aseguraron estar conscientes de que eso no contribuye a solventar el problema de la inseguridad ciudadana, sin embargo mencionaron que sus compañeros sí lo piensan así, por ejemplo Fernando Bustamante manifestó:

Lo de la rehabilitación es un cuento poco importante en el quehacer del Estado, lo de la prevención es algo que sí desean las autoridades pero no lo encaminan de forma correcta, lo verdaderamente disuasivo es la probabilidad de que se cumpla la pena, no tanto de la duración de la pena⁵⁹

Así es que la prevención general negativa fue uno de los principales motores del legislador para endurecer las penas, no el principal ya que considero que la causa prioritaria fue el populismo, traducido en aumentar popularidad y así en las siguientes elecciones difundir su intensa lucha y compromiso por la seguridad ciudadana al haber establecido sanciones supuestamente ejemplares y las más altas en la historia republicana del país, confundiendo así una vez más a la ciudadanía haciéndole pensar que de esa manera se reduce delincuencia cuando no hay nada más incierto que eso. Al respecto el Asambleísta Bustamante, ante mi pregunta: “¿Existieron estudios técnicos sociológicos,

⁵⁹ Respuesta a la pregunta N° 4 en la entrevista realizada a Fernando Bustamante, cuya evidencia consta en la sección de anexos de la presente disertación como anexo 6.1.2.

psicológicos o criminológicos que apunten a que el endurecimiento de las penas conduce a una mayor disuasión del delito?”, contestó:

Yo no participé en la comisión de justicia, así que no tengo conocimiento si se presentó algún estudio de los que apuntas en tu pregunta dentro de la comisión en la elaboración del código, pero debo suponer que no porque no se lo mencionó en los informes al pleno ni tampoco se lo presentó en los debates del pleno, si se los hubiera realizado seguramente se los hubiera presentado pero pese a que no participé en la comisión, **estoy seguro que el más importante, por no decir el único fundamento del endurecimiento de las penas, fue la demanda social que exigía una mayor represión, es decir de fundamento técnico no tuvo nada, fue estrictamente político** lo cual es grave por el gran poder del Derecho Penal que puede acabar con la vida de las personas (...) ⁶⁰

La falta de estudios para la determinación legislativa de penas también fue corroborado por la Asambleísta oficialista Mariángel Muñoz, quien ante mi pregunta:

¿Considera que el estudio de Muñoz-Conde fue suficiente para determinar la dosimetría penal en el COIP, o piensa que faltaron otros estudios técnicos de índole sociológicos, psicológicos o criminológicos que apunten que el endurecimiento de las penas conducen a un mayor control del delito ya que la prevención general que es una finalidad de la pena contemplada en el COIP?

Respondió:

Sí, totalmente, yo creo que sí, eso nos faltó pero nunca es tarde para volver a hacer un análisis de la dosimetría penal (...) ⁶¹

En tal virtud, tras haber analizado las intervenciones del debate legislativo en el tratamiento del COIP y tras haber revisado las versiones de tres asambleístas, uno de oposición y dos del oficialismo, los tres admitiendo que se determinaron penas por motivos estrictamente políticos, es claro que la popularidad fue el factor que priorizaron para el endurecimiento general de las penas en el nuevo instrumento penal de los ecuatorianos, fin que no describí en las teorías del fin de la pena en el primer capítulo ya

⁶⁰ Respuesta a la pregunta N° 1 en la entrevista realizada a Fernando Bustamante, cuya evidencia consta en la sección de anexos de la presente disertación como anexo 6.1.2.

⁶¹ Respuesta a la pregunta N° 5 en la entrevista realizada a Mariángel Muñoz, cuya evidencia consta en la sección de anexos de la presente disertación como anexo 6.1.4.

que no existe ningún autor que la sostenga ni la defienda, al contrario, todos los penalistas y juristas serios la rechazan por lo deplorables que son sus efectos: no disminuye delincuencia y tiende a establecer privaciones de libertad ilegítimas.

Ahora, ¿qué sucede con los fines de rehabilitación y reinserción a los reos y reparación a la víctima?

Cuando los assembleístas discutieron la Parte Especial del proyecto penal nunca se habló de la prevención especial positiva como un límite para la determinación de los límites mínimos ni máximos de los marcos penales, sino que únicamente se lo habló en el debate del último libro del proyecto que consiste en la ejecución de las penas, lo que significa que probablemente dedujeron que con programas educativos, laborales, deportivos y culturales, tratamiento psicológicos entre otras actividades, cualquier reo podrá rehabilitarse y reinsertarse, así sea después de 20, 30 o 40 años de privación de libertad, conclusión que según Bustamante es ingenua pues bajo su perspectiva, la rehabilitación y reinserción no son más que mitos ya que las autoridades tanto de la Función Ejecutiva como de la Función Legislativa están conscientes de que con ese nivel de punición difícilmente se llegará a este fin, ¿entonces por qué lo establecen dentro de sus fines? Pienso que seguramente lo hacen por los tratados internacionales ratificados por el Ecuador como el Pacto San José; la Constitución y por la demanda de órganos de Derechos Humanos internacionales y nacionales, sin embargo, debo reconocer que en la parte de ejecución de penas, al menos normativamente se evidencia una intención de dotar al recluso de programas y actividades para que pueda llegar a reinsertarse una vez cumplida la pena, intención, claro está, que sólo podrá suceder en reos de delitos de gravedad media, siempre que estos programas se cumplan, lo que no es tema de la presente investigación, así que en otro momento la analizaremos.

Evidencia de que los assembleístas están conscientes de los efectos nocivos de las largas condenas de prisión pero lo hacen por el tema populista es la siguiente afirmación de la Asambleísta Mariángel Muñoz:

(...) menos años en el centro de rehabilitación garantiza una rehabilitación más rápida, pero qué dice la sociedad ante eso, también las leyes se deben a la sociedad, aquí nuestra sociedad ecuatoriana, latinoamericana, no podía dirigirse a esos ideales de mínima intervención penal porque eso no va con nuestra idiosincrasia, con nuestra

sociedad mismo, porque finalmente dirían “no pues estos asambleístas que son pro-delinquentes, etc., ya cayeron en lo más utópico, el hipergarantismo”⁶².

Lo que los asambleístas no se dieron cuenta es que la mínima intervención y el garantismo penal no son sólo ideales, sino son mandamientos constitucionales, igual que lo es la rehabilitación y reinserción de reos, cuestión que los asambleístas conocen pero por un tema de popularidad prefieren las penas supuestamente “ejemplificadoras”.

En cuanto al último fin planteado: la reparación de la víctima, puede vérselo desde dos perspectivas, la primera consiste en que lo establecieron ya que en todas las sentencias condenatorias el juez deberá contemplar los mecanismos para la reparación integral a la víctima y su forma de cumplimiento, mecanismos que van desde la imposición de una indemnización por los daños ocasionados hasta la garantía de no repetición y las demás establecidas en el Art. 363 del COIP, es decir, desde esta perspectiva la reparación a la víctima es considerada como una pena más (Yépez, 2014, párr. 3); y la segunda consiste en que lo establecieron como fin, entendiendo que la pena a la que se le condena al reo, sea éste privativa o pecuniaria, repara en cierta medida a la víctima, o dicho en otras palabras plasmaron el sentimiento de venganza de la víctima como parte de la pena del reo.

Ante estas dos perspectivas considero que la más apropiada es la segunda, ya que al revisar el catálogo de penas privativas de libertad y las no privativas de libertad, cualquiera puede caer en cuenta que la reparación integral a la víctima no consta como una pena, sino como lo determina el mismo Art. 77 del COIP, es “un derecho de la víctima dirigido a recibir las restauraciones y compensaciones en proporción con el daño sufrido”, además que los legisladores constantemente solicitaron al Pleno pensar en las víctimas y así aumentar las penas, lo que desde todo punto de vista se traduce en un concepto vindicativo de justicia pues a las víctimas poco les importan la rehabilitación o reinserción de quien violó su derecho, más aún si se trata de crímenes atroces cuyo derecho no puede ser restituido, al contrario, lo que desean es que delincuente “pague” lo que hizo, deseo que consiste en penas largas, perpetuas o hasta la pena de muerte.

⁶² Respuesta a la pregunta N° 4 en la entrevista realizada a Mariángel Muñoz, cuya evidencia consta en la sección de anexos de la presente disertación como anexo 6.1.4.

Esta perspectiva también la comparte Fernando Bustamante, quien, ante la pregunta:

Otro de los fines de la pena es la reparación del derecho de la víctima, ¿cómo puede la pena privativa de libertad reparar a la víctima cuando se tratan de bienes imposibles de restituir como en el caso de delitos contra la vida o la libertad? y en ese sentido, ¿considera que la venganza continúa siendo un fundamento de las penas?

Respondió: Esa es una verdad inconfesable, como el 70% de lo que se hace en este país, como dije, el fundamento de la elevación de penas fue ganar votos y ¿cómo se gana votos? recogiendo el sentimiento vengativo de la población y plasmarlo en la norma (...)⁶³

Sin embargo, más allá del populismo, la intimidación y la venganza como los fines de la pena que considero, se encuentran plasmados en el COIP, hay un delito que realmente me llamó la atención porque a mi parecer su pena no es objeto de ninguno de los tres fines, sino de uno más vil: la expiación, me refiero al delito de aborto, ya que pese a que no me encuentro a favor de su despenalización sin límites y por cualquier causa, no me deja de parecer inconcebible que las justificaciones de los legisladores y hasta del Presidente de la República para penalizarlo se hayan basado en sus creencias cristianas, calificándolo reiteradamente como un “pecado”, y como la razón de castigar a los pecados es para purificarse de la infamia cometida y así reconciliarse con Dios y la sociedad, me atrevo a afirmar que incluso la caduca teoría de expiación como fin de la pena estuvo presente en el debate legislativo para este delito, e increíblemente lo ganó.

