



ESCUELA DE JURISPRUDENCIA

Tema:

“LA COMPENSACIÓN RACIONAL EN LA VALORACIÓN DE LAS
ATENUANTES Y AGRAVANTES EN LA APLICACIÓN DE LA PENA SEGÚN
EL COIP”

Proyecto de Investigación previo a la obtención del título de Abogada

Línea de Investigación:

Fundamentos y Principios del Derecho y sus aplicaciones

Caracterización técnica del trabajo:

Investigación

Autora:

GARDENIA NOEMÍ SEGOVIA NARANJO

Director:

Ab. Edgar Santiago Morales Morales

Ambato - Ecuador

Diciembre 2017

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

SEDE AMBATO

HOJA DE APROBACIÓN

Tema:

“LA COMPENSACIÓN RACIONAL EN LA VALORACIÓN DE LAS ATENUANTES Y AGRAVANTES EN LA APLICACIÓN DE LA PENA SEGÚN EL COIP”

Línea de investigación:

Fundamentos y Principios del Derecho y sus aplicaciones

Autora:

GARDENIA NOEMÍ SEGOVIA NARANJO



BIBLIOTECA

Edgar Santiago Morales Morales; Ab.

CALIFICADOR

f.

David Alejandro Arroba López; Mg.

CALIFICADOR

f.

Edgar Washington Fiallos Paredes; Mg.

CALIFICADOR

f.

Diego Gonzalo Coca Chanalata, Dr.

DIRECTOR ESCUELA DE JURISPRUDENCIA

f.

Hugo Rogelio Altamirano Villarroel, Dr.

SECRETARIO GENERAL PUCESA



SECRETARÍA GENERAL
PROCURADURÍA

Ambato - Ecuador

Diciembre 2017

DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD Y RESPONSABILIDAD

Yo, Gardenia Noemí Segovia Naranjo, portadora de la cedula de ciudadanía No. 0503340838, declaro que los resultados obtenidos en el proyecto de titulación y presentados en el informe final, previo a la obtención del título de Abogado, son absolutamente originales y personales.

En tal virtud, declaro que el contenido, las conclusiones y los efectos legales y académicos que se desprenden del trabajo propuesto, y luego de la redacción de este documento, son y serán de mi sola y exclusiva responsabilidad legal y académica.


GARDENIA NOEMÍ SEGOVIA NARANJO
C.I 0503340838



Pontificia Universidad
Católica del Ecuador

BIBLIOTECA

Agradecimiento

A Dios

A mis padres por su apoyo incondicional en mi formación académica

A mis hermanos y mi familia.

Al Dr. Santiago Morales que en su calidad de Director del presente proyecto de investigación ha aportado con su experiencia, conocimientos y consejos.

A cada uno de los profesionales que han sido parte de este recorrido universitario con su conocimiento y guía día a día.

Dedicatoria

A mis abuelitos que en paz descansen

A mis padres Luis Aníbal Segovia y Georgina Naranjo por su esfuerzo y dedicación para apoyarme en el transcurso de mi carrera.

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación, se pretende analizar la compensación racional en la valoración tanto de las atenuantes como de las agravantes en la aplicación de la pena de acuerdo al Art. 44 del Código Orgánico Integral Penal (2014) que establece el mecanismo de aplicación de las circunstancias modificatorias de la pena, se identificarán los fundamentos teóricos científicos que influyen en la *compensación racional* de las circunstancias realizando un análisis de su aplicación según el COIP; utilizando la metodología bibliográfica-documental se permitirá a la sociedad el conocimiento acerca de la incidencia de los agravantes y atenuantes en la proporcionalidad de la pena como un aporte que garantice la aplicación plena de derechos y responsabilidades tanto para la víctima como para quien ha cometido una falta contemplada o calificada como delito en el sistema penal ecuatoriano visto que en el marco de oportunidad que tiene el procesado para acceder de manera justa e igual a las circunstancias atenuantes y agravantes, se ve limitado por la imperatividad de agravantes sobre atenuantes que un marco de igualdad, de no discriminación, de proporcionalidad, entre otros aspectos resulta una vulneración al acceso de la justicia.

Palabras Clave: compensación racional, atenuantes y agravantes, valoración de la pena, proporcionalidad

ABSTRACT

This study aims to analyze fair set-offs when assessing both aggravating and mitigating circumstances in the application of sentences according to Art 44 of the Integral Organic Penal Code (2014) which establishes the mechanism of application of the modification circumstances of the sentence. The theoretical scientific foundations that influence fair set-offs on the circumstances will be identified by carrying out an analysis of their application according to the IOPC. By using bibliographical documentary methodology, society will be able to be aware of the impact of aggravating and mitigating circumstances in the proportionality of sentencing as a contribution that guarantees the full application of rights and responsibilities for both the victim and the person who has committed a contemplated offence or one that qualifies as a crime in the Ecuadorian penal system since the framework of opportunity that the defendant has to access aggravating and mitigating circumstances justly and equally is limited due to the imperativeness of aggravating over mitigating than a framework of equality and not discrimination, of proportionality, among other aspects, resulting in a violation to the access of justice.

Key words: fair set-off, aggravating and mitigating, sentencing evaluation, proportionality

TABLA DE CONTENIDOS

Preliminares.....
DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD Y RESPONSABILIDAD.....	iii
Agradecimiento.....	iv
Dedicatoria.....	v
RESUMEN	vi
ABSTRACT.....	vii
INTRODUCCIÓN	12
CAPÍTULO I	3
FUNDAMENTOS TEÓRICOS.....	3
1.1. Antecedentes.....	3
1.3. Preguntas Básicas.....	5
1.4. Objetivos.....	6
1.4.1. General.....	6
1.4.2. Específicos.....	6
1.5. Pregunta de investigación	6
1.6. Estado del arte.....	7
1.7. Variables	15
1.8. Desarrollo de los fundamentos teóricos	16
1.8.1. Evolución histórica del Derecho Penal	16
1.8.1.1. Escuelas Filosóficas Penales	17
1.8.1.1.1. Escuela Positiva	17
1.8.1.1.2. Escuela Clásica:	18
1.8.1.1.3. Finalismo:	20
1.8.2. Ciencias Penales.....	22
1.8.3. Política Criminal	23
1.8.4. Derecho Penal	24
1.8.4.1. Bien Jurídico:	26
1.8.5. Criminología	27
1.8.6. Criminalística.....	28
1.8.7. Derecho penitenciario	28
1.8.8. El ius puniendi	29
1.8.8.1. Principio de mínima intervención y límites al poder punitivo del Estado	31
1.8.9. Interpretación de la ley penal	33

1.8.10. Competencia de los jueces de garantías penitenciarias	34
1.8.11. Humanización de la ley penal	35
1.8.13. Infracción Penal	37
1.8.14. El Delito	38
1.8.14.1. Conceptualización	38
1.8.14.2. Teoría del delito	39
1.8.14.3 Elementos del delito:.....	41
1.8.14.3.1. Tipicidad:	41
1.8.14.3.2. Antijuricidad:	43
1.8.14.3.3. Dolo:	44
1.8.14.3.4.1. El error de tipo:	45
1.8.14.3.4.2. El error de prohibición:	46
1.8.14.3.5. Culpa:	47
1.8.14.3.6. Acción u Omisión	48
1.8.15. La Pena.....	49
1.8.15.1. Finalidad	50
1.8.15.2. Valoración.....	51
1.8.15.3. Individualización.....	52
1.8.15.4. La Racionalidad	53
1.8.16. La Compensación Racional	53
1.8.17. Circunstancias Modificadoras.....	54
1.8.18. Atenuantes y Agravantes	56
1.8.18.1. Evolución Histórica.....	56
1.8.18.2. Conceptualización.....	57
1.8.18.2. Mecanismos de aplicación	58
1.8.18.3. Ejemplo de aplicación:.....	58
1.8.19. Principios Fundamentales	59
1.8.19.1. Principio de proporcionalidad.....	60
1.8.19.2. Principio de legalidad.....	60
1.8.19.3. Principio de culpabilidad	62
1.8.19.4. Principio de prohibición de doble valoración	63
1.8.20. Derecho Comparado	64
1.8.20.1. Chile.....	64
1.8.20.2. Venezuela.....	66
1.8.20.3. Brasil	67
1.8.20.4. Bolivia.....	68
.....	69

CAPITULO II.....	69
METODOLOGÍA.....	70
2.1. Metodología de la investigación.....	70
2.1.2. Método Específico.....	71
2.1.3. Técnica e Instrumento.....	71
CAPITULO III.....	73
RESULTADOS.....	73
3.1. Justificación:.....	73
3.2. Presentación de resultados.....	73
Tabla 3.1. Resultados.....	73
3.3. Entrevistas.....	74
3.4. Análisis General:.....	86
CAPITULO IV.....	89
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	89
4.1. CONCLUSIONES.....	89
4.2. RECOMENDACIONES.....	91
BIBLIOGRAFÍA.....	92
APENDICE.....	98
ANEXOS.....	99

TABLA DE GRÁFICOS

Tablas

Tabla 3.1. Resultados	73
Tabla 3.2. Circunstancias modificativas	74
Tabla 3.3. Compensación del mecanismo de aplicación.....	76
Tabla 3.4. Culpabilidad para la racionalidad	78
Tabla 3.5. Anulación simultanea de atenuantes y agravantes	80
Tabla 3.6. Límites de interpretación	82
Tabla 3.7. Agravantes sobre los mínimos de la pena de acuerdo a la gravedad del delito	84

Gráficos

Gráfico 3.1. Conocimiento de la compensación	75
Gráfico 3.2. Mecanismo de aplicación.....	77
Gráfico 3.3. Individualización de la pena y racionalidad de la compensación	79
Gráfico 3.4. Presentación simultanea de circunstancias	81
Gráfico 3.5. Límites de interpretación	83
Gráfico 3.6. Aplicación de circunstancias de acuerdo a la gravedad del delito	85

INTRODUCCIÓN

El Código Orgánico Integral Penal tipifica el mecanismo de aplicación de las circunstancias atenuantes y agravantes aplicables a todos los tipos penales en su Art. 44 en el que las circunstancias atenuantes dan lugar a la reducción de la pena normalmente aplicable, siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos en la ley; mientras que por el contrario las circunstancias agravantes tienden a elevar la penalidad del delito; sin embargo la presentación de atenuantes no tiene un impacto similar en la medición de la pena al de la presentación de agravantes, puesto que se necesitan de dos atenuantes para que el juez considere la reducción de la pena al mínimo previsto menos un tercio y la sola presencia de una agravante significa el máximo de la pena más un tercio, dejando incluso sin efecto las atenuantes presentadas por lo que la determinación de la pena resulta un injusto bajo estos parámetros. Bajo este contexto el presente trabajo de investigación, cuenta con los siguientes capítulos en su estructura: En el Capítulo I se evidencia el estado del arte con las investigaciones relacionadas al tema de estudio, en cuanto se analiza y se toma en cuenta temas como la determinación de la pena, la proporcionalidad, las circunstancias modificatorias, el delito, etc. que conllevan al desarrollo de la fundamentación teórica en donde se amplía la descripción de los conceptos con un análisis intrínseco al problema de investigación que como fue mencionado se sustenta en la desproporcionalidad del mecanismo de aplicación de las circunstancias atenuantes frente a las agravantes, logrando así alcanzar los objetivos planteados.

El capítulo II, describe la metodología utilizada, la misma que parte de un enfoque crítico positivo de carácter cualitativo con la singularidad de bibliográfica documental utilizando como método general el método deductivo y como específico el método

dogmatico-exegetico; se detalla también como técnica e instrumento de investigación la entrevista dirigida a profesionales del derecho penal y jueces que con sus criterios aportan a la investigación en cuanto refiere a la compensación racional de las atenuantes y agravantes en la aplicación de la pena; es así como el Capítulo III desarrolla el análisis y los resultados de las mencionadas entrevistas que arrojan como respuesta el conocimiento del tema y la presencia del problema; concluyendo que para la determinación de la pena tanto las circunstancias atenuantes como agravantes deberían tener la misma potestad cuantificadora y calificadora en un delito, adquiriendo igual peso e influencia en la operación de la compensación, se respalda así la investigación con las referencias y los correspondientes apéndices.

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS TEÓRICOS

1.1. Antecedentes

El Derecho Penal desde tiempos inmemorables a impuesto penas que han venido evolucionando de la mano con los Derechos Humanos y el desarrollo del derecho mismo, eliminando aquellas que como en la Ley del Tali3n promovían la pena de muerte, la venganza divina, la venganza p3blica, entre otras que m3s all3 de ser un castigo para la persona que cometía un delito en contra de su dignidad misma siendo muchas de las penas inhumanas y crueles. En la actualidad el Derecho Penal se fundamenta en los principios y garantías buscando la rehabilitaci3n social de la persona para su reintegraci3n a la sociedad con penas justas y eficaces para lo que la compensaci3n racional en la medici3n de la pena es probablemente la actividad m3s importante y difícil de un juez penal que tiene la labor de establecer la proporcionalidad entre la gravedad del delito y de la pena incluyendo las circunstancias modificadoras de la pena como las atenuantes y agravantes que se encuentran como sucesos previos, actuales y posteriores al cometimiento del delito que el juzgador debe aplicar de manera correcta. Sin embargo, la evoluci3n del derecho y los derechos a3n mantienen d3ficits de aplicaci3n en raz3n de las concepciones sociales que en un marco normativo siguen reflejando los pensamientos arcaicos de juzgar desmedidamente un delito y no discernir cuando a pesar del cometimiento del mismo la persona infractora actúa de tal manera de tratar de enmendar su error, de reconocer el mismo y enfrentar su responsabilidad a esto se refiere cuando infiere en circunstancias atenuantes que en nuestro C3digo Org3nico Integral Penal tienen cierta

desventaja frente a circunstancias agravantes que de manera drástica aumentan el tiempo de la pena y pueden hacer que las atenuantes pasen por desapercibidas frente a un sinnúmero de actos contrarios.

1.2. Descripción del problema

Frente a la aplicación del Código Orgánico Integral Penal en el sistema judicial ecuatoriano es necesario ver a la práctica penal como un mecanismo que permite desarrollar aportes que contribuyen a la correcta interpretación y ejecución en la determinación de penas justas y proporcionales según el delito cometido y al entorno circunstancial antes, durante y después del cometimiento; para el efecto en la medición de la pena la compensación racional llega a convertirse en una forma de reconocer su responsabilidad penal ante el Estado y los individuos con el cumplimiento de una condena tipificada de acuerdo al tipo penal, pero que puede ser modificada por circunstancias atenuantes y agravantes.

El Art. 44 del Código Orgánico Integral Penal (2014) establece los mecanismos de aplicación de atenuantes y agravantes que se consideran en la imposición de la pena, sin tomar en cuenta los elementos que integran la figura delictiva; es así como dos circunstancias atenuantes de la pena conllevan a que se le asigne a la persona procesada el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción; sin embargo con la presencia de una sola circunstancia agravante no constitutivas o modificatorias de la infracción, se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio.

Las circunstancias atenuantes dan lugar a la reducción de la pena normalmente aplicable siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos en la ley, mientras que por el contrario las circunstancias agravantes tienden a elevar la penalidad del delito; sin embargo la presentación de atenuantes no tiene un impacto similar en la medición de la pena al de la presentación de agravantes, puesto que se necesitan de dos atenuantes para que el juez considere la reducción de la pena al mínimo previsto menos un tercio y la sola presencia de una agravante significa el máximo de la pena más un tercio, dejando incluso sin efecto las atenuantes presentadas; es decir la proporcionalidad de la pena cambia drásticamente en el tiempo de la condena al considerar más una circunstancia agravante que una atenuante poniendo en cierta desventaja al victimario quien dentro del proceso penal también es un sujeto de derechos y su actuación delictiva debe ser analizada desde el punto de vista humano y legal, si bien es cierto el procesado se encuentra inmerso en garantías penales que buscan que el sujeto responda penalmente por un delito pero que eso no conlleve a vulnerar otros derechos inherentes que le siguen perteneciendo, pero en la realidad pesan más sus actuaciones malas que buenas teniendo más tendencia a incrementar su pena que reducirla.

Weezel (1997) en relación plantea que “así, no sería posible para el juez compensar racionalmente dos atenuantes con una agravante por considerar que ésta manifiesta un grado excepcional de reprochabilidad, y luego imponer el máximo de pena dentro del grado así establecido, precisamente en base a esta misma consideración” (pg. 466)

1.3. Preguntas Básicas

¿Cómo aparece el problema que se pretende solucionar?

Aparece con el Código Orgánico Integral Penal que tipifica seis atenuantes y una trascendental y diecinueve agravantes que son circunstancias modificadoras de la pena de manera general.

¿Por qué se origina?

Porque el procesado no se encuentra en las mismas condiciones para acceder a atenuantes como gravantes y éstas cubren en su mayoría cualquier acción y el COIP no es justo en su planteamiento.

1.4. Objetivos

1.4.1. General

- Analizar la compensación racional en la valoración de las atenuantes y agravantes en la aplicación de la pena según el COIP

1.4.2. Específicos

- Diagnosticar el proceso de juzgamiento y la determinación de la pena en los procesos penales.
- Fundamentar la influencia de la aplicación de atenuantes y agravantes en la medición de la pena.
- Establecer fundamentos teóricos y científicos que influyen en la compensación racional de las atenuantes y agravantes conforme al garantismo penal.

1.5. Pregunta de investigación

¿Se cumple con el principio de proporcionalidad en la compensación racional para la valoración de la pena con la aplicación de atenuantes y agravantes?

1.6. Estado del arte

La investigación de Mañalich (2009) denominada ¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad penal? Realizado por el departamento de estudios consiste en un informe en derecho acerca del carácter facultativo u obligatorio de la rebaja de pena que determinadas reglas del Código Penal prevén para el caso en que concurren dos o más circunstancias atenuantes, y ninguna circunstancia agravante.

Difiere de tema de investigación porque más allá de analizar la rebaja o el aumento de la pena por circunstancias atenuantes o agravantes se pretende enfocarse en el marco de oportunidad que tiene el procesado para acceder de manera justa e igual a las circunstancias atenuantes y agravantes.

Chávez, N. (2015) hace referencia a las circunstancias genéricas que determinan la pena judicial en los procesos penales, uno de los principales aportes y conclusiones es señalar que las circunstancias atenuantes, que determinaron las penas en la sentencias de terminación anticipada, fue la carencia de antecedentes penales.

Efectivamente uno de los atenuantes que se toman en cuenta a la hora del juzgamiento y sentencia puede ser la ausencia de antecedentes penales, sin embargo lo contrario sería un agravante que puede incidir más en el incremento de la pena que en la rebaja respectivamente.

Oliver, G. (2012) expone ciertos criterios que argumentan la necesidad de lograr una aproximación a la unificación de penas, es decir señala la necesidad de regular la pena de forma tal que el conjunto de penas no pueda exceder de aquella que hubiera correspondido de haberse juzgado conjuntamente los delitos, sin tomar en cuenta los atenuantes o agravantes.

Difiere con el tema presentado ya que en este caso el autor considera que en determinados casos penales los atenuantes o agravantes no deberían modificar la sentencia en vista de que al existir varios delitos se procedería a obtener una pena unificada en la que no tendrían cabida ninguno de los elementos judiciales señalados para influir en el incremento o disminución de la pena.

Solano, F. (2015) hace un enfoque a los casos de accidentes de tránsito y señala que se debe considerar el auxilio y la ayuda inmediata proporcionada a la víctima, como atenuante trascendental para proteger el derecho a la vida de la víctima.

Contribuye a mi investigación en razón de que permite considerar en un caso puntual la importancia de una atenuante que en un determinado momento puede salvar la vida de la víctima.

Tandazo, M. (2012) habla de la inconstitucionalidad de la exclusión de atenuantes en delitos sexuales y de trata de personas; frente al debido proceso lo cual transgrede el derecho a la igualdad ante la ley, los victimiza por discriminación, y atenta contra la seguridad jurídica y la eficacia de la administración de justicia.

El principio citado aporta significativamente a determinar la importancia en incidencia que puede tener la presentación de atenuantes o agravantes en la determinación de la pena.

Etcheberry, Derecho Penal Parte General, Tomo II es más aparente que real, ya que de ningún modo podría el tribunal recorrer toda la extensión de la pena. A falta de regla directa, debe aplicarse la misma que para el caso de concurrir una atenuante sin agravantes, o sea, se impide aplicar el máximo de la pena.

Contribuye a la investigación puesto que se enfoca en como de manera directa cambia el tiempo de la pena por circunstancias atenuantes y agravantes; y el acceso a estas.

Weezel (1997) se enfoca en la imposibilidad del juez en compensar racionalmente dos atenuantes con una agravante por considerar que ésta manifiesta un grado excepcional de reprochabilidad, y luego imponer el máximo de pena dentro del grado así establecido, precisamente en base a esta misma consideración.

Difiere de la presente investigación porque para llegar a esta imposibilidad del juez el problema surge con anterioridad en la misma composición de la regla positiva que no prevé sino obliga de manera desigual y es lo que se pretende abordar.

La Revista Chilena de Derecho (1997) habla de la medición de la pena, el proceso de la misma y la clase de reacción penal frente a la intervención de un hecho punible.

Contribuye con la investigación en razón de que permite el conocimiento más amplio del proceso de determinación de la pena de acuerdo a los tipos penales y se podrá analizar la influencia de atenuantes y agravantes en esta determinación.

Londoño (2016) en su estudio de las circunstancias de agravación punitiva en el derecho penal colombiano. Una propuesta interpretativa a la luz del principio de non bis in ídem, pretende desarrollar una propuesta de interpretación restrictiva de la aplicación del sistema de circunstancias de agravación de la responsabilidad en el Derecho penal colombiano, con especial acento en las circunstancias genéricas de agravación punitiva, teniendo como referente interpretativo el principio constitucional de non bis in ídem.

Aporta en la investigación porque ayuda a la comprensión de que la presencia de determinada circunstancia de agravación penal en el delito, es que en su íntima relación con los presupuestos que integran la responsabilidad penal, ésta, es decir, la circunstancia modificativa, represente una afectación adicional en relación con el bien jurídico tutelado, porque de otra manera no sería posible admitir la circunstancia por hallarse injustificada al compás de los postulados que propugnan por la mínima intervención del Derecho penal.

Cobo, Antón & Quintana en Derecho Penal, Parte General II afirma que las circunstancias modificadoras ofrecen al juez la posibilidad de adaptar el esquema abstracto del precepto al caso concreto y al delincuente en particular.

Se distingue y contribuye en la investigación en razón de que la presencia de circunstancias modificadoras ofrecen al juez de garantías penales la posibilidad de analizarlas de acuerdo al caso y el delito lo que conlleva a una facultad de él en aplicarlas con la interpretación.

Gómez, Perichinsky & Garcia (2001) se inmiscuye en un prototipo de un Sistema Experto Legal para la Individualización y Acuerdos para Penas en el que el objeto es asistir a los operadores de justicia: jueces, fiscales y defensores del fuero penal en el proceso de individualización de la pena.

Es relevante porque tiene un comportamiento predictivo, explicativo y adaptativo en los criterios decisorios, pues se pretende que el proceso de graduación de pena pueda ser más predecible, consistente y fundado en base a las pautas de valoración que fijan los códigos penales.

González (1987) en su investigación de la teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal se enfoca en la compatibilidad e incompatibilidad de las circunstancias atenuantes y agravantes de acuerdo a los tipos penales.

Aporta a la investigación por que se estudia como las circunstancias modificadoras de la pena pueden o no encajar de manera correcta en los delitos en concreto; en razón de que no todos los delitos pueden ser susceptibles de contraer las mismas atenuantes y agravantes que se encuentran tipificadas de manera general.

Maliandi (2002) en compensaciones desequilibrantes expone como en base a la compensación en general se han iniciado los procesos de violencia, se han generado delitos, y creado personas criminales.

Es importante estudiar cómo ha sido visto a través del tiempo la compensación racional que remotamente se aplicaba en los trabajos, aportes al hogar y que a través del tiempo

han sido promotores de desigualdad; pero que a la actualidad la compensación racional se inmiscuye en el campo penal para la responsabilidad adecuada del procesado ante el estado por las infracciones penales.

Enríquez y Jiménez (2010) exponen los aspectos psicosociales de la encarcelación, como la prisión influye en las personas que han incurrido en un delito, cual es el tiempo que una persona psicológicamente está bien dentro de un centro de privación de libertad, cuestiona si esto realmente ayuda a la rehabilitación, control y prevención de delitos penales.

Genera conocimientos no solo positivistas de reglas, delitos y penas sino que nos lleva a analizar de manera humana cómo funcionan los centros de privación y si las penas realmente sirven y rehabilitan por pocos o muchos años que se condene.

Butragueño (1999) en su estudio de la proporcionalidad de las penas y legalidad penal afirma que es al legislador a quien le corresponde la tarea de definir los bienes jurídicos que debe proteger, o lo que es lo mismo, el daño social que desea evitar con la norma penal. Una vez realizado lo anterior, es hasta entonces cuando cabe preguntarse acerca del cómo y cuánto de la pena.

La proporcionalidad de la pena es un principio sumamente importante en la investigación pues este se refiere a penas justas de acuerdo a los delitos, una pena no puede ser más grande que el delito cometido, lo que con la presencia de agravantes o atenuantes muchas de las veces cambia de manera drástica el tiempo de condena y esta proporcionalidad desaparece.

Mesa (2011) en la investigación del principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales indaga en qué medida tal herramienta ha contribuido al propósito de elevar la racionalidad en el control de las decisiones político criminales del legislador.

Influye en la compensación racional porque permite el conocimiento de cómo el juez aplica los principios y analiza cada uno de ellos en relación a la racionalidad de la pena, pues si realiza esta interpretación y aplicación de un test de proporcionalidad generaría penas más justas y no solo en el tiempo de la pena sino también en el acceso justo y equitativo a las circunstancias modificatorias de la misma.

Crespo (2003) enfoca su investigación en el sistema abolicionista de las penas, es decir consideran a esta como una “amarga necesidad” en la comunidad de seres imperfectos que son los hombres y se representa inicialmente por la búsqueda de alternativas para la pena privativa de libertad. La abolición se considera en un sistema estricto y un sistema amplio; viene desde la pena de muerte hasta el mismo sistema penal.

Es importante conocer las teorías y pensamientos de abolición de las penas puesto que si existen posiciones que afirman que el mismo sistema penal produce más problemas es importante poner en consideración entonces el porqué de las penas y porque el tiempo de las mismas de acuerdo a los tipos penales; hasta donde su alcance es efectivo.

Ziffer, Vásquez, Bertazza, Bertazza & Núñez (1996). En el artículo de los lineamientos de la determinación de la pena se descarta la imposibilidad de recurrir a la peligrosidad

como criterio individualizador y se destaca el valor de la magnitud del injusto, reflejada en concreto en la entidad de la lesión causada a un bien jurídico ajeno, y la culpabilidad por el hecho como ejes principales para la individualización de la sanción penal, permitiendo la introducción de consideraciones de tipo preventivo especial como pauta correctora.

Contribuye a la investigación en razón de que destaca el proceso de determinación de culpabilidad, la peligrosidad como factor de individualización lo que a criterio del juez puede convertirse en una atenuante o agravante o influir en la determinación de las mismas.

Catalá & Calzada (1867) en su libro de la teoría fundamental de las circunstancias atenuantes y agravantes de los delitos expone que los legisladores no son más que meros intérpretes de las disposiciones de otro derecho más absoluto y más eterno pues hace bastante énfasis en el derecho canónico considera que el crimen es algo que se debe seguir paso a paso para dar fallos lo más aproximadamente justos, porque la justicia perfecta no es patrimonio de los hombres; se miran a las agravantes como un grado de perversidad moral y las atenuantes como aquellas circunstancias que pueden permitir que la responsabilidad desaparezca.

Difiere de la investigación porque no hace un análisis de la igualdad de atenuantes y agravantes muy por el contrario permite el conocimiento de cómo estas circunstancias son vistas y manejadas por los legisladores; dentro de que marco de estudio o interpretación están.

Fries & Matus (2000) en su libro la ley hace el delito realizan un enfoque de que el derecho penal fija los límites de lo aceptable para una sociedad, estableciendo una frontera entre lo aceptable y lo que debería ser castigado, analizan cómo los códigos penales manejan la sexualidad y el género y cómo estos enfoques se desarrollan en un marco de justicia

Se toma en cuenta este libro porque estudia como la tipificación de un delito genera la existencia del mismo y las circunstancias modificadoras de la pena tienen que adaptarse a los mismos.

Meliá & Díez (2006) el derecho penal del enemigo constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos, se conocen un Derecho penal del ciudadano contra personas que no delinquen de modo persistente, por principio y un Derecho penal del enemigo contra quien se desvía por principio; éste excluye, aquél deja incólume el status de persona.

Se considera importante estudiar como el estado ve al criminal y como el criminal mira al Estado; que tan efectivas son las penas y como auto reaccionan ante el poder punitivo.

1.7. Variables

1.7.1. Variable independiente:

La compensación racional

1.7.2. Variable dependiente:

Valoración de las atenuantes y agravantes en la aplicación de la pena según el COIP

1.8. Desarrollo de los fundamentos teóricos

1.8.1. Evolución histórica del Derecho Penal

El delito nace con el hombre, enmarcado en el denominado “tabú” que refiere a la prohibición de llevar a cabo un determinado comportamiento o conducta, acción u omisión que incurridas en ellas acarrearán como consecuencia un castigo y una sanción. Estas prohibiciones surgen de las creencias divinas en las que el hombre fundamenta su comportamiento y desarrollo con la sociedad, de tal manera se puede ya hablar de un derecho penal primitivo, que siguiendo a Quisbert (2008) corresponde a la venganza privada absoluta en la que el fin era la defensa individual y se mantenía primordialmente el concepto de daño, la venganza de sangre que buscaba el equilibrio de clanes con la muerte del atacante o uno de los de su tribu y la expulsión de la paz que corresponde al destierro y desprotección de su grupo lo que equivale a la pena de muerte y la esclavitud.

Atendiendo a estas consideraciones las formas históricas de punición como las plantea

Quisbert (2008) son: “el talión, la venganza divina, la composición y la venganza pública que aparece en Grecia” (p. 18). El Tali3n es la forma inicial de punici3n en donde el delincuente debe sufrir y pagar un da3o igual al causado, es por ello que se lo conoce como la ley de “ojo por ojo, diente por diente”, la venganza divina se da en honor a los Dioses, quien vaya en contra de las leyes divinas debe morir por la comunidad y no causar el descontento de los Dioses. La composici3n permitía al transgresor arreglar el da3o causado mediante el pago de dinero o especie, así lograba componer su error y por último la venganza pública que como Quisbert (2008) define “es la capacidad

del Estado para aplicar penas al autor de un delito... el daño se convierte en delito y la venganza en castigo legal” (p. 20), se puede evidenciar así como el Estado ya incide en el castigo porque se deja de considerar al delito solamente como un daño personal sino que también se convierte en un daño social en el que él delincuente debe responder por su conducta, así se busca ya incluso la rehabilitación social para que pueda volver a ser reintegrado a la sociedad.