En definitiva, considero que la determinación de penas privativas de libertad estuvo esencialmente basada en fines inadmisibles en un Estado de Derechos y Justicia, como son: el populismo, la prevención general negativa y los fines retribucionistas, dejando a la prevención especial positiva y negativa como meros efectos que se suscitarán al azar, lo que en la práctica se traducirá indefectiblemente en vidas de seres humanos destruidas por privaciones de libertad ilegítimas y altos niveles de reincidencia⁶⁴, sin embargo no puedo negar que dichas sanciones penales no socavan la moralidad social ni minan la

⁶³ Respuesta a la pregunta N° 2 en la entrevista realizada a Fernando Bustamante, cuya evidencia consta en la sección de anexos de la presente disertación como anexo 6.1.2.

⁶⁴ No podemos comparar la tasa de reincidencia previo a la vigencia del COIP y la actual, ya que los últimos datos que presentó el Ministerio de Justicia sobre este tema datan del año 2014 (Ministerio de Justicia, 2014).

autoridad del Estado, en virtud que los delitos que alarman a la población están reprimidos con penas que efectivamente conforman a la ciudadanía y logran canalizar sus cargas emotivas y la de las víctimas, obteniendo así la preservación del orden moral y jurídico. El problema radica en que esta preservación también se hubiera logrado con sanciones penales no tan largas pero sí más efectivas, como lo afirma el estudio de Paul Robinson anteriormente analizado, esto significa que si bien una pena de 30 años para, por ejemplo, los asesinos, logra satisfacer a la potencial víctima y a la sociedad, una pena de 20 años posiblemente también lo hubiera hecho, evitando así los costes de familias arruinadas sin causa justa, las cuales, en su gran mayoría provienen de los estratos sociales más bajos de la población (Zaffaroni, 2015, p. 15).

Justamente respecto a este último tema, debo mencionar que, a pesar de que la tendencia general del COIP ha sido endurecer penas, de los pocos delitos cuyas penas privativas de libertad se redujeron, al menos levemente, fueron en los delitos de propiedad, por ejemplo, en el caso del robo en el código anterior se encontraba reprimido con pena de 3 a 6 años y actualmente se lo castiga con pena de 3 a 5 años, así también en el hurto, que tenía una sanción de 1 mes a 3 años mientras ahora se lo reprime con una pena que va desde los 6 meses a los 2 años o en el abuso de confianza que previamente se castigaba con pena de 3 meses a 5 años mientras ahora se lo redujo su límite máximo pasando a sancionar esta conducta con pena de 1 a 3 años, lo que podría significar que esta vez el castigo no va dirigido hacia los pobres, conclusión que objeto, ya que si bien se disminuyeron relativamente las penas para algunos delitos leves contra la propiedad y se aumentaron las penas para delitos calificados “de cuello blanco”, bajo mi perspectiva, este no es un problema que se resuelve con magnitudes de pena más altas o más bajas, sino con jueces y autoridades que respeten y hagan respetar la institucionalidad penal, es decir, por más represión que se establezca en delitos que son generalmente cometidos por personas de amplios recursos económicos, si se tiene una institucionalidad débil en la que las redes de corruptela abundan, fácilmente estas sanciones penales quedarán en letra muerta, beneficiando una vez más a ricos, y ya que los pobres no disponen de este capital político ni económico, los castigos *ejemplares* se imponen en ellos, una razón más por la cual no es nuevo afirmar que las prisiones están llenas de personas de bajos recursos económicos.

3.2. Análisis a la consideración de principios constitucionales.

En relación al principio de humanidad, el lector debe intuir que, sin lugar a dudas, el legislador lo ha vulnerado ya que se han establecido aproximadamente 50 delitos reprimidos con penas que superan el límite (15 años) a partir del cual se producen daños irreversibles en la personalidad del reo haciendo imposible su readaptación social, así como también se han determinado alrededor de 30 conductas, entre delitos y contravenciones, reprimidas con penas inferiores a 6 meses de privación de libertad, lo que tampoco recomienda la doctrina e inclusive el mismo Prof. Muñoz-Conde señaló como una falla del entonces “proyecto COIP” en el informe que elaboró por pedido del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, por sus efectos desocializadores, sin embargo el legislador hizo caso omiso tanto a la doctrina como a la propuesta directa del jurista español.

Ahora, en cuanto al principio de mínima intervención penal: por haber establecido la pena de 40 años con el único argumento de la “demanda ciudadana”; por haber determinado las penas más altas en los delitos más graves basados en la pena máxima que sugirió el Estatuto de Roma; y por haber elevado las penas de la mayoría de delitos con un argumento jurídico absurdo que es la “no regresividad”, es evidente la conclusión de que este principio también fue transgredido por el legislador; no así el principio de legalidad que reconozco su efectiva aplicación en la determinación de penas, pues en todo el COIP no se encuentran penas indeterminadas ni con rangos muy amplios entre su límite inferior y su límite superior, más bien al contrario, la crítica reiterada de Muñoz Conde fue justamente que estos rangos eran demasiado estrechos para que el juez pueda adaptar la gravedad de la pena a las particularidades y gravedad del hecho en cuestión, criterio con el que concuerdo, sin embargo, fue otra sugerencia no tomada en cuenta.

Finalmente, con respecto a la aplicación o vulneración del principio de proporcionalidad, la respuesta que considero correcta puede parecer un tanto paradójica en virtud de que, si bien niego enfáticamente que las penas puedan pasar el test de proporcionalidad desde su primer filtro, pues los castigos que constituyen el pilar según el cual el legislador fue dosificando las penas en forma descendente en ningún caso van a

ser idóneos con los fines enunciados en el Art. 52 del COIP, lo que significa que se rompería todo el catálogo de penas, reconozco que gracias a la contribución del Prof. Francisco Muñoz Conde, se mejoró sustancialmente la dosimetría penal ya que se consideraron los parámetros que propone la doctrina en cuanto a:

- La importancia del bien jurídico, de forma que las conductas que afectan al bien jurídico “vida” tienen mayor pena que las que afectan a los demás derechos; así también las conductas que protegen al bien jurídico “integridad sexual y reproductiva” tienen mayor sanción que los delitos contra la propiedad;
- El grado de lesividad, en virtud de que mientras más se haya afectado al bien jurídico mayor sanción se prevé, así por ejemplo el Art. 152 del COIP que establece una escala de penas según la afectación en la integridad física que haya generado el delito de lesiones;
- Los elementos subjetivos del delito también fueron tomados en cuenta, de manera que los delitos dolosos tienen pena más grave que los delitos culposos;
- El grado de participación de los infractores, así que los cómplices de los delitos serán sancionados con una pena equivalente a un tercio de la pena señalada para el autor según lo señala el Art. 43 del COIP;
- El grado de ejecución de la infracción, ya que la tentativa se pena con uno a dos tercios de la que le correspondería si el delito se hubiera consumado (Art. 39 del COIP);
- La valoración de la vulnerabilidad del sujeto pasivo, así que en múltiples delitos el legislador prescribió una mayor pena cuando el sujeto pasivo sean niños, niñas, adolescentes o personas en situación de vulnerabilidad, por ejemplo el Art. 213 del COIP que establece pena de siete a diez años para la persona que realice tráfico ilícito de migrantes, sin embargo, determina pena de diez a trece años si dicho tráfico recae en personas en situación de vulnerabilidad;
- La posición del sujeto activo, lo cual se evidencia especialmente en el Art. 229 del COIP al sancionar la revelación ilegal de base de datos con pena de uno a tres años, pero en casos de que el sujeto activo sea un servidor público la magnitud de la pena se modifica a tres a cinco años, y;

- El criterio del estado mental del infractor al momento de la comisión del delito fue otro criterio que el legislador efectivamente consideró, al establecer un tercio de la pena mínima prevista para el tipo penal para la persona que, al momento de cometer la infracción, se encuentra disminuida en su capacidad de comprender la ilicitud de su conducta.

Sin embargo, pese a que la generalidad de delitos cumplen con estos criterios de gradación, existen excepciones, evidencia de esto, es por ejemplo el delito de “Almacenamiento, transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal de hidrocarburos en las provincias fronterizas, puertos marítimos o fluviales o mar territorial”, conducta sancionada con pena de cinco a siete años de privación de libertad según el Art. 265 del COIP, pena similar al delito de trasplante de órganos sin autorización en personas en situación de vulnerabilidad (Art. 98 del COIP) o al delito de aborto no consentido (Art. 148 del COIP) o al delito de lesiones que produzca una incapacidad permanente o una enfermedad transmisible e incurable (Art. 152 numeral 5 del COIP), es decir en este delito que supuestamente atenta contra la actividad hidrocarburífera, no se cumplirían específicamente los criterios del principio de proporcionalidad: importancia del bien jurídico protegido y grado de lesividad, cuestión que la Comisión de Justicia y Estructura del Estado está consciente⁶⁵, sin embargo no lo pudieron reformar a causa de falta de quorum en la Comisión por inasistencia de los asambleístas del movimiento Alianza País.