Por consiguiente el Derecho Penal atraviesa la denominada época de las luces, el inicio de un nuevo periodo, en la que el autor mencionado Quisbert (2008) expone que:

El Derecho Penal se delimita entre el hombre y la sociedad. El límite del Estado es el Derecho, el límite del individuo, el derecho de los demás... Esta época del humanismo solo acepta como guía el conocimiento basado en la razón y el derecho va tomando como guía los principios como: el principio de igualdad de las personas ante la ley, el principio de legalidad, etc. (p. 24)

En consecuencia el Derecho Penal deja de caracterizarse por su crueldad e inhumanidad adaptándose a las realidades y a conceptos de humanidad y dignidad.

1.8.1.1. Escuelas Filosóficas Penales

1.8.1.1.1. Escuela Positiva

Siguiendo a Cerezo Mir (2000) esta escuela basa la responsabilidad penal en la responsabilidad moral, rechazando el libre albedrío. Se establece la pena no únicamente por la culpabilidad del procesado sino también por el grado de peligrosidad.

Lombroso (citado en el libro de Loor, 2011) es el precursor de la escuela positiva italiana del Derecho Penal, cambiando la perspectiva del delito como ente jurídico según la escuela clásica al delincuente como hecho observable.

Ferri (1887) plantea que la escuela positivista consiste en: “primero en su génesis natural, y después en sus efectos jurídicos, para adaptar jurídicamente a las varias causas que lo producen los diversos remedios, que por consiguiente serán más eficaces” (p. 239), parafraseando al mismo autor aclara que esta escuela no consiste en el solo estudio antropológico del criminal, sino en una renovación y un cambio completo y radical de los métodos de estudio de la patología social criminal, entre las enmiendas sociales y jurídicas.

El delito no es un hecho abstracto o simplemente jurídico es real, actual y existente; por lo tanto debe ser estudiado dentro de ese contexto, la persona que incurriera en uno será responsable socialmente para rectificarse con el mismo y con la sociedad, no existen delitos por la libertad del hombre sino por circunstancias físicas, sociales, psicológicas, etc. a estudiarse que lo llevan a delinquir.

1.8.1.1.2. Escuela Clásica:

Siguiendo a Labatut (1964) la escuela clásica se caracteriza por su inclinación filosófica al aspecto liberal y humanitario de sus principios, reflejada en la reacción a las exuberancias del Derecho Penal dentro del periodo de la venganza pública.

Desde ese punto de vista la escuela clásica representa una respuesta en pro de los derechos tanto de la víctima como del victimario en razón de que las exuberancias del

Derecho Penal refiere a los abusos y excesos de su aplicación; es decir se protegía y reaccionaba con violencia y venganza ante la vulneración de los derechos protegidos en el cometimiento de un delito. No se media que el castigo sea igual al daño causado, puesto que el castigo o sanción recibido versaba sobre la tortura, la ejecución, los sacrificios, los golpes constituidos en latigazos, mutilaciones, entre otras formas de causar dolor que se caracterizaban por ser en público, generalmente se llevaban a cabo en el centro de las plazas donde todas las personas podían observar a su alrededor como el infractor del delito era castigado, solo así se entendía como venganza pública.

Así mismo Manzanera (1979) postula que esta escuela se fundamenta filosóficamente en el iusnaturalismo que es racionalista, puesto que reduce el derecho a un sistema de normas construidas por la razón; dividiendo al iusnaturalismo en tres aspectos: teológico en razón de la ley eterna de carácter divino, racional por el sentido lógico y la vida social afirmando que los principios son justos y realistas o empíricos postulando que lo importante es que los hombres quieran y sientan la justicia.

Enfoca su estudio al derecho positivo para encaminarlo a un derecho ideal racional, preciso circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal en especial refiriéndose a las circunstancias agravantes, se estudia al delito en todos sus aspectos sin dejar de lado el interno.

Loor (2011) resume a la escuela clásica como un “Método esencialmente racionalista, es decir, elaboración de las concepciones doctrinarias, aplicando el método lógico-abstracto... Responsabilidad basada en el libre albedrío y en la culpabilidad moral; la responsabilidad se funda en la libertad de elección del acto ilícito” (pg. 217).

Ferri (autor citado en el libro de Loor, 2011) sostiene que la escuela clásica fue ineficaz en la práctica por dos hechos importantes:

- a) Extremó de los derechos del individuo frente a los derechos de la sociedad, que necesita defenderse de los malhechores, adoptó una posición individualista y se puso al servicio del delincuente, proclamado el principio “pro reo”.
- b) Utilizó el método deductivo, lo que fue una causa de que se agotara en el análisis del delito. No dispuso de las herramientas que proporciona la investigación científica y que empleó después del positivismo. (pg. 217)

Si bien es cierto la escuela clásica representa un límite al Derecho Penal que en sus inicios solo se enfocó al castigo y en juzgar al individuo que incurrió en un delito pero sin tomar en cuenta sus propios derechos y que por sancionar el daño causado a otro, muchas de las veces se causaba más daño al procesado; sin embargo, exageró en su posición de defensa al delincuente llegando a ponerlo por encima de la víctima desestimando incluso el procedimiento de análisis del delito para el juzgamiento.

1.8.1.1.3. Finalismo:

La teoría finalista de Hans Welzel posiciona a la acción humana como un acontecimiento que en el accionar del delincuente prevé el resultado de sus acciones por lo que el causalismo por sí solo no conlleva a nada, no conlleva al resultado sino a una parte del mismo que debe ser estudiado en todos sus elementos.

En este sentido Welzel (autor citado en el libro de Sacoto de Merlyn, 2013) afirma que para esta escuela “lo fundamental es la intención del autor (la finalidad perseguida... de la acción delictiva y como encamina su conducta a la consecución de este objetivo), que no es sino profundización en la culpabilidad”. (p. 70). Por lo tanto siguiendo a Welzel (1951) la finalidad es un actuar dirigido conscientemente hacia un objetivo,

mientras que la causalidad es el resultado de los elementos circunstancialmente concurrentes. “Por eso, gráficamente hablando la finalidad es evidente, la causalidad es ciega”. (p. 20)

En cuanto a la voluntad finalista Welzel (1951) plantea que:

Se extiende a todas las consecuencias que el autor debe realizar para la obtención del objetivo; es decir, a:

- 1) el objetivo que quiere alcanzar;
- 2) los medios que emplea para ello; y
- 3) las consecuencias secundarias, que están necesariamente vinculadas con el empleo de los medios. (p. 21)

En base a las ideas expuestas el finalismo se enfoca en el fin del delito, es decir el objetivo a alcanzar del mismo mediante el accionar del delincuente en busca de un resultado. Si bien es cierto el delito se origina con una acción que no es suficiente para analizar y juzgar en vista de que es la finalidad del delito la que debe ser estudiada, esta permite determinar tanto la peligrosidad como la culpabilidad del individuo, presupone entonces un estudio del delincuente y su conducta en la persecución y cometimiento de un delito.

No obstante la escuela finalista se sustenta en la subjetividad de la acción, es decir al aspecto y etapa interna del delito en lo que refiere al pensamiento mismo del delincuente, en consecuencia hace un análisis de cada uno de los elementos del tipo (acción, dolo y culpa) para determinar la culpabilidad del individuo.

En consecuencia el Derecho Penal a través de la historia ha atravesado grandes transformaciones en cuanto refiere a su concepción y aplicación, puesto que se ha

evidenciado que en sus inicios era un imperio de sufrimiento, de la ley del más fuerte, de venganza, de tratos inhumanos y crueles en búsqueda de la justicia que a la actualidad permite comprender que no versa sobre el sufrimiento ajeno en respuesta al daño causado, sino muy por el contrario se trata de poner un límite al ejercicio del poder, de pensar y respetar los derechos tanto de la víctima como del victimario buscando mediante las distintas medidas coercitivas la rehabilitación y la reintegración social del delincuente al mismo tiempo que responde por la infracción penal cometida. Es así como el Derecho Penal desarrolla ciencias a fines que permiten su comprensión, análisis y estudio, tal es el caso de las siguientes:

1.8.2. Ciencias Penales

Antes de entrar en consideración de las ciencias penales en sí, cabe preguntarse porque es considerada como ciencia por lo que es importante mencionar que para alcanzar el carácter de científico se necesitan de varios estudios que comprueben y sustenten el alcance de sus objetivos, al respecto Klimovsky (1994) establece que “comprender que es la ciencia a la vez es comprender nuestra época, nuestro destino, y en cierto modo conocernos a nosotros mismos... es fundamentalmente un acopio de conocimiento, que utilizamos para comprender el mundo y modificarlo” (p. 1).

En virtud al postulado anterior Valencia (2016) afirma que “la expresión "ciencias penales" es utilizada para designar el conjunto de disciplinas que tienen como objeto de estudio el delito, el delincuente y las penas”. (p. 2)

Así mismo como Vera (2009) plantea:

Explican la naturaleza de las normas penales creando categorías jurídicas universales establece consecuencias jurídicas a manifestaciones humanas, necesita auxiliarse de ciencias que le permitan penetrar en la complejidad del ente cuyos actos regulan su objeto principal de estudio para no quedarse en la superficie de las leyes. Así se han desarrollado ciencias propiamente penales y ciencias auxiliares de las penales. (p. 1)

Dentro de este marco se concluye que las ciencias penales son el conjunto de conocimientos referentes a los delitos, las penas o sanciones, el criminal, la víctima, los medios de defensa, entre otros relacionados a la criminalidad. Es así como encontramos ciencias propiamente penales y auxiliares como las siguientes:

1.8.3. Política Criminal

Partiendo de la definición de Lazerges (autor citado por Ipiña 1991):

“la Política Criminal es una reflexión epistemológica acerca del fenómeno criminal y de los medios empleados para luchar contra los comportamientos desviados o delictivos; la Política Criminal es, igualmente, una estrategia jurídica y social basada en las elecciones ideológicas, para responder con pragmatismo a los problemas planteados por la prevención y la represión del fenómeno criminal, entendido en toda su extensión” (p. 15)

Se entiende entonces como política criminal a la Política del Estado en fundamento a su accionar frente a los problemas de delincuencia y la constante lucha contra el crimen mediante sus legislaciones y las medidas coercitivas que han desarrollado a fin de alcanzar los ideales de justicia y eficacia en cuanto concierne al orden social y su

reacción frente a la alteración del mismo cuando se pone en peligro los derechos de los individuos, limitando también el poder del Estado frente a sus mecanismos de castigo razón por la cual se pone en consideración el tratamiento que reciben los delincuentes.

Por su parte De la Cruz Ochoa (2002) plantea que:

“la política criminal es parte de la política general social, que hay que integrarla con ésta y enlazarla con los grandes objetivos de la democracia, igualdad, seguridad y solidaridad, así como en ella debe incluirse todo lo que pueda prevenir la criminalidad en su sentido más amplio, así como también lo que concierne a la actividad legislativa, administrativa y judicial vinculada al tema penal” (p. 7)

A este respecto resulta importante considerar que la política criminal se enmarca y desarrolla dentro de la realidad social de los Estados sus aspectos económicos y políticos que reflejan el rol que el Derecho debe cumplir mediante las leyes impuestas y adaptadas al contexto para que así estas seas eficaces y cumplan su objetivo, la intervención de estos factores se efectúan de tal modo que si no se puede terminar con los delitos y la criminalidad se pretende controlarlos en búsqueda del bienestar y la seguridad social.

1.8.4. Derecho Penal

Frente a la violencia, el abuso del poder, los crímenes y el delito el Derecho Penal surge como un medio de control para prevenir, sancionar y solucionar los problemas sociales en cuanto concierne a la infracción frente a un bien jurídico protegido por el

Estado, resulta ser la representación de la lucha contra las conductas consideradas socialmente dañosas y peligrosas.

Sierra & Salvador (2005) manifiestan que:

Tradicionalmente con la expresión Derecho Penal se designan dos entidades diferentes: en primer lugar, el conjunto de leyes penales: es decir, las normas que sancionan la lesión denominada delito de ciertos bienes jurídicos y que acarrearán como consecuencia la coerción jurídica llamada pena a través de la cual el Estado pretende impedir nuevas lesiones. En segundo lugar, el discurso interpretativo de dichas leyes que realizan los juristas, que pretende dar racionalidad a la aplicación de esas normas. (p. 20).

Es entonces el Derecho Penal el que tipifica y determina los delitos al igual que las sanciones correspondientes a los mismos, en este contexto refiere a la legalidad entendiendo que si una determinada conducta no está tipificada como delito no infiere en el ámbito penal. Muñoz & García (2015) afirman que “diferencia al Derecho Penal de otras instituciones de control social la formalización del control, liberándolo dentro de lo posible, de la espontaneidad, de la sorpresa, del conyunturalismo y de la subjetividad propios de otros sistemas de control” (p. 32), es decir el Derecho Penal se configura de tal manera que se convierta en un instrumento de defensa de los Derechos controlando y limitando el actuar tanto de los individuos que cometen un delito como el de quienes lo juzgan cuando las barreras de protección han fracasado.

Siguiendo a Ebert (2005) el Derecho Penal mediante sus normas tiene diversas funciones frente al ilícito puesto que sirven para determinar en qué medida la conducta y el comportamiento del individuo acarrea consecuencias que contradicen el orden social, de la misma manera tienen la función de inducir a la persona a comportarse

correctamente dentro de la sociedad, sin alterar ni poner en peligro la misma, por consiguiente sirven para la conservación de los bienes jurídicos, por lo que se convierte en un Derecho de protección.

1.8.4.1. Bien Jurídico:

Se torna necesario aclarar que el bien jurídico es entendido como el objeto de protección del Derecho Penal, es decir el derecho protegido. Desde la perspectiva de Fernández (2004) “éste tiene un contenido valorativo o axiológico, en tanto subsumen bajo la protección penal aquellas relaciones valiosas para el individuo y para la sociedad” (p. 140), es decir, se convierten en los criterios fundamentales y en los que se sustentan la sociedad y las legislaciones para sancionar las acciones, los derechos traducidos en bienes jurídicos se fundamentan en la dignidad humana, entorno Muñoz & García (2015) afirman que “son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social. (p. 63).

Por su parte La Corte Suprema de Justicia de Colombia plantea que:

El bien jurídico se erige como fundamento y como límite del derecho punitivo del Estado, lo primero, por cuanto se dirige a proteger los derechos individuales y colectivos requeridos para una convivencia pacífica, próspera y participativa en procura de que sus miembros obtengan el cabal desarrollo de los derechos y libertades reconocidos por la Carta, es decir, que los bienes jurídicos deben ser instituidos y ponderados desde un contexto político social; y como límite, en cuanto restringe al legislador a seleccionar sólo los comportamientos que verdaderamente ostenten la potencialidad de dañar o poner en riesgo los bienes jurídicos protegidos por la norma y al juez, en cada caso, a verificar si la

conducta efectivamente lesionó o colocó en riesgo el mismo bien jurídico (CSJ, 2006, Proceso núm. 19499, J. Socha).

Finalmente Jakobs (autor citado por Sierra & Salvador 2005) indica que “el bien no ah de representarse como un objeto físico, sino como norma, como expectativa garantizada, porque así se representa el derecho en cuanto estructura de la relación entre personas” (p. 24).

En virtud a los presupuestos anteriores cabe recalcar que el bien jurídico es el derecho valorado y reconocido en cuanto refiere a su protección y vinculación con la persona y su desarrollo como eje fundamental de la sociedad y la legislación penal, limitando el ejercicio legislativo al momento de tipificar conductas como delitos, puesto que no pueden existir delitos que carezcan de un bien jurídico protegido, se ejemplifican así el derecho a la vida, la libertad, la salud, el patrimonio, la educación, etc.