⁶⁵ Al respecto la Asambleísta Mariángel Muñoz mencionó:

(...) sería bueno reformar algunos delitos cuyas penas son demasiado exageradas como por ejemplo el tráfico de combustible en las fronteras 5 años, 8 años, ¿estamos hablando de algo proporcional o no? Por supuesto que es desproporcional y qué lástima que esta asamblea no pudo, por falta de quorum en la comisión, proceder con esa reforma, (...) **P: Pero si la mayoría era de Alianza País...** R: Claro, pero faltaban, (Respuesta a la pregunta N° 5 de la entrevista realizada a Mariángel Muñoz que consta en el anexo 6.1.4. de la presente disertación).

4. Conclusiones y recomendaciones

A partir de 1837 inició la historia de las reformas penales en el Ecuador para combatir a la delincuencia, instrumentos cuyas penas temporales no excedían los 16 años de privación de libertad, hasta el año 2001, fecha desde la cual comenzó un imparable camino hacia el endurecimiento de sanciones penales, esto, debido al aumento progresivo de la delincuencia, sumado a la exacerbación de la percepción de falta de seguridad por parte de los medios de comunicación, lo que implicó que en 13 años el castigo máximo pase de 16 a 40 años de privación de libertad.

Lo sorprendente es que este fenómeno comenzó a causa de la mayor crisis económica del país en el año 1999: el conocido feriado bancario, momento en que la pobreza y la distribución inequitativa de la riqueza tuvieron su cúspide, generando así un preocupante aumento de delincuencia, al que los legisladores inmediatamente respondieron endureciendo las penas, aumentando así en el año 2001 la máxima pena de 16 años a 35 años, bajo la justificación de dar una respuesta a la ciudadanía asustada por los altos niveles de criminalidad.

Posteriormente, en el año 2014 se publica el Código Orgánico Integral Penal, en el que se establece la pena temporal más alta en nuestra historia republicana: 40 años de privación de libertad, basándose exclusivamente en el argumento populista de la “demanda ciudadana”, dejando de lado la consideración de los fines de la pena y los principios constitucionales para la determinación de marcos penales, dicho en otras palabras, la dosimetría penal en el COIP no se fundamentó en estudios psicológicos, sociológicos ni criminológicos que permitan conocer cómo lograr disuadir a la ciudadanía la comisión de delitos, rehabilitar a los reos y reparar a la víctima a través de la pena, finalidades que constan en el instrumento penal, estudios que pese a haber sido exigidos por pocos asambleístas en el proceso de la elaboración de la norma, nunca fueron realizados.

En tal virtud, ahora contamos con una ley penal altamente represiva cuyas sanciones privativas de libertad no sólo son inconsecuentes con las finalidades planteadas sino que vulneran principios constitucionales y principios plasmados en tratados internacionales de Derechos Humanos tales como: el principio de humanidad de las penas, el principio de

mínima intervención penal y el principio de proporcionalidad, generando de esta forma, penas privativas de libertad disfuncionales, que ni disuaden ni rehabilitan, y a la vez inconstitucionales, ya que se establecieron varios delitos cuyas penas son muy cortas (menores a seis meses) o muy largas (mayores a quince años), para llevar a cabo la rehabilitación y reinserción de los reos.

Adicionalmente, tras analizar doctrina sobre dosimetría penal, revisar las actas del debate legislativo desarrollado en torno al tratamiento del entonces proyecto “Código Orgánico Integral Penal”, y realizar entrevistas a asambleístas que participaron de la elaboración del proyecto, denunció la falta de seriedad y responsabilidad con la que se determinaron las penas privativas de libertad en el COIP, problemática que debe considerarse como una conducta gravísima, ya que significa restringir el derecho básico y esencial de libertad, a base de fines coyunturales como son los electorales, o dicho de otra forma, esta falta de fundamentación técnica, que inclusive los asambleístas lo aceptan sin reparo alguno, fue caldo de cultivo para construir una ley capaz de destruir vidas a cambio de votos.

No puedo terminar esta disertación sin antes reconocer el difícil trabajo que implica limitar la arbitrariedad y subjetividad al determinar los marcos penales, más aún con toda la exposición mediática y la demanda social de por medio, sin embargo, establecer penas constitucionales y funcionales tampoco es un trabajo imposible, para esto considero que se requiere de voluntad política, vocación de servicio y responsabilidad en la elaboración de políticas públicas, lo que en este caso se hubiera traducido en:

Primero, delimitar las finalidades que se perseguirá con la pena, que a mi criterio sería la prevención general y la prevención especial, ambas únicamente en sus vertientes positivas, así, una vez definida claramente la política criminal del Estado, procedería a conformar un equipo interdisciplinario de sociólogos, psicólogos, penalistas y criminólogos, que investigue las conductas y sanciones que estén acorde a las finalidades planteadas y que a la vez la ciudadanía en promedio suponga adecuadas, con el objeto de no minar la credibilidad moral, la autoridad del Estado y la vigencia del Derecho, de forma que si, por ejemplo, los resultados de las investigaciones arrojan que en nuestro país la rehabilitación no surte efecto a partir de los 15 años de privación de libertad ininterrumpida y continuada pero se prueba que la ciudadanía se conformaría con, al

menos 25 años para los delitos más graves, determinaría estos 25 años de privación de libertad como pena máxima, sin embargo establecería regímenes de libertad con el objeto de que ningún reo pase más de 15 años continuos en prisión, no por una finalidad populista, en lo absoluto, sino que como lo he mencionado reiteradamente a lo largo de la disertación, es estrictamente necesario que las penas conformen a la población y a la víctima porque así la eficacia en el control del delito aumenta y no se generan incentivos de perturbar nuevamente el orden jurídico, al contrario, de esta manera se lo ratifica y se va consolidando su lealtad normativa.

Una vez determinadas las conductas más graves y las penas máximas, el legislador debe aplicar el principio de proporcionalidad en forma descendente, para lo cual es imperante el ejercicio del juicio de ponderación que proclama el Prof. Prieto Sanchís, con el fin de que la norma penal pase el filtro de idoneidad, necesidad y proporcionalidad; sólo así se hubiera logrado que ahora contemos con una ley penal cuyas sanciones privativas de libertad sean constitucionales y funcionales.

En suma, si permitimos que se continúen endureciendo las sanciones penales sin fundamentos que respondan a fines ni a mandatos constitucionales, sino únicamente a aspiraciones coyunturales personalistas y a finalidades vindicativas, como fue el caso del COIP, nos perjudicamos todos, tanto los más pobres al ser el estrato social más vulnerable en delinquir y ser privado de libertad, como los más ricos al no poder disfrutar de su libertad por el riesgo de ser objeto de criminalidad, así que debemos exigir más calidad en los políticos que escogemos y mayor técnica en la toma de decisiones de políticas públicas. No obstante, debo ser enfática en que, lamentablemente, así se apliquen todos los límites señalados en la presente disertación para la determinación de marcos penales, siempre habrá un grado de arbitrariedad en el establecimiento de este sistema de escalas graduables, tanto por el nivel de subjetividad en la valoración del bien jurídico protegido, como por la carga política de la pena, razón por la cual es urgente que cuestionemos, repensemos y si es necesario, reformulemos, la institución del castigo, cuya existencia permitimos.

5. Bibliografía

5.1. Libros

- Ávila, R. (2010). *Inseguridad ciudadana y Derechos Humanos: por la deconstrucción de un discurso securitista y hacia un nuevo Derecho Penal*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.
- Beccaria, C. (1957). *Tratado de los delitos y de las penas*. México: José M. Cajica, Jr.
- Berenguer, E., & González, C. J. (2004). *MANUAL DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL (Conforme al Código de la Republica de Nicaragua de 2003)*. Recuperado el Marzo de 2017, de <http://caj.fiu.edu/espaol/proyectos/nicaragua/manual-de-derecho-penal-nicaragua.pdf>
- Cuerda Riezu, A. (2011). *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: Por qué son inconstitucionales en España*. Barcelona: Atelier.
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo penal*. México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ferrajoli, L. (2009). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Ed. Trotta.
- Foucault, M. (1984). *Vigilar y castigar: el nacimiento de la prisión*. México D.F: Siglo Veintiuno.
- García, A. (1981). *Historia y presente de la homosexualidad (Vol. 106)*. Madrid: Ediciones AKAL.
- Garland, D. (1999). *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. México D.F: Siglo Veintiuno Editores.
- González, L. (2015). *Racionalización de la pena de prisión*. Distrito Federal de México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Jescheck, H.-H., Muñoz-Conde, F., & Mir Puig, S. (1981). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Bosch.
- Liebling, A., & Maruna, S. (2011). *Los efectos del encarcelamiento*. Nueva York: Routledge.
- Muñoz-Conde, F. (2010). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Ortiz, N. (2014). *Determinantes económicos para la delincuencia en el Ecuador: periodo 2000 - 2012*. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Robinson, P. (2012). *Principios distributivos del Derecho Penal: A quién debe sancionarse y en qué medida*. Madrid: Marcial Pons.

Torres, M. (2014). *La tentativa, el arrepentimiento, el desistimiento y la incapacidad mental disminuida en la pena abstracta aplicada al procedimiento abreviado*. Cuenca: Universidad Regional Autónoma de los Andes.

5.2. Artículos académicos

Araujo, P. (2009). El Principio de mínima intervención penal en la legislación ecuatoriana vigente. En F. G. Estado, *Introducción al rol de fiscal* (págs. 31-36). Quito: Edina.

Araujo, P. (2015). *Paulina Araujo Granda Abogados*. Obtenido de Artículos jurídicos de aporte a la colectividad. La ética normativa de la justicia, principio de legalidad y Derecho Penal: <http://www.araujoasociados.net/index.php/articulos/117-etica-normativa-principio-de-legalidad-filosofia-del-derecho-penal>

Ávila, R. (2009). El Código Penal que una Constitución garantista exige. En M. d. Humanos, *Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales* (págs. 21-40). Quito: V&M Gráficas.

Bueno, F. (1981). La protección a la víctima en el Proyecto de Código Penal 1980. *Estudios Penales y Criminológicos Vol. IV*, 204-226.

Carbonell, J. C. (2001). Reflexiones sobre el abuso del Derecho Penal y la banalización de la legalidad. En L. Arroyo, & I. Berdugo, *Homenaje al Doctor Marino Barbero Santos* (págs. 129-144). Cuenca: Universidad de Castilla - La Mancha.

Díez, J. (2003). El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena. *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo, el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, 141-166.

Durán, M. (2011). Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Inmanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho Penal actual. *Revista de Derecho y Ciencias Penales N°16*, 91-113.

Durán, M. (2016). La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función. *Revista de Derecho (Valdivia) Vol 29 N° 1*, 50-62.

- Durkheim, É. (1999). Las dos leyes de la evolución penal. *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales N°13*, 71-90.
- Echeverry, Y. (2009). Voluntad y conocimiento como presupuestos del dolo en materia penal. *Revista Científica Guillermo de Ockham. Vol. 7, No. 1*, 123-151.
- Ferrajoli, L. (2008). El principio de lesividad como garantía penal. *Nuevo Foro Penal N°79* (págs. 100-114). Madrid: Universidad EAFIT.
- Grupo de Estudios de Política Criminal. (2005). *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*. Málaga: Gráficas Luis Mahave, S.L
- Lascuraín, J. A. (2016). Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable. *Contra la cadena perpetua*, 17-81.
- López, M. (2012). Evolución de los sistemas penitenciarios y de la ejecución penal. *Anuario Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá V*, 401-448.
- Martos, J. (1985). El principio de intervención penal mínima. *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, 99-134.
- Mir Puig, S. (1991). Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del ius puniendi. *Estudios Penales y Criminológicos XIV*, 205-215.
- Morselli, E. (1993). Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena. *Curso de derecho y procedimiento penal* (págs. 265-274). Sao Paulo : Escola paulista do Ministerio Publico.
- Prieto Sanchís, L. (2003). Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico. *Nuevo Foro Penal N°65*, 47-91.
- Ramos, M. I., & Woischnik, J. (2001). Principios constitucionales en la determinación legal de los marcos penales. Especial consideración del principio de proporcionalidad. *Jornada de Evaluación de la Legislación Penal Sustantiva en Bolivia* (págs. 143-156). La Paz: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Robinson, P. (2015). El principio de proporcionalidad y merecimiento empírico. *Revista de Estudios de la Justicia N° 22*, 183-192.
- Silva, J. M. (2009). Una crítica a las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor". *Revista de Estudios de la Justicia N°11 - Facultad de Derecho, Universidad de Chile*, 1-22.

Subcomisión de derecho penitenciario - CGAE. (2008). *Informe justificativo de comisión de derecho del CGAE*. Madrid.

Von Hirsch, A. (2003). Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena. *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, 119-140.

Yépez, M. (29 de diciembre de 2014). *Revista Judicial Derecho Ecuador*. Obtenido de La reparación integral:

<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2014/12/08/la-reparacion-integral>

Zambrano, A. (2009). La teoría de la participación. *Revista Jurídica N°26*, 55-68.

5.3. Artículos periodísticos

Andes. (19 de Abril de 2012). *Agencia Pública de Noticias de Ecuador y Suramérica*.

Obtenido de <http://www.andes.info.ec/fr/node/1698>

Brandoli, J. (7 de Enero de 2017). Las cárceles del infierno en América Latina. *El Mundo*.

El Mundo. (11 de Octubre de 2013). *El Mundo*. Obtenido de Rafael Correa amenaza con dimitir si se aprueba la despenalización del aborto:

<http://www.elmundo.es/america/2013/10/11/noticias/1381509096.html>

El Telégrafo. (05 de Marzo de 2013). *El Telégrafo*. Obtenido de Dos detenidos relataron cómo asesinaron a Karina del Pozo:

<http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/13/dos-detenedos-relataron-como-asesinaron-a-karina-del-pozo>

Fernández, A. (24 de Mayo de 2014). Subir las penas ¿reduce el crimen? *La Nación*.

Miranda, H. (3 de Marzo de 2014). La pena máxima de 50 años no bajó la criminalidad. *La Nación*.

Pazmiño, E. (27 de Junio de 2016). Ernesto Pazmiño: Da lo mismo robarse borrego que \$10 millones de peculado. (El Universo, Entrevistador)

Zaffaroni, E. (15 de Octubre de 2015). Situación penitenciaria global y nacional. (U. TV, Entrevistador)

----- (22 de Noviembre de 2002). *BBC Mundo*. Obtenido de Cambio de mando en Ecuador:

http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/specials/cambio_de_mando_en_ecuador/newsid_2500000/2500965.stm

5.4. Leyes y tratados internacionales

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial de la República del Ecuador N°449, Quito, 20 de octubre del 2008.

Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial de la República del Ecuador N°180, Quito, 10 de febrero de 2014.

Convención Interamericana de Derechos Humanos, adoptada por el Ecuador el 18 de julio de 1978.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Individuales, Roma, 4 de noviembre de 1950.

Declaración Sobre la Protección de Todas las Personas Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por el Ecuador en marzo de 1988.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptada por el Ecuador el 6 de marzo de 1969.

5.5. Actas de la Asamblea Nacional del Ecuador, del Congreso Nacional del Ecuador e informes.

Asamblea Nacional del Ecuador. (2011). Acta 091 Comisión de Justicia y Estructura del Estado. Quito.

Asamblea Nacional del Ecuador. (2012a). Acta 101 - Comisión de Justicia y Estructura del Estado. Quito.

Asamblea Nacional del Ecuador. (2012b). Acta 105 - Comisión de Justicia y Estructura del Estado. Quito.

Asamblea Nacional del Ecuador. (2012c). Acta 119 - Comisión de Justicia y Estructura del Estado. Quito.

Asamblea Nacional del Ecuador. (2012d). Acta AN 11-13-268 - Primer Debate del Pleno. Quito.

Asamblea Nacional del Ecuador. (2012e). Acta AN 11-13-270 - Primer Debate del Pleno. Quito.

Asamblea Nacional del Ecuador. (2012f). Acta AN 11-13-271 - Primer Debate del Pleno. Quito.

Asamblea Nacional del Ecuador. (2012g). Acta AN 11-13-272 - Primer Debate del Pleno. Quito.

Asamblea Nacional del Ecuador. (2012h). Acta AN 11-13-275 - Primer Debate del Pleno. Quito.

Asamblea Nacional del Ecuador. (2013a). Acta AN 13-15-401- Segundo Debate del Pleno. Quito.

Asamblea Nacional del Ecuador. (2013b). Acta AN 13-15-404-Segundo Debate del Pleno. Quito.

Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). Acta AN 13-15-415- Debate sobre objeción parcial del Presidente de la República. Quito.

Congreso Nacional del Ecuador. (18 de Julio de 2000). Acta 225 - Primer Debate del Pleno . Quito.

Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. (2013). *Dosimetría penal del Código Orgánico Integral Penal*. Quito.

Ministerio de Justicia, D. H. (2014). *Estudio de factibilidad del proyecto: adecuación, equipamiento y mantenimiento de la red de centros de privación de libertad*. Quito.

Muñoz-Conde, F. (2013). *Informe sobre la dosimetría del Proyecto de Código Penal Ecuatoriano* . Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.

Presidencia del República del Ecuador (16 de Enero de 2014). Objeción parcial del proyecto "Código Orgánico Integral Penal". Quito.

Romo, M. P. (2012). *Informe de Minoría para el primer debate del Proyecto de "Código Orgánico Integral Penal"*. Quito: Asamblea Nacional del Ecuador.

Salgado, S. (2012). *Observaciones al Proyecto Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Asamblea Nacional del Ecuador.

6. Anexos

6.1. Entrevistas

6.1.1. Entrevista a psicólogo forense Dr. Ítalo Rojas

1. Desde su experiencia ¿en qué medida el delincuente ha considerado las penas contempladas en la ley antes de cometer el delito?

Yo creo que en ninguna, en ningún caso porque si hubieran pensando en lo que se les viene creo que hubiera sido un factor poderoso de tipo crimino-repelente, creo que ningún delincuente piensa en las consecuencias jurídicas que va a tener, quizás tienen algún reparo en los riesgos que corren pero no en la pena, porque si no la pena de muerte sería el ejemplo ideal ¿no? Pensarán que si hago esto me van a matar y hubiera una disuasión pero sabemos que no es así, en mi experiencia los reos no han considerado las penas.