1.8.5. Criminología

La criminología es entendida como la ciencia del ser, para tal efecto previene y reprime de manera eficaz los delitos en la sociedad mediante su objeto de estudio y regulación.

Hikal (2009) la define como “una ciencia empírica e interdisciplinaria que se ocupa del crimen, del delincuente, de la víctima y del control social del comportamiento desviado”(p.1). Es decir, estudia y analiza los motivos del delito como fenómeno individual y social.

De tal manera el Derecho Penal y la criminología estudian al delito como tal, sin embargo, el derecho penal lo hace desde una perspectiva normativa mientras que la criminología hace un enfoque especial en la conducta delictiva y antisocial de quien

ha infringido en un delito, tomando en cuenta para el alcance de su estudio aspectos psicológicos, sociales e incluso biológicos.

1.8.6. Criminalística

La criminalística como ciencia penal se fundamenta en los hechos y mas no en meras suposiciones, lo que permite alcanzar niveles más altos de justicia pues el estudio y la investigación del crimen se basan en lo evidente y palpable; al respecto Aguilar (autor citado por Caza, 2012) plantea que la criminalística “analiza indicios y evidencias, es decir, todos los objetos relacionados con la escena del crimen con el fin de identificar quién es la víctima y el victimario” (p. 8)

A diferencia de la criminología que estudia el delito en sí y el porqué, la criminalística concentra su estudio en el crimen y su entorno para identificar al supuesto culpable, generando así en la investigación de un delito la verdad real evitando la impunidad o falsas imputaciones; es decir pretende descubrir cómo se cometió un delito para lo cual necesita evidencia física, reconstrucción de los hechos, escenario, posibles culpables, pruebas, entre otros recursos que permiten el éxito de la investigación y el proceso.

1.8.7. Derecho penitenciario

Enfoca su estudio en las legislaciones penales que mediante sus normas regula la ejecución de las sanciones que conllevan a la privación de libertad de una persona con la búsqueda de la rehabilitación social en las prisiones, el mismo entra en vigor posterior a la actuación del derecho penal en razón de que necesita de la existencia de una sentencia condenatoria y la ejecución de la pena impuesta. Bustamante (2008) lo

define como “el conjunto de normas jurídicas que sirven para la ejecución de las sanciones de acuerdo con los fines jurídico y sociales que impone el estado al realizar su función punitiva”. (p. 16)

El Derecho penitenciario se desarrolla conjuntamente con la ciencia penitenciaria que siguiendo a Garrido (1983) es parte de la penología en cuanto estudia la organización y aplicación de las penas privativas de libertad para poder reintegrar a los condenados, sin dejar de lado el estudio de las penas restrictivas de derechos, las pecuniarias, medidas sustitutivas entre las demás sanciones que establecen los códigos penales; para el efecto investiga la condición de la persona condenada conjuntamente con su situación jurídica.

1.8.8. El ius puniendi

Históricamente le ha sido atribuible al Estado el poder para establecer y ejercer el castigo frente al resultado dañoso de una infracción penal constituida en delito. Siguiendo a Engels (1979) este poder surge desde la misma época primitiva de la sociedad en donde quien por su fuerza física, habilidad, destreza, inteligencia, etc. se impuso al resto dictando leyes basadas en la costumbre o la divinidad, así mismo la figura de los patriarcas, los reyes, personas o grupos que se convirtieron en líderes sociales otorgando mediante su control y vigilancia el orden social, es así como con el transcurrir del tiempo y la evolución histórica del Derecho nace el Estado como tal, siendo este un poder originario que se convierte en la forma de organización de una sociedad para imponer leyes. Por consiguiente, tal como Pacheco (2015) establece:

Todos los ciudadanos renunciamos a una parte de nuestros derechos en beneficio del Estado para que éste se constituya en el único ente con la

capacidad de desplegar todas las acciones traducidas en la restricción limitada de derechos a fin de que se definan un conjunto de conductas que la sociedad acepta como dañosas a los bienes jurídicos que atentan contra la vida de armonía y paz social. (p.99)

En este contexto Kai (2010) manifiesta que el *ius puniendi*:

Es la potestad de castigar y forma parte del poder del Estado, ya que éste tiene la misión fundamental de crear e implementar un orden jurídico destinado a facilitar la coexistencia pacífica de las personas, y el Derecho Penal es una parte de dicho orden jurídico. (p. 188)

Se convierte entonces en el derecho que tiene el Estado para imponer penas a quienes han incurrido en conductas previstas como delitos. Fontán (1998) así mismo expresa que “el Estado como sujeto de la potestad penal, está facultado para imponer la pena que restablece el orden jurídico; al que corresponde el llamado Derecho Penal Subjetivo fundado en la necesidad de la sociedad misma de reprimir aquellos actos que se dirigen” (p. 185). Se plantea que es Derecho subjetivo en razón de que el *ius puniendi* faculta únicamente al Estado para determinar los delitos y las sanciones aplicables mediante los organismos competentes que la ley determina a diferencia del Derecho Objetivo que se sustenta en el conjunto de normas ya tipificadas y descritas. En consecuencia el Estado no puede ejercer este poder de manera arbitraria pues se encuentra limitado por el Derecho Objetivo.

Bajo estas condiciones siguiendo a Muñoz & García (2015) surgen limitaciones frente al *ius puniendi* por la excesiva intromisión del poder punitivo del Estado en el ámbito de los derechos individuales más sagrados, límites basados en la dignidad humana y en la justicia misma, razón por la cual primordialmente este poder debe estar regido y

limitado por el principio de mínima intervención penal o ultima ratio. No se cuestiona así la existencia del poder punitivo del Estado ni su utilidad, por el contrario se cuestiona la intensidad con el que éste se aplica.

1.8.8.1. Principio de mínima intervención y límites al poder punitivo del Estado

El Derecho Penal Moderno deja en evidencia que existen mecanismos y sanciones alternativas y menos traumáticas que pueden proveer protección y justicia de manera eficaz puesto que las penas conjuntamente con las consecuencias de un delito no son ya los únicos medios para la protección de los intereses sociales o el bien jurídico, es decir la intervención penal debe reservarse para los supuestos más graves.

Mir Puig (2002) en referencia a este principio realiza un análisis de los límites del derecho subjetivo del Estado para imponer penas en el que manifiesta que en cuanto a la naturaleza subsidiaria “el Derecho penal tiene que ser de *ultima ratio* en el conjunto del orden jurídico” mientras que en el carácter fragmentario del Derecho Penal el mismo “no sanciona todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino solo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos”. (p. 108-148). Es decir el Derecho Penal debe ser el último recurso para sancionar cuando los demás mecanismos del Estado no han funcionado, cuando sea estrictamente necesario procurando siempre evitar recurrir al poder Punitivo.

En este contexto Márquez & Pacheco (2015) afirman que el Derecho Penal debe legitimarse como mínimo actuando solo cuando:

- a) Se determine los bienes jurídicos que son fundamentales para la convivencia de los seres humanos y que requieran de protección penal (función fragmentaria);
- b) Se describan las conductas que puedan afectar los bienes jurídicos;

- c) Las penas formalizadas y proporcionadas que se fijen para castigar las conductas que se exteriorizan en contra de bienes jurídicos;
- d) Debe existir un proceso penal que cumpla con las garantías procesales para reaccionar la existencia del delito para imponer la pena prevista;
- e) Que exista la necesidad de que actué el derecho penal ante el fracaso de las otras ramas del derecho (función subsidiaria). (p. 122)

Así mismo el Código Orgánico Integral Penal (2014) tipifica que “La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales”. (Art.3).

Sin duda en la práctica el principio de mínima intervención obliga al Estado a ser garantista de los derechos fundamentales dejando de considerar al delincuente como un objeto de persecución del Derecho Penal, limitando la violencia utilizada por este sistema, pues se pretende la prevención y la protección de los derechos tanto de la víctima como del victimario buscando siempre la alternativa menos dañina para la persona y de ser el caso sancionar con mayor severidad siempre y cuando las penas impuestas sean proporcionales al delito cometido y al daño causado evitando generar uno más grave. Cabría preguntarse y analizar siempre que tan necesario es en verdad recurrir al Derecho Penal, pues éste no se puede convertir en una amenaza social sino en una parte de los mecanismos de control que tiene el Estado con la sociedad, procurando prevenir para evitar la práctica punitiva, porque si bien es cierto es la norma penal la encargada de los delitos en contra del bien jurídico, sin embargo las demás ramas del Derecho también cumplen una función primordial en evitar el desorden social y tienen alternativas para manejar dichas situaciones dejando al Derecho Penal como la última puerta de acceso.

1.8.9. Interpretación de la ley penal

Jiménez de Azua (1950) plantea que la interpretación es “el acto por el cual el juez aplica una norma a un caso particular. Sin este acto, la ley, aislada en su abstracción y generalidad, sería letra muerta, un ser inexistente” (pg. 167)

Por lo tanto la ley es susceptible de valoración para que el juez previamente a su aplicación deba entender su verdadero sentido y voluntad para su aplicación.

Siguiendo al Dr. Alfredo Pérez citado por Echeverría en el proceso interpretativo el juez tiene que esclarecer el hecho para aclarar su verdadero aspecto para poder resolver un determinado caso porque “Interpretar la ley es buscar la norma concretamente aplicada a un caso determinado y que lo resuelve” (pg. 92). Una vez adoptadas las normas es necesario un estudio analítico para determinar su alcance, su sentido y sus límites dentro del caso en concreto.

Mediante la interpretación de la ley penal se origina el conocimiento de la conducta, así el juzgador podrá dictar sentencia; sin embargo en el Derecho Penal la interpretación está limitada pero surge en el conocimiento del delito y el análisis de la conducta pues como Sacoto de Merlyn señala “los jueces y tribunales al desentrañar la voluntad de la ley, no deben olvidar los límites que le impone el principio de legalidad que establece una serie de exigencias al Juez en la aplicación de la misma” (p. 129)

En consecuencia en materia penal la interpretación no debe ser extensiva, es decir las leyes penales se deberán interpretar de manera limitada a no empeorar la situación del reo. Se evidencia así la necesidad de aclarar que esta limitación llega a prohibir la analogía que en este caso llega a ser creadora de delitos y sanciones.

Como la misma CRE (2008) establece:

En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora. (Art. 76 numeral 5)

De igual manera el COIP tipifica la prohibición de empeorar la situación del procesado expresando que “al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona procesada cuando ésta es la única recurrente” (Art. 5 numeral 7)

Lo que significa que este principio se debe respetar de la misma manera que se respetará el de *induvio pro reo* que como es de conocimiento se refiere que en caso de duda acerca del sentido de una norma, la misma se interpretara en la forma más favorable al acusado.

1.8.10. Competencia de los jueces de garantías penitenciarias

El juzgador encargado de la administración de justicia es garante de los derechos humanos, fundamentales y constitucionales; su actuar se encuentra inmerso en la interpretación y aplicación de pautas y criterios legales, pues bajo su potestad esta la

protección y garantías de los derechos y la dignidad humana tanto para la víctima como para el victimario en el ámbito penal.

En la Constitución de la República del Ecuador C.R.E (2008) se señala que “. Las juezas y jueces de garantías penitenciarias asegurarán los derechos de las personas internas en el cumplimiento de la pena y decidirán sobre sus modificaciones” (Art. 203, numeral tercero)

El juez no posee superior alguno que la ley que bajo su criterio falla en un sentido u otro; si su poder es aplicado de manera incorrecta puede llegar a transformar lo justo en injusto.

1.8.11. Humanización de la ley penal

Identifica un cambio primordial en la conceptualización de delito al igual que en la consideración de la pena cambiando la noción de los mecanismos procesales, la humanización penal se encuentra estrictamente ligada y configurada sobre el respeto a la dignidad del ser humano en razón de que en el proceso evolutivo de la sociedad predominó durante años la venganza divina, privada, pública y religiosa en el derecho penal extralimitando el poder de los llamados juzgadores, con penas y castigos que iban contra la dignidad humana, sin valorar la vida misma de quien ha incurrido en una infracción; un claro ejemplo de ello es la “Ley del Talion”.

Como plantea Gonzáles en el Antiguo Régimen las penas eran dolorosas, corporales, atroces y públicas fundamentadas en la venganza y entre las más comunes se encontraban: el destierro, el látigo, la infamia, mutilaciones e incluso la pena de muerte que adoptada distintas modalidades como la horca, decapitación, hoguera y

descuartizamiento. Sin embargo, en la actualidad la cárcel es la pena por excelencia de los sistemas penales.

Sin embargo la humanización misma de la ley penal alcanzada en la última década se manifiesta en el respeto a la persona procesada procurando sentencias justas y la rehabilitación social fundamentándose en el principio de mínima intervención penal y en la “última ratio legis”.

Siguiendo a Cuesta Arzmeñdi (2009) existen tres aspectos principales en los que se manifiesta el contenido específico del principio de humanidad en Derecho penal:

1. La prohibición de tortura y de toda pena y trato inhumano o degradante, con sus importantes reflejos en la parte especial del Derecho penal y en las consecuencias jurídicas del delito.
2. La orientación resocializadora de la pena, en particular, si privativa de libertad.
3. La atención a las víctimas de toda infracción penal.

1.8.12. Visión Penal del Estado Ecuatoriano

El Estado Ecuatoriano eminentemente es un Estado constitucional y garantista de Derechos, el Derecho penal se desprende bajo esta concepción rigiéndose a los principios y derechos constitucionales en su marco normativo-jurídico; no obstante como Ferrajoli (1989) afirma “una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas - es decir, de garantías- que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo” (p. 852); lo que el derecho penal

pretende regular por medio de una visión finalista que siguiendo a Welzel (1931) estudia no solo la acción del individuo sino la finalidad del delito, que si bien es cierto parte de una causa pero se proyecta a un fin determinado que debe ser analizado desde la misma culpabilidad del individuo, es decir responde a un estudio técnico-jurídico acerca de la finalidad de la persona para cometer determinado delito.

En esto contexto se entiende que si no existe finalidad dolosa, no se podría hablar de un delito como tal, puesto que resulta ilógico pensar que exista acción humana que no esté orientada a cumplir un fin determinado.

El sistema de justicia Ecuatoriano se construye en pro y en base a los derechos fundamentales de la persona en búsqueda y protección de la dignidad humana por lo que el garantismo en materia penal es la consecuencia de la mínima intervención penal *ultima ratio* pretendiendo limitar al poder punitivo del Estado, al recurrir al sistema penal en el último de los casos, por lo que ya dentro del proceso el derecho penal pretende averiguar la verdad fáctica que parte de una acusación a una persona, es así como va de la mano con la visión finalista, estudiando las acciones como camino al fin del delito.

1.8.13. Infracción Penal

Para aportar un estándar de definición de delito en la dogmática se lo categoriza en la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad y la tipicidad.

Al respecto el Código Orgánico Integral Penal define a la infracción penal como “la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista” (Art. 18). En efecto y en base a lo expuesto por el COIP la tipicidad es entendida como la descripción de las conductas penalmente relevantes, las mismas que son “acciones u

omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables” (Art. 22), por su parte la culpabilidad demuestra la responsabilidad penal si es que la persona es imputable y actúa con conocimiento de la antijuricidad de su conducta y finalmente la antijuricidad que como el Art. 26 el COIP plantea “para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código”.

Dentro de ese marco es importante mencionar que la infracción penal se clasifica en delitos y contravenciones que como el COIP define “delito es la infracción penal sancionada con pena privativa de libertad mayor a treinta días y contravención es la infracción penal sancionada con pena no privativa de libertad o privativa de libertad de hasta treinta días” (Art. 19). En lo que concierne a la investigación el enfoque gira en torno al delito, en razón de que es a este a donde se aplica la sanción con pena privativa de libertad e inferirán las circunstancias modificatorias de la pena en el caso de existir.

1.8.14. El Delito

1.8.14.1. Conceptualización

El delito es un comportamiento punible que presupone el daño al bien jurídico que es el derecho protegido. Como Meini (2014) establece “es un comportamiento merecedor de pena que se imputa a quien se le exige evitarlo” (p.49)

Machicado (2010) conceptualiza al delito en una concepción formal o nominal y en una substancial o material: la primera desde un punto de vista jurídico y filosófico establece que “es una conducta humana que se opone a lo que la ley manda o prohíbe bajo la amenaza de una pena. Es la ley la que establece que hechos son delitos...

designa y fija caracteres delictuales a un hecho y si en algún momento esta ley es abrogada el delito desaparece”. (p. 3), y la segunda desde el aspecto sociológico y dogmático estable “los elementos del delito como presupuestos para que un acto voluntario humano sea considerado como delito, así para estas concepciones el delito es un acto humano típicamente antijurídico culpable y sancionada con una pena de carácter criminal”. (p.3)

Supone entonces una alteración del orden haciendo referencia a la infracción que se encuentra establecida por las legislaciones penales, pues para que un delito exista debe existir el tipo penal; así se podrá determinar si la persona ha incurrido en el mismo.

En el Código Orgánico Integral Penal (2010) el delito esta entendido como“ la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en el Código”. (Art. 19) para lo que la conducta deberá ser lesiva, descriptible y demostrable para ser considerada penalmente relevante.

En este contexto el asignar una pena por un delito merece un juicio de valor que recaer sobre el comportamiento, el mismo que deberá determinar si la pena es la mejor solución. Por lo que el Derecho Penal debe enfocarse en la prevención de los delitos mediante mecanismos que garanticen la misma antes que en su sanción, puesto que ésto evitaría las lesiones al bien jurídico para reducir y controlar la criminalidad para el desarrollo del sistema social.

1.8.14.2. Teoría del delito

La teoría del delito pretende desarrollar las condiciones, requisitos y formas que hacen posible la imputación de una persona bajo consideraciones humanísticas y no meramente funcionales y autoritarias.

Muñoz & García (2002) evidenciaron que “La teoría del delito es un sistema de hipótesis que exponen, a partir de una determinada tendencia dogmática, cuáles son los elementos que hacen posible o no la aplicación de una consecuencia jurídico penal a una acción humana” (p. 203), en tal sentido a partir de la acción se formulan los elementos y características comunes al delito. Indicó así mismo Zaffaroni (1991) que: “la teoría del delito atiende al cumplimiento de un cometido esencialmente práctico, consistente en la facilitación de la averiguación de la presencia o ausencia del delito en cada caso concreto” (p. 333).

A este respecto la teoría del delito no se limita a estudiar el delito como tal sino también el comportamiento humano que acarreó como resultado la concurrencia en un acto delictivo, así mismo estudia los resultados que se desprenden del delito con sus consecuencias penales.

Siguiendo a Peña & Almanza (2010) el estudio de la teoría del delito recurre a la dogmática que en Derecho Penal la ley es el dogma, su única fuente obligatoria. En tal sentido Zaffaroni (autor citado en Peña & Almanza, 2010) señala las siguientes características propias de la teoría del delito:

- Es un sistema porque representa un conjunto ordenado de conocimientos.
- Son hipótesis, pues son enunciados que pueden probarse, atestiguar o confirmarse solo indirectamente, a través de sus consecuencias.

- Posee tendencia dogmática al ser parte de una ciencia social. No existe unidad respecto de la postura con que debe abordarse el fenómeno del delito, por lo que existe más de un sistema que trata de explicarlo.
- Consecuencia jurídica penal: el objeto de estudio de la teoría del delito es todo aquello que da lugar a la aplicación de una pena o medida de seguridad. (p. 19 – 20)

En síntesis, para la aplicación de una pena se deberá mediante la teoría del delito analizar y estudiar el hecho punible, la persona implicada y las circunstancias que acompañan al delito, puesto que es importante conocer de dónde surge y porque la manifestación de una conducta penalmente inaceptable, así se estudia el hecho delictivo en su conjunto facilitando así la tarea de los tribunales de garantías penales al momento de comprender la configuración de la ilicitud de una acción. Presupone entonces el comprobar mediante la acción u omisión la concurrencia de los presupuestos como la culpabilidad, la antijurídica, la tipicidad, entre otros para poder determinar la punibilidad de una persona y el inicio del proceso penal al igual que la sanción correspondiente de ser el caso.

1.8.14.3 Elementos del delito:

1.8.14.3.1. Tipicidad:

Partiendo de la definición de Muñoz & García (2015) que indica que “la tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal” (p. 265). El Código Orgánico Integral Penal del Ecuador (2014) plantea que

“los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes”
(Art. 25).

Atendiendo a estas consideraciones para que una acción pueda ser considerada como delito deberá estar descrita por la legislación penal, lo que corresponde a la legalidad. No obstante resulta importante mencionar que la tipicidad refiere al tipo que en este caso sería el delito que de acuerdo a Muñoz y García (2015) tiene una triple función:

- a) Una función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes.
- b) Una función de garantía, en la medida en que solo los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente.
- c) Una función motivadora general, ya que, con la descripción de los comportamientos en el tipo penal, el legislador indica a los ciudadanos que comportamientos están prohibidos y espera que, con la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida. (p.266)

Por lo tanto se puede concluir que cuando se evidencia que una determinada conducta pone en peligro y daña un bien jurídico tutelado por el Estado, éste la establece como delito, describiendo cuando sería considerado como tal y las consecuencias que su cometimiento acarrearían por ejemplo el delito de asesinato, robo, estafa, homicidio, etc. precautelando así el bienestar y el orden social. Para determinar si una conducta es típica lo importante no es analizar si causa o no causa el resultado típico, lo importante es valorar si la conducta corresponde con lo que el tipo penal pretendía evitar.

Consecuentemente se convierte en el indicio de la antijuricidad aclarando que el hecho de que una conducta sea tipificada como delito no necesariamente es antijurídica si se logra justificar la misma.

1.8.14.3.2. Antijuricidad:

Presupone la calificación de una acción que resulta ser contraria a la norma penal, es decir para determinar la responsabilidad penal de una persona el resultado de su acción deberá ser ilícito.

En lo que refiere Muñoz & García (2015) afirman que la antijuricidad es:

La constatación de que el hecho producido es contrario a Derecho, injusto o ilícito... el juicio de antijuricidad descansa siempre en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (desvalor de resultado) producida por una acción también desvalorada (desvalor de la acción). (p. 322-323)

Según el Art. 29 del Código Orgánico Integral Penal (2014) “para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido”. En otras palabras la antijuricidad compone la parte valorativa del delito puesto que la conducta debe ser susceptible de descripción, lesiva en el sentido de que cause daño o es capaz de causarlo sin justificación alguna y demostrable porque el daño deberá materializarse.

Por su parte, Zaffaroni (2005) sostiene que “antijuricidad es el juicio negativo de valor que recae sobre una conducta, en tanto que injusto es la conducta humana desvalorada” (p. 561). En consecuencia, para determinar la contrariedad de la acción con el derecho,

se debe comprobar la lesión y el daño causado al bien jurídico mediante la antijuricidad de la conducta siempre y cuando no tenga una causa de justificación ya que la misma puede justificarse por el estado de necesidad o la legítima defensa eliminando la existencia de la infracción penal, en este sentido de acuerdo al COIP, el estado de necesidad aparece cuando al proteger un derecho propio o ajeno se cause daño a una persona, siempre y cuando este derecho este en real y actual peligro y el resultado por tratar de protegerlo no sea mayor al daño que se trató de evitar, así mismo no deberá haber existido otro medio menos perjudicable para proteger el derecho. Mientras que, la legítima defensa se da cuando la persona actúa en defensa de cualquier derecho ya sea propio o ajeno siempre y cuando la agresión sea actual e ilegítima y la defensa sea realmente necesaria tomando en cuenta la falta de provocación suficiente por quien actúa en defensa del derecho.

1.8.14.3.3. Dolo:

El dolo es el conocimiento real y la voluntad de llevar a cabo un acto contrario a la ley, es decir incurriría en los elementos objetivos del delito exteriorizando al mismo por lo tanto quien actúa con dolo lo hace con conciencia de querer; en cuanto el COIP plantea que “actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño” (Art. 26), se desglosa de aquí el denominado delito preterintencional que cabe recalcar como el mismo articulado del cuerpo legal plantea corresponde a quien “realiza una acción u omisión de la cual se produce un resultado más grave que aquel que quiso causar, y será sancionado con dos tercios de la pena”.

Siguiendo a Sierra & Salvador (2005) el dolo se puede clasificar en dolo intencional, dolo directo y dolo eventual. En cuanto al dolo intencional que es considerado de

primer grado el autor busca la materialización del delito, es decir realizar e incurrir en el mismo tiene la finalidad de lesionar el bien jurídico protegido, mientras que el dolo directo responde a las consecuencias necesarias pasando a ser el conocimiento seguro del resultado para lo que dirige la realización del hecho con lo que exactamente le permitiría la producción del resultado, por último el dolo eventual presupone la posición del autor frente al cometimiento del delito, es decir puede elegir entre que el resultado se produzca o no y aun así actúa.

Se crea un riesgo jurídicamente desaprobado, cuando el sujeto realiza una conducta con la capacidad y el conocimiento como antecedente a la materialización del delito. Se traduce entonces el dolo al conocimiento y la voluntad de que lo que se realiza más allá del daño que causare está prohibido.

1.8.14.3.4.1. El error de tipo:

Siguiendo a Muñoz & García (2015) el autor debe conocer los elementos objetivos integrantes del tipo del injusto “cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de alguno de estos elementos repercute en la tipicidad porque excluye el dolo” (p.291). Si el autor recae sobre este error no le será imputable el dolo dentro de los elementos del delito, puesto que existe un desconocimiento de alguno de los elementos objetivos del delito por lo que ya no actúa completamente con conocimiento y voluntad hacia la materialización de su acción, así la acción se convierte en atípica.

Como complemento Landaverde (2015) plantea que:

El error es la ignorancia o falsa apreciación de una situación, por lo que el error de tipo consistiría en la acción ejecutada desconociendo circunstancias o elementos básicos del tipo o figura delictiva. En otras palabras, el sujeto no

sabe que realiza la acción abarcada por el tipo, total o parcialmente, aunque sea en uno de los elementos objetivos del tipo, sencillamente porque no era de su conocimiento o su voluntad; es decir, sobre elementos cuyo conocimiento es indispensable para elaborar el plan (finalidad típica). (p. 4)

Por lo tanto el error de tipo constituye una forma de ignorancia de las consecuencias de los actos, existe ausencia del conocimiento real de las cosas, es decir, no alcanza un nivel valorativo. Ahora bien, según Márquez & Pacheco (2015) “si este error se presenta en una de las circunstancias agravantes, esto hace que la imputación se dé el tipo básico” (p. 68), es decir en el mínimo de la pena prevista, lo que lo convertiría en un tipo de atenuante, que en la práctica por no estar estipulado de manera escrita en la legislación penal y mucho menos en el articulado correspondiente a las circunstancias atenuantes como modificatorias de la pena no guarda valor alguno y se excluye de la valoración para imputar un tiempo de condena.

1.8.14.3.4.2. El error de prohibición:

En palabras de Zaffaroni (2002) “es el que versa exclusivamente sobre la comprensión del carácter y entidad de injusto del acto” (p. 733), es decir, no existe comprensión de la antijuricidad de su conducta, la persona no conoce que cierto acto está prohibido por la ley por lo que se torna importante el análisis de la culpabilidad del sujeto con respecto al cometimiento del hecho.

Si bien es cierto ante el postulado de que el desconocimiento de la ley no exime de culpa y no es excusa para persona alguna, el error de prohibición no sería justificable, sin embargo por medio de este no se pretende justificar el delito sino la culpabilidad del actor.

En este contexto Márquez & Pacheco (2015) afirman que la creencia equivocada del actuar ilícito de la persona puede provenir de:

- a) La ignorancia de que su comportamiento está prohibido por el ordenamiento jurídico;
- b) Del pensamiento de que le ampara una eximente por justificación que realmente no se da;
- c) Porque dándose, le otorga una amplitud tal que supone haber obrado dentro de los fueros de la norma permisiva; o,
- d) Finalmente, porque imagina la concurrencia de circunstancias ajenas al hecho que, si por el contrario, concurriesen, meritaban justificarlo, por lo tanto este error se da cuando el autor desconoce la prohibición o el mandato y por ende la antijuricidad de su acto. (p. 79)

Cuando el sujeto no comprende la antijuricidad del hecho no posee culpabilidad, sin embargo esta en la obligación de informarse de lo permitido y lo prohibido por la ley, por lo que a pesar de la existencia del error de prohibición no quedaría en la impunidad el cometimiento de un delito.

1.8.14.3.5. Culpa:

El individuo no solamente tiene la obligación de ocasionar daños intencionales a las demás personas sino que al mismo tiempo tiene la obligación de dispensar todo el cuidado y atención posible para no ocasionar aquellos daños de manera no intencional, así cuando se incumple este precepto y se da lugar a un resultado dañoso podrá deducirse una responsabilidad penal para quien actuó a título de culpa.

Es así como el COIP tipifica que “actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso” (Art. 27), en otras palabras es la omisión de la conducta que podía evitar el daño porque posee la posibilidad de prever las consecuencias o el resultado, refiere a lo mencionado Jiménez de Asúa (1954) que afirma que “la culpa cobra sus bases de la previsibilidad vinculada con un denominado vicio de la voluntad a partir de la cual se ha omitido voluntariamente aquello que debía prever lo previsible” (p. 468)

Existen factores generadores de culpa como la imprudencia que consiste en la falta de cautela, moderación o discernimiento; es decir, se pudo evitar el resultado, la negligencia implica una falta de actividad que produce daño, es decir no emplea los medios idóneos para evitar el resultado y la inobservancia de la ley que hace que las personas aun conociendo la ley incurren en su violación y más aún cuando desconocen de la ley teniendo la obligación de hacerlo.

1.8.14.3.6. Acción u Omisión

La acción se traduce a la conducta como un hecho voluntario, una exteriorización física para un determinado objetivo y finalidad, por lo tanto sin la misma no habría delito. Este actuar es perceptible y evidenciable, el sujeto activo pone en peligro o produce un daño en contra de un bien jurídico protegido. Como García (2011) plantea “por mas ideas que una persona tenga de cometer una infracción penal éstas no serán punibles mientras no se concreten o se objetivicen en la realidad, a través de actos externos y concretos” (p. 53)

En relación con las implicaciones la acción posee un elemento objetivo que se desglosa en el movimiento corporal y el resultado y un elemento subjetivo fundamentado en la

finalidad que posee el autor al llevar a cabo sus acciones. De la misma manera a estos elementos se le suman las fases de la acción divididas en interna y externa; en cuanto a la fase interna se desarrolla en el pensamiento, en el propósito anticipado antes de producir el hecho, es decir define su objetivo y su querer para lo que selecciona los medios y recursos que necesitará para conseguirlo, desarrolla el cómo hacerlo analizando lo que puede suceder. Mientras que en la fase externa procede a la realización del acto, en conformidad a lo planeado inicia el proceso procurando alcanzar la meta.