2. De forma general ¿Qué factores toma en cuenta el delincuente antes de cometer un delito?

Generalmente lo que hace la persona que quiere cometer un delito es determinar un modos operandi que le asegure su anonimato, fuga y evidentemente la impunidad, eso creo que toma en cuenta cuando el delito tiene una fase de predeterminación o ha sido planificado con antelación por ejemplo en los casos de delitos de drogas o en algunos asesinatos, pero la mayoría de delitos son ejecutados bajo estados de impulsividad en los que, por su naturaleza, el delincuente no considera ni este factor, sino únicamente los beneficios materiales o inmateriales que le resulta de la comisión del delito, de hecho éste último factor que estoy mencionando es el que más consideran, tanto delincuentes impulsivos como los calculadores.

3. ¿Cuál es el efecto psicológico que se genera en la población con un aumento del 10% de pena, 30% de pena, 50% de pena y 100% de pena?

No podría decirle porque ese es un tema de criminología y aquí no hay estudios de criminología, absolutamente nada, no sé si el aumento de penas puede tener una afectación en la disuasión de la pena, pero no lo creo, por ejemplo estamos viendo ahora

que está tipificado el femicidio desde el 2014, delito al que se le dio una pena más alta que el asesinato en el código anterior, y lamentablemente en febrero de este año vemos que han aumentado los femicidios en relación a años anteriores, ¿entonces que nos quiere decir eso? La pena no ha disuadido a los sujetos

4. ¿El efecto intimidatorio ante un delito penado con 20 años se duplica si la pena a la vez se duplica?

Yo pienso que no, como dije antes, un delincuente no piensa en la magnitud de la pena sino en la ganancia que va a tener cometiendo el delito, y en la forma de quedar impune, así sea para una pena de 1 año como para una pena de 40 años, pero más fuerte aún que la certeza de la pena es esa ganancia material o inmaterial tras haber cometido el delito, especialmente las inmateriales como la venganza o el resentimiento, que se dan mucho en asesinatos, son los que más mueven hacia la perpetración del delito, es decir el sujeto piensa en la ganancia, no en la consecuencia.

5. ¿Todos los delincuentes necesitan rehabilitación?

Sí, no sólo porque se trate de personas dañadas o perversas sino porque se enfrentaron en algún momento de su vida a una circunstancia que viola la ley y que les pone de frente a un aparato policial y judicial que les reprime y les sanciona, quedas estigmatizados en su comunidad, en su familia, en sus núcleos cercanos y no es fácil salir de una cárcel y reinsertarse como si nada ha pasado, así hayan cumplido la sentencia, siempre va a quedar sobre ellos ese estigma, ese rótulo de que son delincuentes, entonces una persona para reinsertarse y ser útil nuevamente en la sociedad sí debe pasar por un filtro rehabilitatorio, hasta incluso para perdonarse uno mismo o entenderse uno mismo por qué cometió el delito porque te digo entre paréntesis, casi todos los delincuentes persisten en negar su responsabilidad en el delito, hasta estando sentenciados, ¿por qué? Porque es un mecanismo psicológico, de adaptación que todos tenemos, en negar esas cosas oscuras nuestras para evitar la carga de angustia.

6. ¿Considera usted que existen personas que sin ser psicópatas ni sufrir una enfermedad mental cometan delitos atroces y continúen cometiéndolos pese a haber sido privados de libertad por largos períodos de tiempo?

Creo que si comete un acto criminal atroz, ya no es una persona normal, esos delincuentes tienen rasgos de tipo psicopático, la crueldad rebasa cualquier límite de la

ética, de la moral, del sentido caritativo con las personas, las personas que cometen algún acto de crueldad tienen afectaciones en su estructura de orden cognitiva que no les permite manejar bien la ira y se desquitan con las personas mediante actos violentos y crueles, esas personas no son totalmente adaptadas, no tienen frenos morales que les inspiren sentimientos de piedad, característica típica de un psicópata según nos dice la literatura.

7. ¿Considera usted que después de estar privado de libertad por más de quince años se puede lograr la rehabilitación de un reo?

Después de estar preso 15 años en un sistema como el nuestro, la gente debe estar amargada, dolida, debe tener destruida sus redes familiares o en un estado muy precario, debe haberse degradado lo suficiente su personalidad en la cárcel como para que se haya rehabilitado en la cárcel y debe ser muy difícil que cuando salga se puede volver a construir su personalidad, en 15 años pasaron demasiadas cosas en su vida, seguramente le abandonó su pareja, sus hijos crecieron, familiares o amigos murieron, el sujeto seguramente envejeció, engordó, enfermó, anquilosó su mente con odio o divagación, es una caricatura del hombre que entró.

8. ¿Qué cantidad de años privado de libertad considera usted que es aquel desde el cual se neutralizan los sentidos del individuo haciendo imposible su rehabilitación?

Eso no sabría decirte con exactitud porque ahí depende mucho las condiciones de la prisión, del sitio donde esté, de las propias condiciones personales, de su historia evolutiva, no es lo mismo meter en prisión a un ser humano estudiado, con profesión, con una cierta amplitud mental que a un sujeto marginal de la sociedad sin escolaridad, sin habilidades laborales, digamos, es difícil comprar un hombre primitivo con un hombre más cultivado, depende hasta de las condiciones espirituales, de sus creencias.

9. ¿Qué factores se consideran para comprobar la rehabilitación del reo?

Primero que el sujeto esté adaptado, que pueda ser productivo para la sociedad, segundo, que tenga suficiente plasticidad para reconectarse con su vida afectiva, familia, amigos, y no tenga tropiezos en eso.

6.1.2. Entrevista al Asambleísta Fernando Bustamante

- 1. Partiendo de que en el COIP se ha elevado la pena máxima y en general se han endurecido las penas para la gran mayoría de delitos frente al código penal anterior y considerando que se ha establecido expresamente a la prevención general como uno de los fines de la pena ¿existieron estudios técnicos sociológicos, psicológicos o criminológicos que apunten a que el endurecimiento de las penas conduce a una mayor disuasión del delito?**

Yo no participé en la comisión de justicia, así que no tengo conocimiento si se presentó algún estudio de los que apuntas en tu pregunta dentro de la comisión en la elaboración del código, pero debo suponer que no porque no se lo mencionó en los informes al pleno ni tampoco se lo presentó en los debates del pleno, si se los hubiera realizado seguramente se los hubiera presentado pero pese a que no participé en la comisión, estoy seguro que el más importante por no decir el único fundamento del endurecimiento de las penas fue la demanda social que exigía una mayor represión, es decir de fundamento técnico no tuvo nada, fue estrictamente político lo cual es grave por el gran poder del Derecho Penal que puede acabar con la vida de las personas, sin embargo se basaron en pura superstición, creer que en el endurecimiento de las penas como medio de disuasión del delito es como creer en la teoría del flogisto o en las teorías de la tierra de la edad media, ya se ha comprobado tanto teórica como empíricamente que es una premisa falsa, no hay un solo estudio que la respalde, al contrario, sobran los estudios que señalan que las penas altas no sirven para controlar el crimen y peor aún que las cárceles sirven para rehabilitar, menos aún en el estado de las de nuestro país, todo eso es un mito, lo único cierto es que el miedo de perder votos por el garantismo penal llevó a que se eleven de esa forma las penas, es más, ya se está hablando de un nuevo aumento de penas porque la delincuencia está volviendo a alarmar a la población.

Siempre es así, los medios de comunicación alarman a la ciudadanía respecto a la falta de seguridad y a la creciente delincuencia, sea o no sea verdad, e inmediatamente la respuesta política es “vamos a aumentar las penas” o “vamos a crear nuevos delitos para que nada quede en la impunidad” porque lamentablemente esas respuestas calman a la gente y es una pena porque cuando estábamos en la constituyente la idea siempre fue

tratar de vaciar las cárceles, enfocarnos en políticas sociales porque las cárceles están llenas de pobres no?, y humanizar el sistema penal, por eso otorgamos tantos indultos a presos en aquel entonces, la idea era ir hacia el garantismo penal en el inicio de la revolución ciudadana, me di cuenta que esa perspectiva había cambiado cuando en una reunión privada con el presidente, cuando yo era Ministro del Interior y le hablé de la política criminal que tenía en mente, yo no creo en las penas elevadas ni para disuadir ni para rehabilitar así que tenía en mente un proyecto garantista y él me dijo “Fernando olvídate de todo eso, a la gente no le gusta escuchar nada de eso, lo que hay que hacer es lo que la mayoría acepte así que dedícate a buscar y encerrar a todo criminal que ande suelto” y entiendo porque si manteníamos el garantismo se iba a generar una opinión pública hostil.

El COIP no es más que otra abdicación más de la revolución ciudadana hacia la derecha porque eso de elevar las penas y criminalizar a todo quien desagrada, en la historia de nuestro país siempre han sido las propuestas de la ultraderecha, de los social-cristianos, así que yo veo al COIP, en su parte especial, como una rendición de la izquierda frente a la derecha por un tema meramente electoral, lo que importó fue elevar a ley el sentimiento masivo de venganza de la población.

2. A eso justo iba mi segunda pregunta, otro de los fines de la pena es la reparación del derecho de la víctima, cómo puede la pena privativa de libertad reparar a la víctima cuando se tratan de bienes imposibles de restituir como en el caso de delitos contra la vida o la libertad? y en ese sentido, considera que la venganza continúa siendo un fundamento de las penas?