- Por su parte como Carrara (1889) Expone la omisión es no hacer algo de manera voluntaria, “es abstenerse de hacer un acto que estaba en la obligación de hacerlo y por cuyo hecho se produce un daño o pone en peligro un bien jurídico que no se hubiera producido si el agente activo actuaba”. (p. 67)

1.8.15. La Pena

La pena es la consecuencia del delito, García (2011) afirma que para la aplicación de la pena debe estar presente “la pretensión de mantener el más ponderado equilibrio entre, por un lado, los intereses sociales a cuya protección tiene que servir el derecho penal y, por otro lado, las garantías del individuo frente a la pretensión del poder punitivo”. (p. 212)

Carmignani (1822) plantea que:

Por pena se entiende el mal que se impone al delincuente por causa de sus delitos. La etimología de esta voz, según los que se complacen desmenuzar las

palabras, se deriva de la palabra griega “poini” que significa el perjuicio que se ocasiona a alguien por razón de las faltas cometidas por él. Entre los antiguos romanos la pena se llamaba *fraus*. (p. 115)

Siguiendo a Zaffaroni (2000) la palabra pena proviene de la voz latina *poena*, de la voz griega *poné*, que significa venganza; se aproxima a dolor proveniente de *pain* en inglés que tiene doble valor, de manera activa: castigar y de manera pasiva: sufrir.

En consecuencia la pena es considerada como un castigo, una privación de libertad, de un bien, una sanción, con un fin determinado de responsabilidad y rehabilitación por infringir una norma penal impuesta por el estado.

Como decía Platón “ningún hombre inteligente castiga porque se ha cometido una infracción, sino para que no se vuelva a cometer; no se puede eliminar lo que ha sucedido en el pasado; se evita lo que puede suceder en el futuro”.

El Código Orgánico Integral Penal COIP (2014) la define como “una restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles. Se basa en una disposición legal e impuesta por una sentencia condenatoria ejecutoriada” (Art. 51)

1.8.15.1. Finalidad

Para Carrara (1889) la finalidad de la pena es el restablecimiento del orden en la sociedad, no radica en hacer justicia y mucho menos en venganza, ni es para que el delincuente purgue su delito y obtenga enmienda.

La pena no puede rebasar el límite de culpabilidad y por el contrario, por diversas razones, casi siempre de política criminal, puede ser inferior la sanción o inclusive

excluirse no obstante se den condiciones de culpabilidad pero se carezca de fines preventivos.

En el COIP (2014) se establece que:

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

En ningún caso la pena tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales. (Art. 52)

Confiere entonces de manera general que la finalidad de la pena es la función preventiva y retributiva contemplada en la sanción impuesta por el cometimiento de un delito, buscando también la rehabilitación social del proceso al igual que la respectiva sanción por el derecho vulnerado y la reparación de la víctima, con la búsqueda y el alcance de la justicia.

1.8.15.2. Valoración

Kaufmann (1977) señala que “la tarea fundamental del juez penal no se agota en la subsunción del hecho bajo una ley determinada, sino que requiere la cuantificación y materialización del juicio de valor expresado en la ley” (p. 306)

En razón de que delito y pena son conceptos correspondientes a realidades correlacionadas entre sí y que son graduables, es decir susceptibles de valoración o medición para determinar el tiempo de condena el juzgador tiene la tarea de utilizar todo el marco normativo, principios y preceptos doctrinarios dentro de este proceso para la determinación de la pena; corresponde a la “cuantía de la pena”.

1.8.15.3. Individualización

Se entiende a la individualización como la adaptación de la pena a las características del delincuente es así como López (2014) sostiene que:

Consiste en imponer y aplicarla según las características y peculiaridades del sujeto para que se ajuste al individuo y realmente sea eficaz. Se trata de adaptar la pena, prevista en la norma, a un caso concreto e individualizado a fin de que resulte realmente justa y efectiva. (p. 10)

Siguiendo a Cobo del Rosal & Vives (1999) a pesar de que la aplicación judicial del derecho es individualización, el juez al aplicar la pena también tiene que tener en cuenta una serie de circunstancias no explícitamente previstas en la ley, que afectan a la mayor o menor gravedad del hecho, y que son susceptibles de generalización.

De acuerdo al COIP (2014) en la individualización de la pena:

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

1. Las circunstancias del hecho punible, atenuantes y agravantes.
2. Las necesidades y condiciones especiales o particulares de la víctima y la gravedad de la lesión a sus derechos.
3. El grado de participación y todas las circunstancias que limiten la responsabilidad penal. (Art. 54)

Lo expuesto implica la adecuación de la pena a la personalidad del delincuente a quien se aplica, es así como se puede evidenciar la necesidad de aplicar de manera adecuada la sanción de acuerdo al actor y su personalidad, considerando las circunstancias que sirven de fundamento para fijar la pena dentro del marco de la Legislación Penal; de tal manera los factores que se toman en cuenta en la fase de individualización de la

pena son múltiples son así pues: la conducta o precedente del delito, las circunstancias alrededor bajo las que se cometieron el delito, tiempo, modo, lugar, etc. e incluso los mismos antecedentes criminales que en la práctica se ponen en consideración ante el juzgador buscando determinar e identificar la peligrosidad del delincuente, así mismo los factores económicos, sociales, familiares, etc.

1.8.15.4. La Racionalidad

La racionalidad exige tomar en cuenta la calidad de las circunstancias presentadas, su impacto y fuerza, el valor y la importancia más su influencia en los hechos en específico.

Hernández (2012) plantea que la racionalidad “aludiría a una garantía de prescripción de la arbitrariedad judicial, en el sentido de exigencia de un criterio, motivo o razón a través del cual pueda explicarse y justificarse el ejercicio y resultado de la compensación”. (p.9)

En tal sentido, la racionalidad está relacionada al entendimiento, es decir a la razón que justifica la conducta; sin embargo, a pesar de que se habla de independencia y autonomía del Derecho en cuanto a la moral y la ética, en la práctica el Derecho se ve inmerso en juicios de valores para justificar un determinado comportamiento como razonable, apropiado o inapropiado de acuerdo a lo establecido por la ley y el criterio mismo del Juez al momento de juzgar una conducta tipificada como delito, es decir un acto reprochable por la sociedad.

1.8.16. La Compensación Racional

Bacigalupo (2009) “la compensación racional de las agravantes y atenuantes debe practicarse de acuerdo con alguna pauta, pues racional quiere decir con arreglo a criterios conocidos y sustentables de alguna manera” (P. 937)

Debe considerarse de tal manera como un mecanismo de valoración de la intensidad de los efectos modificatorios tanto de las circunstancias atenuantes como de las circunstancias agravantes; así se podrá identificar aquellas que integran o quedan excluidas en el proceso y el hecho.

Por lo tanto siguiendo Hernández (2012) si una circunstancia posee mayor incidencia modificatoria de pena que otra, necesariamente tendrá también mayor eficacia anulatoria que esta otra al interior del ejercicio de compensación.

Serrano (1995) sostiene que “la labor de compensación implica una operación de anulación de circunstancias, ésto es, de supresión o extinción de agravantes y atenuantes, en la medida de que ambas importan efectos contrapuestos” (p. 10)

La lógica de la compensación presupone entonces que se valoraría la cantidad o número de circunstancias que se presenten, en consecuencia una atenuante y una agravante se eliminarían recíprocamente, no quitando efectos modificativos subsistente, en tal sentido siguiendo a Caballero la compensación penal valora las conductas como entidades separadas, pero recíprocamente influyentes.

1.8.17. Circunstancias Modificatorias

Las penas establecidas por la legislación penal no determinan cantidades fijas en el sentido de que estas pueden variar en su máximo o su mínimo, en su ampliación o

reducción de acuerdo a lo que se defina en la fase en individualización de la pena correspondiente al delito siempre en fundamento a la proporcionalidad.

En este sentido según Bustos & Hormazabal (1999) “las circunstancias del delito son elementos accidentales nominados o innominados dentro de la estructura del delito, que influyen en la determinación de la pena” (p.396)

Cobo del Rosal & Vives (1999) sostiene que:

Las circunstancias modificatorias ofrecieron al juez la posibilidad de adaptar el esquema abstracto del precepto al caso concreto y al delincuente en particular. Se manifiesta así una vez más que la evolución hacia lo subjetivo es una característica del progreso en el derecho penal. (p. 181)

Rodríguez (2012) afirma que:

Las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal son aquellos hechos, situaciones o datos, ajenos a la estructura del tipo, a los cuales la ley confiere la virtud de servir como instrumento de medición de la intensidad que ha de revestir la pena en cada caso concreto” (p. 116)

De acuerdo a las definiciones planteadas las circunstancias modificatorias son consideradas como elementos accidentales y secundarios que presentadas modifican el hecho punible, indiscutiblemente relacionadas con la pena y su graduación, es decir su valoración. Es así como Tamayo (2012) aduce que “son elementos adicionales al delito pero relacionados con su esencia, en sentir del autor no hay circunstancia sin algo que le es principal y referente, y eso, para el contexto que nos interesa son los elementos constitutivos del delito” (p.33)

1.8.18. Atenuantes y Agravantes

1.8.18.1. Evolución Histórica

A pesar de que no existe mayor documentación acerca de la existencia de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal Jiménez de Asúa (1964) hace un acercamiento a las mismas mediante el Código de Hammurabi, el mismo que dicese distinguía: “los delitos voluntarios de los causados por negligencia y los hechos debidos a caso fortuito. Reconoce la atenuante de arrebató y obcecación, incluso en caso de riña” (pg. 275). De la misma manera Quisbert (2008) en las formas históricas de punición refiriéndose a Babilonia afirma también que el arrebató y la obcecación eran considerados como atenuantes; los Collas y Quichuas admitían las atenuantes como ser en el hurto famélico e ignorancia de la ley.

El Derecho Penal Romano evoluciona de formas religiosas en tres épocas: la primera que divide los delitos en públicos y privados, la segunda que impone la pena capital y la tercera que es en donde nace el delito extraordinario (una figura entre delito público y privado) aquí ya se conocen los elementos subjetivos del delito como el dolo, la culpa, la imputabilidad, el delito impulsivo, las atenuantes y agravantes. Fue en la Edad Media donde se vincula moralmente al sujeto con el hecho y se da importancia a las circunstancias que influyen en esta relación, tal es el caso de atenuantes como la confesión del reo, arrepentimiento, la restitución de lo robado, etc.

García (2014) plantea que “la evolución de estas circunstancias se encontró ligada a la idea garantista y la elaboración de una teoría general del delito, deteniéndose con el positivismo naturalista que las considera como índices de mayor o menor peligrosidad

bajo una concepción causalista”. (pg. 567). Bajo esta concepción estas circunstancias modificatorias de la conducta han sido de vital importancia puesto que pone en evidencia la evolución de la teoría del delito, se deja de considerar al delito por si solo y se toma en cuenta la forma en la que el sujeto actúa.

Siguiendo a Muñoz (2015) estas circunstancias determinarían la modulación de la pena ya establecida cuando se ha comprobado la existencia del delito, graduándola de tal forma que exista proporcionalidad entre el hecho objeto de juzgamiento y la consecuencia jurídica.

Finalmente como Mejías plantea “la presencia de circunstancias en las legislaciones penales se ha revelado como una exigencia derivada de los principios del derecho penal moderno... queda vinculado inexorablemente al movimiento codificador” (pg. 1)

1.8.18.2. Conceptualización

Se consideran como circunstancias atenuantes aquellas que reducen la responsabilidad criminal, sin embargo no la anulan totalmente. Mejías las define como “aquellas que aminoran la responsabilidad penal del sujeto” (pg. 28), es decir se enfocan en flexibilizar la pena correspondiente al procesado que ha incurrido en un ilícito. De igual manera García (2014) las denomina “eximentes incompletas, son causas que atenúan la pena por ser menor la culpabilidad, para que puedan apreciarse deben concurrir los elementos esenciales de la eximente respectiva (pg. 573); mientras que las agravantes muy por el contrario extienden la intensidad del juicio penal Mejías las define como “aquellas que determinan un incremento en la medida de la sanción, dada la peligrosidad, consecuencias u otros factores referidos por la ley” (pg. 28),

convirtiéndose en aspectos negativos del delito que son reprochables y de mayor consideración para el juzgamiento dentro del proceso.

1.8.18.2. Mecanismos de aplicación

Según el Art. 44 del COIP del Ecuador (2014):

Para la imposición de la pena se considerarán las atenuantes y las agravantes previstas en este Código. No constituyen circunstancias atenuantes ni agravantes los elementos que integran la respectiva figura delictiva.

Si existen al menos dos circunstancias atenuantes de la pena se impondrá el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción.

Si existe al menos una circunstancia agravante no constitutivas o modificatorias de la infracción, se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio.

Según García (2014) el presente mecanismo de aplicación de atenuantes y agravantes estaría violentando el principio de legalidad, en razón de que:

Se requiere de ley expresa, previa, general y prohibida de toda analogía... la clase de pena y la cuantía deben estar expresas, y estas no podrán ponerse a consideración del juez ni del legislador. La imposición de una pena mayor que el máximo señalado en la ley se torna de esta manera en inconstitucional, además de violatorio de tratados y convenios internacionales de protección de derechos humanos. (pg. 572)

1.8.18.3. Ejemplo de aplicación:

Artículo 141.- Femicidio.- La persona que, como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, dé muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.

Atenuante:

El mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio.

Mínimo de la pena: 22 años reducidos en 1/3

Pena: 14 años y 7 meses

Condición: Al menos dos circunstancias atenuantes y ninguna circunstancia agravante NO CONSTITUTIVA O MODIFICATORIA de la infracción.

Agravante:

La pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio.

Máximo de la pena: 26 años más 1/3

Pena: 34 años y 6 meses

Condición: Al menos una circunstancia agravante. No CONSTITUTIVA O MODIFICATORIA de la infracción.

1.8.19. Principios Fundamentales

Los principios fundamentales del Derecho penal representan una limitación al *ius puniendi* (el poder del Estado). De acuerdo con Alexy (2007) “los principios son mandatos de optimización. Los principios no son normas que establezcan exactamente

lo que debe hacerse, sino normas que exigen que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (p.86)

1.8.19.1. Principio de proporcionalidad

Presupone el rechazo al establecimiento de penas que no guarden relación valorativa con el hecho o la peligrosidad.

Entre la gravedad del delito y de la pena.

Barners (1998) plantea que:

El principio de proporcionalidad está integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un concreto perfil o punto de mira: el de la inutilidad, innecesariedad y desequilibrio del sacrificio; o, en otros términos: si éste resulta *a priori absolutamente* inútil para satisfacer el fin que dice perseguir; innecesario, por existir *a todas Luces* otras alternativas más moderadas, susceptibles de alcanzar ese objetivo *con igual grado de eficacia*; o desproporcionado en sentido estricto, por generar *patentemente* más perjuicios que beneficios en el conjunto de bienes, derechos e intereses en juego. (p. 16)

1.8.19.2. Principio de legalidad

El principio de legalidad se expresa en el aforismo latino *NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE* (No hay delito ni hay pena sin ley previa) postulado que fue

formulado por Feurbach. Este principio es entonces una exigencia y un reflejo de la seguridad jurídica al igual que una garantía política que tiene el individuo para no verse sometido por el Estado o los jueces a penas que no están establecidas en los tipos penales.

Roxín (1997) señala que “el principio de legalidad sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva”. (p. 137), esto genera mayor seguridad jurídica puesto que no se podrá atribuir delitos, penas y mucho menos circunstancias no tipificadas sin respaldo legal; no existen semejanzas en el ámbito penal pues es necesaria la precisión y claridad del tipo penal; todo esto en respaldo del procesado. Es así como Yacobucci (2002) concluye con que “la obligación de expresar legalmente el tipo penal y la pena traen como consecuencia el desarrollar con exactitud y claridad los términos de la imputación”. (pg. 275)

García (2014) afirma que para la aplicación de atenuantes y agravantes es fundamental priorizar el principio de legalidad pues el mismo presupone que por más nociva que parezca una conducta, no podrá ser sancionada penalmente si no está tipificada legalmente como conducta reprochable.

En consecuencia Vaello (2002) establece que la vigencia de este principio en un determinado ordenamiento jurídico determina una serie de consecuencias en tres planos diferentes:

- A) En lo que respecta a las fuentes del DP, supone... la exclusión de fuentes distintas a la ley, la prohibición de la analogía perjudicial para el reo... y la irretroactividad de las leyes desfavorables.
- B) En relación con las garantías: la garantía criminal que implica que ningún hecho puede ser delito si una ley anterior a su comisión no lo ha calificado

como tal, la garantía penal que supone la imposibilidad de aplicar pena alguna sin previo establecimiento de la misma por ley, la garantía jurisdiccional que significa que nadie puede ser condenado sino en virtud de sentencia irme por el Tribunal competente y la garantía de ejecución conforme a la que no podrá ejecutarse pena alguna de forma distinta a la prescrita por la ley.

- C) Respecto a la técnica de elaboración de las leyes penales, puesto que este principio determina la obligación del legislador de redactar las leyes con precisión y claridad. (p. 39)

1.8.19.3. Principio de culpabilidad

Vaello (2002) considera la culpabilidad como el juicio de reproche que se le hace al autor de un hecho típico y antijurídico, por lo que este principio puede concretarse en dos postulados: “no hay pena sin culpabilidad” y “la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad”, es decir ningún inocente puede ser condenado y quien fuese culpable debe tener una pena proporcional al grado de culpabilidad.

Loor (2011) sostiene que este principio refiere a que “La pena no puede imponerse al autor por la sola aparición de un resultado lesivo, sino únicamente en cuanto pueda atribuírsele el suceso lesivo como un hecho suyo”. (183)

Siguiendo a Puig el principio presupone la propiedad del delito, es decir es sumamente importante que no se haga responsable al sujeto por delitos ajenos, lo cual conlleva al establecimiento del principio de personalidad de las penas y no pueden castigarse formas de ser, personalidades, solo hechos y conductas. Loor (2011) “el principio de

culpabilidad es por tanto, la columna vertebral de la imputación objetiva como de la subjetiva”. (p. 187)

Fernández (2011) manifiesta que la culpabilidad no es un juicio abstracto o personal, sino debe estar referido al hecho, al daño, al injusto. Pues una culpabilidad pura, es decir, no referida ni circunscrita a la ejecución de un hecho externo determinado y concreto, deriva hacia la penalización del fuero interno y las actitudes éticas del individuo.

En virtud a lo expuesto el Código Orgánico Integral Penal (2014) estipula que “para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta”. (Art. 34)

Estos presupuestos establecidos en el articulado deberán estar presentes para poder determinar la culpabilidad del individuo cuando exista una supuesta lesión al bien jurídico de otro.

1.8.19.4. Principio de prohibición de doble valoración

Weezel (1997) presupone en razón a la prohibición de doble valoración que para la medición de la pena y para aumentarla o disminuirla no puede tomarse en cuenta elementos que ya ha considerado el legislador al tipificar una conducta ni aquellos que afectan a todos los delitos de la misma naturaleza.

Así el COIP (2014) se refiere a la prohibición de doble juzgamiento estableciendo que:

Ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena son considerados para este efecto. La aplicación de sanciones administrativas o civiles derivadas de

los mismos hechos que sean objeto de juzgamiento y sanción penal no constituye vulneración a este principio. (Art. 5 numeral 9)

1.8.20. Derecho Comparado

1.8.20.1. Chile

El mecanismo de aplicación de las circunstancias atenuantes y agravantes como lo plantea el Art. 65 del Código Penal Chileno (1874) versa en que la existencia de dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante conlleva a la aplicación de la pena inmediata inferior en uno o dos grados. De la misma manera el Art. 66 del mismo cuerpo legal explica que en el caso de que solamente concurra una circunstancia atenuante la pena debe ser aplicada en su grado mínimo y si existiese una agravante no concurre ninguna atenuante será impuesta en su grado máximo si este grado corresponde a la pena de muerte el tribunal no está obligado a imponerla; tipifica así el mismo artículo que:

Siendo dos o más las circunstancias atenuantes sin que concurra ninguna agravante, podrá imponer la pena inferior en uno o dos grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias. Si concurrieren circunstancias atenuantes y agravantes, las compensará racionalmente el tribunal para la aplicación de la pena, graduando el valor de unas y otras.

El Art. 68. Establece que:

Habiendo una sola circunstancia atenuante o una sola circunstancia agravante, no aplicará en el primer caso el grado máximo ni en el segundo el mínimo. Si

son dos o más las circunstancias atenuantes y no hay ninguna agravante, el tribunal podrá imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias.

Sin embargo, en el solo caso de que concurriese una atenuante muy calificada el tribunal tiene la facultad de imponer la pena inferior en un grado al mínimo de la señalada al delito; de la misma manera el tribunal es el que determina la cuantía de la pena tomando en cuenta la presencia, el número y la influencia de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito.

Evidentemente el mecanismo de aplicación de atenuantes y agravantes en la legislación Chilena es bastante similar a la que se aplica en Ecuador puesto que requiere de la existencia de dos o más atenuantes pero sin ninguna agravante de por medio para acceder a la pena inferior en uno o dos grados, la presencia de una agravante anulara las circunstancias atenuantes dando como resultado el grado máximo de la pena, existiendo incluso la pena de muerte que cabe aclarar queda a disposición del Tribunal penal su aplicación. Sin embargo, difiere de la legislación Ecuatoriana en el sentido de que en el caso de que concurran en igual cantidad circunstancias atenuantes y agravantes se gradúa el valor de las unas con las otras, así como también si el caso versa en la presencia de una sola atenuante o una sola agravante no se aplica ni el grado mínimo ni el grado máximo de la pena.

El Tribunal Penal posee la facultad de a su sana crítica e interpretación de determinar la cuantía de la pena tomando en cuenta la presentación de circunstancias modificatorias en el caso de que existiesen por su influencia dentro del delito, es decir

la ley deja a facultad del juez determinar el cálculo de la pena no impone de manera tajante un cálculo matemático de suma o resta de tiempo si no lo considerase justo.

1.8.20.2. Venezuela

El Código Penal de Venezuela (2000) en lo que refiere a la aplicación de circunstancias atenuantes y agravantes establece que:

Cuando la ley castiga un delito o falta con pena comprendida entre dos límites, se entiende que la normalmente aplicable es el término medio que se obtiene sumando los dos números y tomando la mitad; se la reducirá hasta el límite inferior o se la aumentara hasta el superior, según el mérito de las respectivas circunstancias atenuantes o agravantes que concurran en el caso concreto, debiendo compensárselas cuando las haya de una y otra especie... Si para el aumento o rebaja mismo se fijaren también dos límites, el Tribunal hará dentro de estos el aumento o rebaja respectivo, según la mayor o menor gravedad del hecho. (Art. 37)

El Código Penal Venezolano en su Art. 74 es claro en precisar que las circunstancias atenuantes no producen una rebaja especial de la pena es decir no cabe la rebaja en el límite inferior establecido por la ley para el hecho punible, sino que estas solo son para ser consideradas y tomadas en cuenta para en menos del término medio.

En el caso de las circunstancias agravantes en conformidad al Art. 78 del Código Penal de Venezuela (2000) se evidencia que:

Pueden dar lugar a la aplicación del maximum y también a un aumento excepcional que exceda al extremo superior de los dos que al delito asigne la ley, cuando esta misma disponga especialmente que en la concurrencia de

alguna o algunas de dichas circunstancias se imponga una pena en su maximum o se la aumente en una cuarta parte.

En el caso de Venezuela ni la reducción de la pena puede ir más allá del límite inferior de la misma, como tampoco el aumento de la pena puede ser superior al máximo establecido excepcionalmente cuando la ley lo disponga en casos especiales y su aumento puede ser el máximo más una cuarta parte, es decir de manera general se reduce y se aumenta hasta los límites establecidos en el tipo penal, es por ello que la ley penal Venezolana al momento de juzgar un delito toma en cuenta el término medio de la cuantía de la pena y parte desde allí para que pueda ser modificada de acuerdo a las circunstancias del hecho punible y la presencia de atenuantes y agravantes.

1.8.20.3. Brasil

De acuerdo al Art. 66 del Código Penal de Brasil (1940) la pena es susceptible de reducción por las circunstancias pertinentes antes, durante o después del delito incluso si no están previstos por la ley de manera expresa.

En consiguiente en el concurso de circunstancias agravantes y atenuantes como lo establece el Código Penal de Brasil (1940) “la pena se acercará a los límites indicados por las circunstancias actuales, en el entendimiento de como los resultantes de los motivos de la delincuencia, la personalidad del agente y la reincidencia”. (Art. 67)

A diferencia de Ecuador en Brasil no existe un mecanismo de aplicación preestablecido para el cálculo de la pena con la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes pues es el juez quien en la medición de la pena considera su aumento o disminución para lo que le basta con una sola circunstancia ya sea agravante o atenuante al delito.

1.8.20.4. Bolivia

En el caso de Bolivia existen atenuaciones especiales que tipificadas en el Art. 39 del Código Penal (2003) que en su forma de aplicación proceden de la siguiente manera:

1. La pena de presidio de treinta años se reducirá a quince.
2. Cuando el delito sea conminado con pena de presidio con un mínimo superior a un año, la pena impuesta podrá atenuarse hasta el mínimo legal de la escala penal del presidio.
3. Cuando el delito sea conminado con pena de presidio cuyo mínimo sea de un año o pena de reclusión con un mínimo superior a un mes, la pena impuesta podrá atenuarse hasta el mínimo legal de la escala de la pena de la reclusión.

Concerniente a las circunstancias agravantes no se encuentran detalladas en específico en un articulado sino que de manera dispersa el Código Penal de Bolivia dentro de cada delito estipula los motivos de agravación y sus consecuencias en el aumento de la pena.

La principal diferencia con la legislación Ecuatoriana es que en el caso de Bolivia las circunstancias agravantes están especificadas dentro de cada delito de acuerdo al tipo penal y de igual manera su influencia en el cálculo de la pena puesto que de acuerdo al delito y las agravantes que pueden presentarse se establece el porcentaje de aumento de la pena. Por otro lado las circunstancias atenuantes proceden de manera general para todos los delitos pero se especifica cómo se atenúa la pena tal es el caso de la reclusión de 30 años que podrá ser reducida a 15, si la pena es superior a un año se

atenúa hasta el mínimo legal de la escala penal del presidio al igual que cuando la pena es de mínimo un año y superior a un mes.

Partiendo de los supuestos anteriores resulta importante recalcar que Venezuela se acerca a los enunciados de justicia e igualdad del Derecho penal en el sentido de que si concurriesen circunstancias modificatorias de la pena como es el caso de las atenuantes y agravantes no podrá rebasar los límites establecidos por la ley para cada tipo penal ya sea en el caso de rebaja o aumento de la pena; al igual que Chile que a pesar de que su mecanismo de aplicación es similar al de Ecuador en cuanto refiere a la necesidad de dos atenuantes para la rebaja de la pena y una sola agravante como sistema de anulación para las atenuantes con la diferencia de que el sistema penal Chileno permite la anulación de las unas con las otras, graduando su valor si se presenta una de cada una, es decir no se aplica ni el grado mínimo ni el grado máximo. Por su parte Brasil no establece un mecanismo de aplicación para la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes para tal efecto el juez con la sola presencia de tanto una atenuante como una agravante tiene la facultad de considerar el aumento o disminución de la pena a su criterio de acuerdo al caso, considerando igual de importante la presencia ya sea de una atenuante o de una agravante para la valoración del delito y de la pena.

CAPITULO II

METODOLOGÍA

2.1. Metodología de la investigación

La presente investigación fue realizada a partir de un enfoque crítico positivo, de carácter cualitativo, con la singularidad de bibliográfica-documental en razón de que se recolecto, sistematizo y selecciono información de utilidad teórica y conceptual contenida en físico y virtual tales como: libros, cuerpos legales, papers, tesis, investigaciones, revistas y casos. El compendio de normativa sobre los métodos de aplicación de circunstancias atenuantes y agravantes consintió la identificación de los fundamentos legales contemplados en La Constitución y El Código Orgánico Integral Penal para la aplicación de la regla añadiendo la revisión de derecho comparado que permitió un mayor análisis acerca de la fijación y aplicación de las atenuantes y agravantes en otras legislaciones. La información obtenida de revistas, casos, investigaciones, libros, papers y tesis respaldan la investigación proporcionando el conocimiento del verdadero significado y el fin de la compensación racional en el Derecho Penal y en específico al momento de aplicar y valorar una pena tomando en cuenta las circunstancias atenuantes y agravantes inmersas en los procesos penales.

2.1.1. Método General

71

Se aplicó como método general el deductivo puesto que se sometió a razonamiento, reflexión y análisis el postulado superior correspondiente a la compensación racional de las atenuantes y agravantes que permitió extraer consecuencias y conclusiones

concretas de su mecanismo de aplicación esencialmente en el momento de valoración de las penas.

2.1.2. Método Específico

En cuanto al método específico se aplicó el dogmático-exegético en razón de que a partir del análisis del ordenamiento jurídico se desentraña el sentido, contenido y alcance de la norma positiva.

A través de la normativa establecida en el Código Orgánico Integral Penal se examinó el proceso de juzgamiento de la pena, el conocimiento del sistema que compone el ordenamiento jurídico con sus principios rectores y su aplicación diagnosticando el proceso de juzgamiento y la determinación de la pena en los procesos penales.

Consecuentemente mediante la revisión de doctrina, normas, estudios, investigaciones y artículos se fundamentó la influencia de la aplicación de atenuantes y agravantes en la medición de la pena.

Finalmente través de entrevistas, doctrina, jurisprudencia e investigaciones se establecieron los fundamentos teóricos y científicos que influyen en la compensación racional de las atenuantes y agravantes conforme al garantismo penal.

2.1.3. Técnica e Instrumento

La técnica empleada como mecanismo de recolección de información fue la entrevista, realizada a profesionales del derecho penal y a jueces para conocer sus criterios y aportes acerca de la compensación racional en las atenuantes y agravantes en la aplicación de la pena en el País.

CAPITULO III

RESULTADOS

3.1. Justificación:

Las entrevistas realizadas, han sido dirigidas hacia profesionales del derecho como abogados de prestigio, jueces y fiscales que en uso de sus funciones se encuentran inmersos en el ámbito penal que abarca los procesos de juzgamiento de quienes han incurrido en el cometimiento de un delito, de tal manera aportaran con sus conocimientos y experiencia al desarrollo de la investigación y el alcance de los objetivos planteados.

3.2. Presentación de resultados

Tabla 3.1. Resultados

	ENTREVISTADO	INFORMACIÓN
ENTREVISTA 1	Dr. Felipe Rodriguez Moreno	Experto en Derecho Penal
ENTREVISTA 2	Dra. Carolina Ruiz	Fiscal de la Unidad de soluciones rápidas No. 2 (Latacunga)
ENTREVISTA 3	Dr. Raul Recalde	Fiscal de la ciudad de Ambato
ENTREVISTA 4	Dr. Iván Arsenio Garzón Villacres	Juez de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial
ENTREVISTA 5	Dr. Marco Estuardo Noriega Puga	Juez de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial

Elaborado: Gardenia Segovia

Fuente: propia

3.3. Entrevistas

Pregunta 1:

¿Qué significa compensar circunstancias modificativas y bajo qué parámetros o criterios se lleva a efecto dicha operación?