Esa es una verdad inconfesable, como el 70% de lo que se hace en este país, como dije, el fundamento de la elevación de penas es ganar votos y ¿cómo se gana votos? recogiendo el sentimiento vengativo de la población y plasmarlo en la norma, otra cosa es lo que pasa en los sistemas penales indígenas como en Guatemala por ejemplo, donde más importante que la retribución es la restitución, por eso es que los indígenas luchan para que a un delincuente de su comunidad no se lo condene en la justicia ordinaria porque nada ganan ellos con el delincuente preso, en cambio por ejemplo en casos de homicidio, el delincuente se debe hacer cargo de todas las obligaciones que tenía la víctima, si era padre de familia estaba fregado porque debía trabajar para proveer a su familia y pagar

todas las deudas que dejó la víctima para no dejar desprotegida a la familia, por eso no les servía de nada que esté encerrado.

3. **Los 15 años de privación de libertad, es el periodo que suele indicarse doctrinalmente como aquél a partir del cual la prisión ya provoca daños irreversibles en la personalidad produciendo un efecto desocializador contrario a la readaptación social, sin embargo en el Ecuador las penas van hasta los 40 años, en ese escenario ¿cómo puede justificarse la rehabilitación y reinserción como otro de los fines de la pena?**

Mira, quiero ser muy claro en esto: la rehabilitación y la reinserción son mitos, se lo dice porque es lo políticamente correcto, es como los buenos modales, se lo dice o hace porque se escucha bonito, pero en las cárceles como las nuestras no rehabilitan nadie, ni el que está 1 año ni el que está 40, porque el sistema de rehabilitación no funciona, cuestión que las autoridades saben pero tampoco les importa mucho mejorarlo. Cuando era ministro del interior pude comprobar lo que siempre se decía acerca de que las cárceles son centros de formación de delincuentes, allí es donde se conocen los delincuentes y comienzan a formar sus mafias, realmente es así, si haces una investigación de nuestras cárceles lo vas a comprobar, y las autoridades lo saben, todos lo saben, pero decir que la cárcel también sirve para rehabilitar es un tema que paradójicamente también le gusta escuchar a la gente, así que se lo dice pero es una completa mentira.

Yo creo en la rehabilitación de los reos pero nunca se va a lograr en un sistema tan contaminado como el nuestro, cómo se puede enseñar a vivir en libertad en un ambiente de privación de libertad? empezando por allí es un absurdo, los aislamientos para rehabilitar nunca funcionan, ni a los delincuentes, ni a los drogadictos ni a los alcohólicos, por eso en Portugal está funcionando un sistema de vigilancia en libertad para la rehabilitación de los drogadictos que es un ejemplo de reinserción social, en Holanda el sistema de probation con penas cortas, cárceles que simulan la vida en libertad y libertad con vigilancia al poco tiempo de cumplida una parte de la pena en cárcel, han llevado a que sus cárceles se vayan quedando vacías al punto de pedir la importación de presos, sería bueno que Ecuador exporte algunos de los suyos para que

ahí si vuelvan rehabilitados y se disminuya el hacinamiento (esto último lo dijo en modo de burla).

4. Entonces entre los fines preventivo-rehabilitadores, considera que sólo los fines preventivos son los que cuentas para el Estado ecuatoriano?

Lo de la rehabilitación es un cuento poco importante en el quehacer del Estado, lo de la prevención es algo que sí desean las autoridades pero no lo encaminan de forma correcta, lo verdaderamente disuasivo es la probabilidad de que se cumpla la pena, no tanto de la duración de la pena, imagínate tú, si te pregunto qué te disuade más, la pena de 100 años pero la probabilidad de que te sentencien del 1% o una pena de 5 años pero con una probabilidad del 100% de que te van a sentenciar? La respuesta es lógica, pero en nuestro país se ha preferido disuadir a través del primer caso, lo que además resulta absurdo porque la punición disuade hasta un cierto nivel, las penas que más disuaden de hecho son las penas cortas, no es lo mismo aumentar penas de 1 a 2 años o de 3 a 5 que de 20 a 25 o 25 o 30, en los dos casos de ejemplo estamos hablando del doble o casi el doble de pena más lo cual asusta, en cambio en los otros casos esos 5 años más no intimidan porque es como dicen los ecuatorianos “muerto por mil, muerto por mil quinientos”, es un tema que los economistas conocen como utilidad marginal decreciente, pero estas observaciones, si bien las hice en su momento en el pleno, poco importaron porque simplemente la disminución de penas es antipopular.

6.1.3. Entrevista a la Asambleísta Gina Godoy

1. Existen 3 teorías sobre el fin de la pena, las teorías absolutas, relativas y eclécticas ¿cuál de éstas escogieron los legisladores para plasmarla en el COIP?

Hemos establecido sanciones con tiempos importantes de privación de libertad, que de hecho la pena máxima es la más fuerte en toda nuestra historia, sin embargo yo personalmente no creo que eso necesariamente modifica la conducta del delincuente, pero recuerde usted que la reforma penal así como toda ley, tiene un contexto, y ese contexto influencia nuestro quehacer, en aquella época fue crucial el asesinato de Karina del Pozo, que conllevó a tipificar el delito de femicidio, para los familiares de la víctima, no hay ni va a haber un sistema de justicia ni una pena que les repare completamente porque no se

les va a devolver al ser querido, de tal manera que la pena nunca va a reparar el daño ocasionado y por otro lado el victimario, el delincuente, nunca reconoce su culpabilidad en el delito, por tanto siempre, y eso lo hemos comprobado en las múltiples visitas que hemos hecho a los centros penitenciarios, “los centros penitenciarios están llenos de inocentes”, nadie reconoce el daño cometido, pero el debate legislativo se da en función del contexto de la demanda ciudadana, del compromiso que nosotros como organización política asumimos frente a la ciudadanía no solamente que establecimos nuevos delitos sino que incrementamos penas, e incorporamos una figura nueva que es la acumulación de penas ya que antes se juzgaba por la pena más grave, bajo el principio de creer que es válido el mensaje a la sociedad y sobre todo a la población que transita diariamente al margen de la ley porque el mensaje llega y esto va a traer como consecuencia el no incurrir en estas conductas, ese fue el contexto, de allí la decisión política de hacer una reforma penal en este sentido, que vino desde nuestra organización (Alianza País), recuerda que el proponente de la reforma fue la función ejecutiva, específicamente el Presidente de la República, de tal manera que esto se manejó desde nuestra organización política, así que en discusiones internas del movimiento se acordó seguir esta línea pese que las tesis o intervenciones de algunos de nosotros no tuvo eco ni acogida por la mayoría de la organización y como organización sabíamos que una vez que se tomaba una postura a la interna ésta debía ser respetada en los debates dentro de la Asamblea y de pronto es hasta imprudente que yo comente lo que pasaba adentro sin embargo creo que es responsable que la ciudadanía lo conozca, especialmente la academia.

2. Hace unos días realicé una entrevista a Fernando Bustamante y él me indicaba que el fundamento para la determinación de las penas largas fue el populismo, el tema político, ¿coincide usted con ese criterio?

Por eso le digo, fue una decisión política a la que Fernando también se sumó, él también votó por el COIP, subimos las penas por la demanda ciudadana, demanda que la acogimos pues la mayoría de nuestros compañeros tiene una comprensión de que un sistema penal fuerte va a disuadir a la delincuencia, pero no hay sistema perfecto, o sea en los países donde hay la mínima intervención también se cometen delitos y delitos execrables así como en otros donde hay la pena de muerte, siguen habiendo delitos execrables, es una cuestión que depende más bien de la cultura que de las leyes, ya ve

usted que pese a haber incluido el femicidio con una pena importante dentro del COIP, en los 3 primeros meses del año 2017 ya vamos 43 femicidios y en el año 2016 cerramos con alrededor de 90, es decir la violencia contra la mujer va en aumento, entonces yo me alegro que topes este tema en tu investigación, que es la dosimetría penal pero es una cosa demasiado teórica que la misma jurisprudencia y la escuela de derecho nos la cuentan, lo verdaderamente importante es abrir el abanico hacia lo que pasa en la cultura que es lo que la academia no analiza, porque no siente que tiene una responsabilidad.

- 3. Una explicación acerca del desarrollo del COIP, primero entiendo que la propuesta fue del Ministerio de Justicia, inicialmente el proyecto fue liderado por Ramiro Ávila, el cual fue criticado como hipergarantista y se lo descartó, así que se preparó otro que fue presentado en la Asamblea en el 2011 en el que se subieron las penas, mi pregunta es, esos dos anteproyectos fueron socializados previamente en el movimiento Alianza País, y ¿según eso se decidió desechar el uno y presentar el otro?**

Claro, mira el anteproyecto liderado por Ramiro claramente era minimalista pero no tuvo respaldo político porque por ejemplo los delitos contra la violencia intrafamiliar no tenían pena de privación de libertad, los delitos sexuales tenían penas que iban de 3 a 6 años, o sea fue descalificado totalmente por Alianza País y por nuestra bancada, o sea un violador debe ir preso no puede ser que si a una mujer se la viola el Estado le diga “vea señora con las disculpas de su violador es suficiente” eso es una desvalorización al bien jurídico violentado, entonces ese proyecto dejaba en total desventaja a la víctima, fue un proyecto que fue trabajado por un grupo de personas del Ministerio de Justicia entre ellas Ramiro pero nunca tuvo respaldo político, nosotros pedíamos más penas, el que sí tuvo nuestro respaldo y por eso fue presentado en la Asamblea fue el que determinaba un techo de hasta 35 años de pena ya que se produjeron algunos hechos como crímenes atroces dentro de la construcción de la reforma que fue como diciéndonos “hay que aumentar las penas” inclusive se hablaba de disminuir la edad de responsabilidad penal pero afortunadamente eso no pasó porque la mayoría nos opusimos, mayoría a la cual me sumo pese a que nos llevó a fuertes discusiones con el proponente, el ejecutivo, pero bueno no pasó, no así con el tema de la interrupción al embarazo que fue una lucha que la perdimos.

Las penas no las fuimos determinando según cada delito sino que una vez que debatimos sobre las conductas fuimos haciendo la ponderación del bien jurídico protegido y a partir de eso decidimos que los tipos penales que tienen mayor sanción son aquellos que atentan contra la vida y la integridad, distinto de por ejemplo delitos contra la propiedad privada, conductas que tendrán una pena menor porque no se puede comparar la vida con la propiedad por ejemplo.

4. ¿Existieron estudios técnicos sociológicos, psicológicos o criminológicos que apunten a que el endurecimiento de las penas conduce a una mayor disuasión del delito?

Hubieron comparencia de expertos, hubieron estudios que leímos cada uno de los legisladores desde nuestra propia experiencia y actividades externas que fueron abonando a la discusión del COIP, la discusión del COIP fue extensa, fue muy rica, ahí hubieron muchas aportaciones de la academia, la academia de Quito estuvo permanentemente presente participando, no así la de la Costa.

5. Otro de los fines de la pena es la reparación del derecho de la víctima, cómo puede la pena privativa de libertad reparar a la víctima cuando se tratan de bienes imposibles de restituir como en el caso de delitos contra la vida o la libertad? y en ese sentido, considera que la venganza continúa siendo un fundamento de las penas?

Algo que nosotros hablamos en el contexto del COIP es la reparación integral a la víctima y eso implica una asistencia de salud emocional también a las víctimas, porque en la medida que se procesa el hecho se logra una sanación propia porque a las víctimas no les ayuda a su reparación quedarse en el evento, así que el sistema penal debe responder para solucionarlo pero ese mismo sistema tiene que demostrarle a la víctima que no está sola y que la sociedad reprocha la conducta de su victimario y también lo sanciona porque eso es parte de su reparación, pero también tiene otras medidas para que esa víctima se pueda reinsertar, reintegrar y retomar su habitualidad con la mayor recuperación posible, entonces hay medidas de restitución para volver al estado en que se encontraba la víctima antes de ser lesionado su bien jurídico, así como la indemnización económica, la devolución del objeto robado dependiendo el caso, o si se trata de un delito sexual cometido en un plantel educativo, el Estado tiene que velar para que cuando la víctima se reintegre a sus actividades académicas no esté expuesta a comentarios

discriminatorios, por eso la reparación integral es fundamental y debe establecerse en la misma sentencia.

6. Los 15 años de privación de libertad, es el periodo que suele indicarse doctrinariamente como aquél a partir del cual la prisión ya provoca daños irreversibles en la personalidad produciendo un efecto desocializador contrario a la readaptación social, sin embargo en el Ecuador las penas van hasta los 40 años, en ese escenario ¿Cómo puede justificarse la rehabilitación y reinserción como otro de los fines de la pena?

El tercer libro del COIP tiene que ver con todo lo referente a la ejecución de penas y su rehabilitación, tiempo en el que es una obligación del Estado darles programas educativos, clasificarlos según su nivel de riesgo para que un asesino no pueda estar con un ladrón de celular por ejemplo, y tal es la importancia que el gobierno de la revolución ciudadana le da a la rehabilitación que tenemos los mejores centros penitenciarios de la historia, en la que los ppls no pierden su dignidad humana, es decir ya no están hacinados en cloacas como era antes, claro está que no son hoteles pero son celdas que tienen su baño, su sanitario, y una cama donde pueden descansar y dormir y las 24 horas de cada ppl está divididos en espacios de educación, de formación, aprender oficios, trabajo, actividad deportiva, e incluso a aquellas personas que ya van a terminar de cumplir su condena, el Ministerio de Justicia les orienta para que tengan una utilidad y un emprendimiento propio porque recuerda también que antes se ocupaba la mano de obra de las personas privadas de libertad y se les daba cualquier cosa, ahora hasta se les enseña cuánto es lo que deben ganar por derecho y cómo deben utilizar esa plata empezando por dividirlo entre ahorro, familia y gasto personal, pero en la cárcel como en la sociedad hay de todo, los que quieren aprender y superarse toman en cuenta todo esto, los que no, continuarán en la violencia como su forma de vida, así que el sistema penitenciario del COIP mira a las personas privadas de libertad como seres humanos dotándolos de vestimenta, de comida, no de manjares pero sí de comida, y de todas las condiciones que mencioné, a diferencia de las alcantarillas en que se encontraban antes.

6.1.4. Entrevista a la Asambleísta Mariángel Muñoz

1. Tras haber leído todas las actas del debate legislativo en torno al COIP, tanto en la Comisión de Justicia, en el Pleno y las observaciones presentadas a la Comisión, no me ha quedado claro un tema, por qué se elevó la acumulación de penas por concurrencia de infracciones de 35 de privación de libertad que establecía el Código Penal anterior a 40 años que establece ahora el COIP? ¿Se basaron en algún estudio?

Bueno, yo creo que es importante partir de algo, si bien es cierto el COIP fue aprobado por la Asamblea Nacional, éste nació de una serie de propuestas legislativas y de la sociedad civil que fueron analizadas por la Comisión de Justicia, así que nosotros en ningún momento para establecer esta pena lanzamos cubitos con números a ver quién da más, algunos sectores de oposición trataron de darle esa visión no? De quién da más, así nos pedían más pena de la que pusimos para los delitos contra la vida, contra la libertad sexual o a su vez la derecha, los social-cristianos, continuaban con su típica propuesta de los 100 años y con la detención indefinida de la prisión preventiva, es decir sin límite en el tiempo, así que frente a eso nosotros tuvimos una lucha fuerte porque nosotros, los asambleístas de Alianza País estábamos conscientes de que no podíamos irnos hacia un incremento lacerado de las penas, además porque debíamos cuidar la proporcionalidad de la dosimetría penal, es así que en ese sentido nosotros acogimos las sugerencias que procedieron de una consultoría que pidió la Comisión de Justicia y Estructura del Estado, pidió la Asamblea Nacional, y fue realizada por Muñoz-Conde, un abogado que me parece que es de España, él nos envió un análisis de las penas que nosotros estábamos proponiendo y las sugerencias que él hacía en base a la dosimetría penal. Por qué razón se incrementaron las penas en algunos delitos? Precisamente por la valoración al bien jurídico protegido y por la lesión o la violación al derecho que estaba siendo protegido y en este sentido, se elevaron las penas para los delitos de lesa humanidad, por eso esos delitos son los más gravemente sancionados en su tipificación, recuerda que muchos de esos delitos antes no estaban tipificados, entonces qué es lo que pasaba cuando había una acumulación de delitos y uno de ellos era uno de lesa humanidad, no podía quedar en 30 años o 35 años entonces de acuerdo a la proporcionalidad incluso numérica, si a la tortura

le sumas un caso de violación o un caso de muerte pues no podían los dos tipos penales llegar a una acumulación de 30 o 35 años porque estaríamos dejando en la impunidad digamos una suerte de concurso de delitos o delitos conexos, así que frente a esto nosotros planteamos los 40 años, que era la propuesta más baja que pedían los sectores sociales y los mismos asambleístas en relación a la pena más grave, ya que como te dije iban propuestas de hasta cadena perpetua, especialmente desde la derecha, así que fue una lucha poner esa pena que la decidimos desde nuestra organización.

2. El primer anteproyecto del COIP lo dirigió Néstor Arbito y Ramiro Ávila, sin embargo ese no fue el proyecto que se presentó en la Asamblea Nacional, al contrario se lo desechó y en su lugar presentó uno a la cabeza de José Serrano ¿usted tiene conocimiento de por qué sucedió esto?

Bueno, yo en ese tiempo era miembro de la Comisión, no era su Vicepresidenta, quienes eran los que se reunían con el Ejecutivo antes de que se presente el proyecto eran Mauro y Gina ya que ellos estaban a la cabeza de la comisión, así que yo no tengo conocimiento de que por qué se habría decidido mandar a que se haga otro en lugar del que habían hecho Nestor y Ramiro, eso fue una decisión que tomaron el ejecutivo con los líderes de la Comisión **P: Gina Godoy me comentó que lo había decidido el bloque de Alianza País, ¿no fue así?** No, eso nunca se trató en el bloque, eso se trató únicamente entre el Presidente Correa y las cabezas de la Comisión o sea su Presidente y Vicepresidenta, y tal vez con el Ministro de turno, pero más allá de que no se haya presentado el proyecto tal cual era el Código Orgánico de Garantías Penales, sí nos sirvió muchísimo para el debate, hubo muchos temas de ahí que lo recogimos en el COIP no porque haya sido iniciativa de ellos presentarla aquí por escrito ni mucho menos, sino que ya correspondía a responsabilidad de cada uno de los asambleístas es decir coger el libro porque había todo un libro, una publicación, con análisis, fundamentos y argumentos muy válidos y asumir el reto como una defensa acá en la comisión, esa no era una cuestión como para decir a todos los medios bueno yo estoy recogiendo la propuesta que hicieron los compañeros inicialmente, no pero ya es una cuestión más de responsabilidad propia de cada uno de los asambleístas entonces yo te pongo un ejemplo, te confieso que yo lo hice y sé que muchos otros asambleístas también lo hicieron, recogiendo varios temas de la propuesta que fue socializada por el Ministerio de Justicia.

- 3. Los 15 años de privación de libertad, es el periodo que suele indicarse doctrinalmente como aquél a partir del cual la prisión ya provoca daños irreversibles en la personalidad produciendo un efecto desocializador contrario a la readaptación social, sin embargo en el Ecuador las penas van hasta los 40 años, en ese escenario ¿cómo puede justificarse la rehabilitación y reinserción como otro de los fines de la pena establecidos tanto en el COIP como en la Constitución y en el Pacto de San José?**

Bueno, si bien es cierto yo creo que mientras más tiempo esté una persona privada de la libertad en una cárcel, en un centro de rehabilitación, menor efecto positivo puede tener en su vida, por eso yo no creo en el poder disuasivo del delito en la gravedad de la pena, no podemos decir, ah porque le pongo 100 años al femicidio ya no va a haber femicidio, no así le pongamos pena de muerte igual va a suceder, entonces yo creo que hay que hacer un análisis integral del Código Orgánico Integral Penal porque el proceso de rehabilitación ha cambiado, de eso tenemos que estar absolutamente conscientes, el proceso de rehabilitación que tiene una persona es totalmente distinto al que antes teníamos, creo yo y tengo la esperanza de que mucha gente que está ahí cumpliendo una pena está realmente rehabilitándose, confío en eso, habría que hacer un análisis de eso, para saber cuál es la terapia, cuáles son los procesos inclusivos que se está haciendo a las personas que están cumpliendo una pena, pero además un tema importante a valorar son las etapas en el cumplimiento de la pena, es decir no todos los años a los que se le condenó en sentencia va a estar realmente privado de la libertad, sino que hay etapas que de acuerdo a la pena se va cumpliendo los planes de rehabilitación y se pueden ir incluyendo o incursionando en la sociedad y en ese sentido, digamos si son 15 años que va a estar permanentemente en la cárcel, digamos en el sistema cerrado, significa que está cumpliendo una pena de 30, 40 años, o sea ya es un delito sumamente grave, entonces no es que una persona que tenga una pena de 15 años, los 15 años va a estar dentro de centro de rehabilitación, sino que hay que fijarse muy bien en los regímenes que están en el código, que es el abierto, el semiabierto y el cerrado, entonces en ese sentido, creo que muy pocas personas, salvo los que han cometido los delitos más graves, van a estar los 15 años o más en el centro de rehabilitación pero como digo, el centro de rehabilitación tiene que garantizar la rehabilitación, a través del tratamiento, la terapia psicológica y más,

para que tengamos personas que salgan del cumplimiento de la pena con la posibilidad de rehacer su vida

4. Hace unos días realicé una entrevista a Fernando Bustamante y él me indicaba que el fundamento para la determinación de las penas largas fue el populismo, el tema político, ¿coincide usted con ese criterio?

Yo creo que no hay penas largas en el código porque si vos analizas incluso a nivel regional, y comparas los años de las penas no creo que nosotros tengamos más, mas bien estamos en un término medio y un término medio que está acorde con la consciencia social, o sea cómo le puedes, a una madre cuya hija perdió a manos de su novio o de su esposo decirle sabes que diez añitos no más va a estar el asesino de su hija, que con los diferentes regímenes que existen en el proceso de rehabilitación va a estar 5 años adentro y luego va a entrar en proceso de incorporación dentro de la sociedad entonces uno como legislador tiene una responsabilidad enorme, no caer en el populismo penal, a eso es a lo que nos querían llevar, y realmente fue una lucha fuerte, y yo te digo, no solamente de parte de los asambleístas de Alianza País, sobretodo sí de nosotros, pero ahí junto a nosotros estuvieron defensores de los Derechos Humanos catedráticos, abogados, juristas, mujeres, y diferentes grupos sociales que defendían esto, ya que por un lado no solamente te pedían 100 años por acumulación de penas sino también te ponían propuestas como tratar a los adolescentes como adultos y condenarles con la misma severidad a adolescentes y adultos, entonces cuando vemos el código penal y vemos que tenemos hasta 40 años de acumulación de pena, uno dice ¡wow, es media vida!, pero hay que fijar más el análisis de por qué y el por qué se debe a una cuestión de la sociedad, o sea el código penal no es un código que exclusivamente tiene que ver el lado de la víctima o de la persona procesa y sentenciada eventualmente, sino que tiene que ver también con cómo puedes proveer una estabilidad sociológica y psicológica en comunidad, porque decirles al Ecuador, saben que, desde ahora en adelante todas las penas se van a reducir a la mitad, ah perfecto, vamos a gastar menos en centros de rehabilitación, las personas van a salir más pronto, probablemente ya se rehabiliten más pronto, menos años en el centro de rehabilitación garantiza una rehabilitación más rápida, pero qué dice la sociedad ante eso, también las leyes se deben a la sociedad, aquí nuestra sociedad ecuatoriana, latinoamericana, no podía dirigirse a esos ideales de mínima intervención penal porque

eso no va con nuestra idiosincrasia, con nuestra sociedad mismo, porque finalmente dirían “no pues estos asambleístas que son pro-delincuentes, etc., ya cayeron en lo más utópico, el hipergarantismo”.

5. Considera que el estudio de Muñoz-Conde fue suficiente para determinar la dosimetría penal en el COIP, o piensa que faltaron otros estudios técnicos de índole como sociológicos, psicológicos o criminológicos que apunten que el endurecimiento de las penas conducen a un mayor control del delito ya que la prevención general que es una finalidad de la pena contemplada en el COIP?

Sí, totalmente, yo creo que sí, eso nos faltó pero nunca es tarde para volver a hacer un análisis de la dosimetría penal (...), especialmente debemos hallar la forma de sancionar ciertas conductas pero no necesariamente envolverlas en el ámbito penal, por ejemplo en los casos de violencia intrafamiliar, porque muchos delitos no son denunciados porque las esposas, hijas o hijos no quieren meter a la cárcel a su esposo o padre pero no hallan en la ley una solución para frenar estos abusos, así también vemos mucha violencia en las redes sociales, en la escuela, en la casa, etc., al punto que la violencia a se ha vuelto algo normal, así que debemos llegar a la solución de frenar estas olas de violencia, para poner a la disposición de las personas que la sufren, mecanismos que los ayuden, pero que a la vez las medidas de sanción sean acorde a estos daños, no se si penales o civiles, eso sería bueno descubrirlo con los estudios que apuntas en tu pregunta también, de forma que las sanciones sean proporcionales, y a propósito también sería bueno reformar algunos delitos cuyas penas son demasiado exageradas como por ejemplo el tráfico de combustible en las fronteras 5 años, 8 años, estamos hablando de algo proporcional o no? Por supuesto que es desproporcional y qué lástima que esta asamblea no pudo, por falta de quorum en la comisión, proceder con esa reforma, esa propuesta se quedó ahí para la próxima asamblea y nosotros nos quedamos cortos de brazos porque claro les rogamos que vengan a los asambleístas para tener quorum pero no venían **P: Pero si la mayoría era de Alianza País...** R: Claro, pero faltaban, al menos hubiésemos podido llegar al primer debate pero no hubo quorum, pero bueno quien sabe, fue lo mejor, para que la nueva comisión coja todo lo que dejamos propuestos y así, inclusive darse tiempo para hacer una reforma integral investigando bien el tema de la dosimetría penal.

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE ABOGADOS (TERCER NIVEL)
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Mikaela Andrade Rodríguez, con C.I. 172233497-4, autora del trabajo de graduación intitulado: “Determinación legislativa de las penas privativas de libertad en el Código Orgánico Integral Penal”, previa a la obtención del grado académico de ABOGADA en la Facultad de JURISPRUDENCIA:

1. Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.
2. Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través del sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la universidad.

Quito, 11 de julio de 2017



C.I.: 172233497-4


REPÚBLICA DEL ECUADOR
 DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL,
 IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CÉDULA DE CIUDADANÍA No. **172233497-4**

APELLIDOS Y NOMBRES
ANDRADE RODRIGUEZ ZORAYA MIKAELLA

LUGAR DE NACIMIENTO
PICHINCHA QUITO
SANTA PRISCA

FECHA DE NACIMIENTO **1994-04-09**
 NACIONALIDAD **ECUATORIANA**
 SEXO **MUJER**
 ESTADO CIVIL **SOLTERO**




INSTRUCCIÓN **BACHILLERATO** PROFESIÓN / OCUPACIÓN **ESTUDIANTE** E3333V1122

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE **ANDRADE E JORGE WASHINGTON**

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE **RODRIGUEZ L ZORAYA ALEXANDRA**

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
QUITO 2017-05-09

FECHA DE EXPIRACIÓN
2027-05-09

IGM 17 01 751 03

001324135

 DIRECTOR GENERAL

 FIRMA DEL CEDULADO




REPÚBLICA DEL ECUADOR
CERTIFICADO DE VOTACIÓN, DUPLICADO,
EXENCIÓN O PAGO DE MULTA

Elecciones Generales 2017 Segunda Vuelta
 172233497-4 004 - 0068

ANDRADE RODRIGUEZ ZORAYA MIKAELLA
PICHINCHA QUITO
SAN JUAN BARRIO LARREA
 D USD: 0

DELEGACION PROVINCIAL DE PICHINCHA - 00832
5212704 10/07/2017 15:01:25

IMP. IGM. 08-16 es