Tabla 3.2. Circunstancias modificativas

PROFESIONAL ENTREVISTADO	RESPUESTA
Dr. Felipe Rodríguez Moreno	Miden el grado de peligrosidad y la honorabilidad que en la actualidad se refleja en atenuantes que deberían ser consideradas en igual jerarquía; dogmáticamente las penas deberían desaparecer es decir los máximos y los mínimos deberían neutralizarse y existir penas intermedias a ser aplicadas, es así como compensar circunstancias significa observar y medir que es más grave o que es más importante.
Dra. Carolina Ruiz	Valorar las circunstancias que puedan agravar y atenuar la pena, con la consideración de que para que se apliquen las atenuantes se requiere al menos dos y para agravar la pena basta con la existencia de una sola de estas.
Dr. Raul Recalde	Todos los derechos en un estado constitucional tienen la misma categoría, cuando se habla de compensación, refiere a una ponderación de derechos, frente a un análisis jurídico de que es lo que pesa más y se debe cumplir con lo que la ley dispone de manera taxativa. El juez valora la existencia del acto a las circunstancias.
Dr. Iván Garzón	Compensar es equiparar, buscar la igualdad y equivalencia entre circunstancias modificatorias de la infracción y sean estas que permitan atenuar la pena o agravar las mismas; cuando las circunstancias de los hechos facticos que rodean el acto se puedan colegir.
Dr. Marco Noriega	Compensar es buscar la forma de sanear, pagar y dejar en claro una obligación, en un concurso de circunstancias modificatorias del tipo penal.

Elaborado: Gardenia Segovia

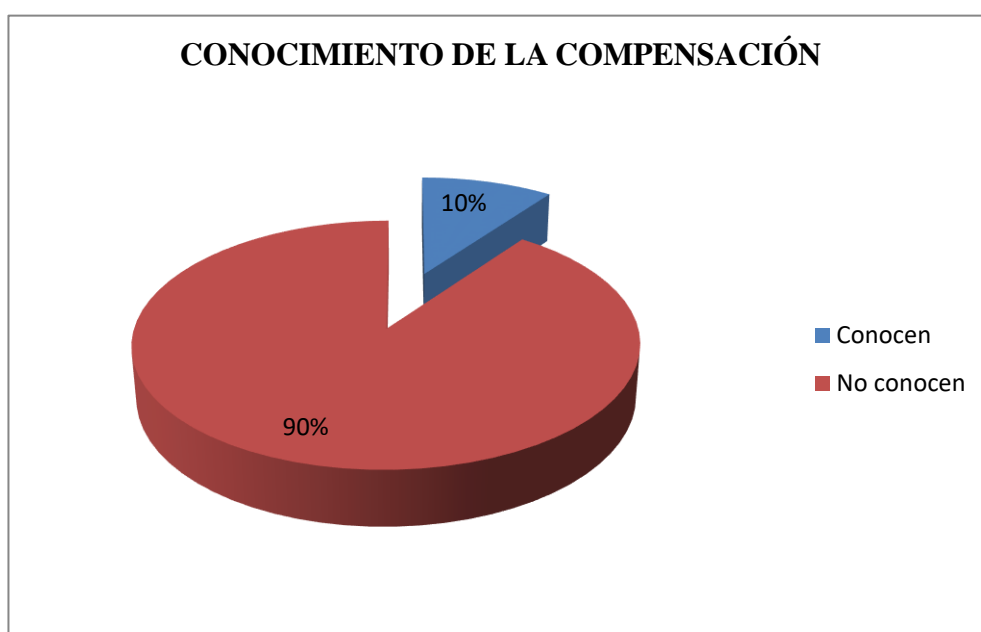
Fuente: propia

Análisis:

Dentro de un Estado constitucional de derechos en donde todos tienen la misma jerarquía la compensación de circunstancias modificatorias de la pena consiste en

observar y medir que es más grave o que es más importante dentro de un análisis jurídico en donde se realiza una ponderación de los hechos que pueden presentarse antes, durante o después del cometimiento de un delito de acuerdo a lo que la ley dispone de manera taxativa, de tal manera se valoran las circunstancias que pueden agravar o atenuar la pena, buscando la equivalencia entre estas con el fin de determinar penas justas.

Grafico 3.1 Conocimiento de la compensación



Elaborado: Gardenia Segovia

Fuente: propia

Pregunta 2:

¿Compensar dos agravantes con una atenuante persiste en un fundamento cualificado y cuantificador de valoración de la pena?

Tabla 3.3 Compensación del mecanismo de aplicación

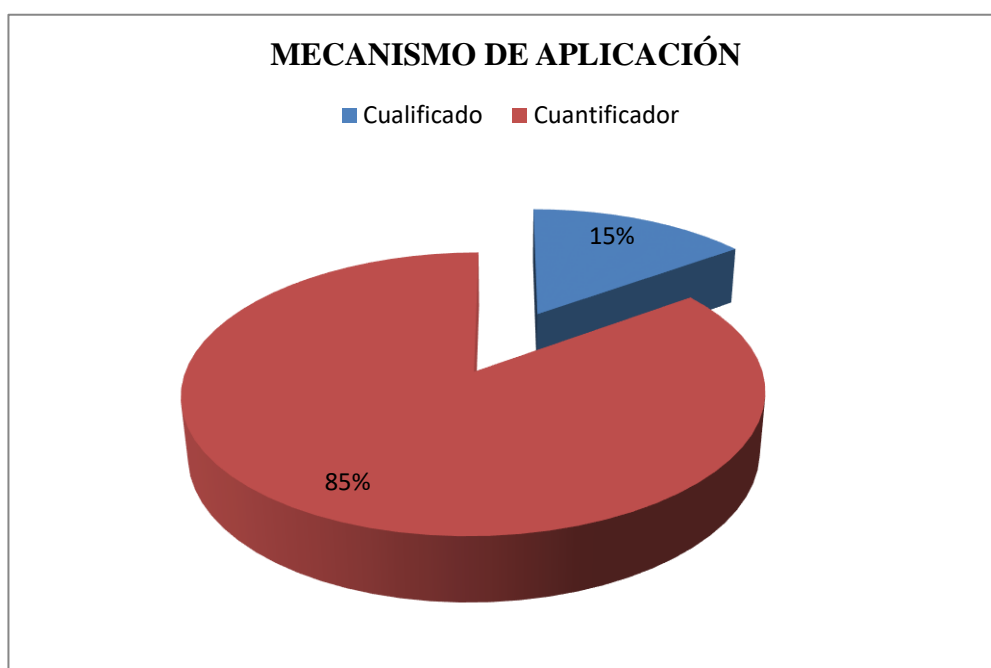
PROFESIONAL ENTREVISTADO	RESPUESTA
Dr. Felipe Rodríguez Moreno	<p>Creo que hay desigualdad y falta de proporcionalidad absoluta debería existir una guerra igualitaria de circunstancias que modifican la pena, una sola atenuante debería ser suficiente al igual que si tengo cinco de la una y cinco de la otra se deben neutralizar, así ni la una ni la otra puede ser más poderosa. La regla actual no te da la osadía de exigir atenuantes si presentas agravantes.</p>
Dra. Carolina Ruiz	<p>La aplicación de atenuantes y agravantes se la realiza en atención al principio de legalidad, por lo que no se podría realizar otra interpretación respecto de la aplicación de las mismas.</p>
Dr. Raul Recalde	<p>No es justo, pero es legal. Dentro de un principio de actuación judicial se debe entender el espíritu de la norma pues todo delito afecta un bien jurídico, la reducción no libera el daño o el peligro. Si bien no es justo, el principio pro homine no permite agravar la situación, la ley pide que sean más atenuantes porque benefician a una persona causante de la vulneración de un derecho.</p>
Dr. Iván Garzón	<p>Existe disparidad y desigualdad en cuanto la modulación de la pena por cuanto para agravar basta la presencia de una sola agravante y en el evento contrario para atenuar se necesitan dos, caso en el que se reconoce el buen proceder; subjetivamente existe desigualdad ante la ley.</p>
Dr. Marco Noriega	<p>Basta con que haya una agravante se modifica la pena por más que existan todas las atenuantes establecidas. Se abstiene a los casos concretos, haciendo un cómputo matemático. Por más que como juzgador no viere la necesidad del máximo de la pena más un tercio no podría no aplicarlo, porque la sentencia sería susceptible de apelación.</p>

Elaborado: Gardenia Segovia

Fuente: Propia

Análisis:

A pesar de no ser justo es legal puesto que resulta ser un simple cálculo matemático en el que se aplica lo que la ley dispone; en este caso la regla actual limita la presencia de circunstancias atenuantes frente a las circunstancias agravantes al determinar que la sola presencia de una agravante anula y deja sin efecto las atenuantes que necesitan ser dos para ser abalizadas por una, incluso si refiere a la atenuante trascendental. Sea justo o no, no se podrá imponer pena en contrario porque sería susceptible de apelación.

Gráfico 3.2. Mecanismo de aplicación

Elaborado: Gardenia Segovia

Fuente: propia

Pregunta 3:

¿En la fase de individualización de la pena que función cumple el principio de culpabilidad para la racionalidad del ejercicio de la compensación?

Tabla 3.4. Culpabilidad para la racionalidad

PROFESIONAL ENTREVISTADO	RESPUESTA
Dr. Felipe Rodríguez Moreno	Para imponer una pena se basan en materialidad y responsabilidad; las atenuantes y agravantes no demuestran responsabilidad y valorativamente a la culpabilidad se le modifica la punibilidad.
Dra. Carolina Ruiz	Si existiesen circunstancias atenuantes o agravantes es un cálculo matemático que realiza el juzgador al momento de imponer la pena. Si no existen esas circunstancias modificatorias de la pena la individualización de esta será en base a un análisis de las circunstancias sociales, familiares y personales del procesado.
Dr. Raul Recalde	La culpabilidad es la demostración de la responsabilidad, de alguna manera debe ser previamente demostrado, para permitir la aplicación de la pena en concreto. Reducir la pena en abstracto a un grado de responsabilidad para la pena en concreta. Todas las conductas tienen rangos mínimos y rangos máximos; lo que permite que la pena en abstracto sea modificada y la flexibilidad que tienen aun sin la existencia de atenuantes y agravantes los aportes probatorios dan mínimos y máximos que se adecuan en la culpabilidad de la persona.
Dr. Iván Garzón	Cumple un papel determinante para condenar un justiciable, es importante que se pruebe la materialidad y la culpabilidad activa y directa del sujeto activo.
Dr. Marco Noriega	No importa de dónde proviene, de donde es ni nada contar que sea una persona que sabe conoce lo que hizo y que es contrario a la ley; se mide la lesividad.

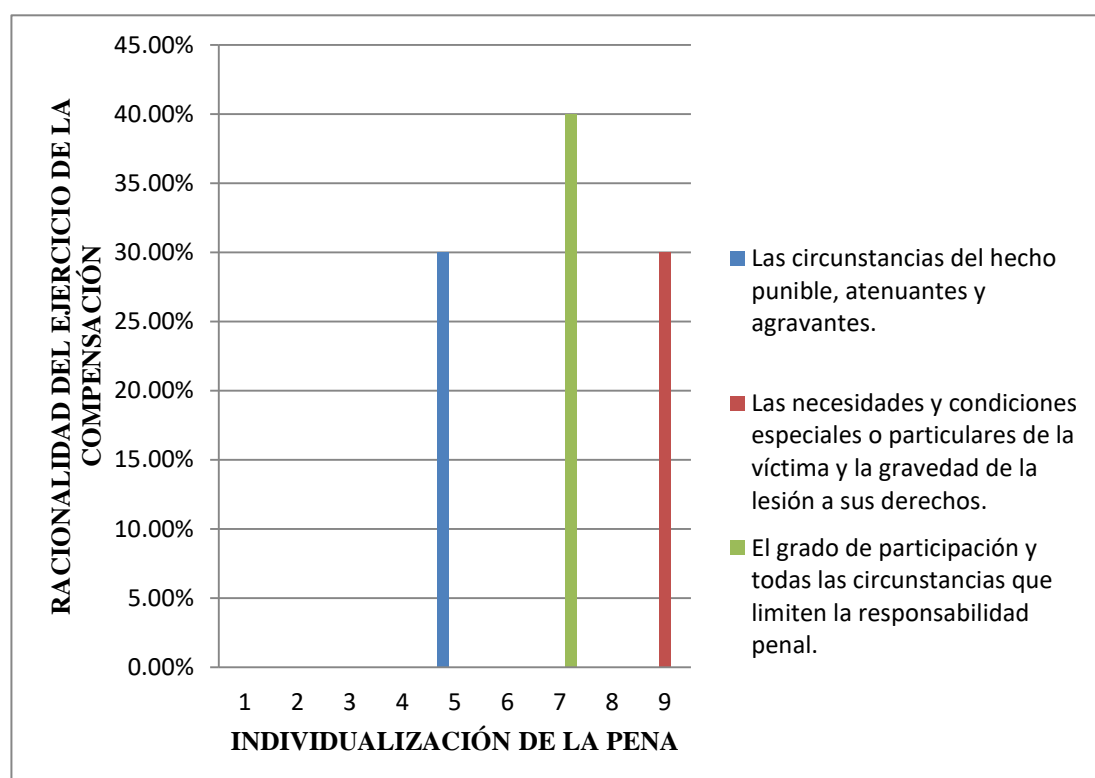
Elaborado: Gardenia Segovia

Fuente: Propia

Análisis:

La culpabilidad cumple un rol fundamental en el proceso de juzgamiento, puesto que determina la responsabilidad del sujeto y en consideración a que los tipos penales tienen rangos mínimos y máximos la pena en abstracto puede ser modificada de acuerdo al grado de culpabilidad demostrado, las circunstancias atenuantes y agravantes no demuestran responsabilidad ni se deberían valorar dentro de los grados de culpabilidad puesto que son circunstancias ajenas que sin embargo aun después de la individualización de la pena, derrocan todo precepto en contrario si aparecen en el proceso, generando de manera directa el aumento o disminución de la pena.

Gráfico 3.3. Individualización de la pena y racionalidad de la compensación



Elaborado: Gardenia Segovia

Fuente: Propia

Pregunta 4:

¿Considera usted que si se presentase una atenuante y una agravante se deberían anular simultáneamente?

Tabla 3.5 Anulación simultanea de atenuantes y agravantes

PROFESIONAL ENTREVISTADO	RESPUESTA
Dr. Felipe Rodríguez Moreno	Absolutamente si, ni para la una ni para la otra, deben ser probadas de manera objetiva.
Dra. Carolina Ruiz	Por el principio de legalidad se debe aplicar las circunstancias agravantes. Con una reforma a la ley podría considerarse una equivalencia para valorar las circunstancias modificatorias de la pena y así en caso de existir una agravante y una atenuante no se aplicaría ninguna.
Dr. Raul Recalde	Para que se exista una atenuante se necesitan dos, la proporcionalidad no equipara las circunstancias que son ajenas a la conducta, pueden no haber estado en la intención del individuo. A veces el juez se encuentra presionado por el proceso de juzgamiento mas no por el convencimiento del delito, por lo general las agravantes son previas.
Dr. Iván Garzón	De acuerdo a la normativa por mandato legal la sola existencia de una agravante anula las atenuantes; si no existiese mandato legal en la individualización de la pena se deberían considerar todos los aspectos, entre los elementos, conducta, etc. evidentemente la doctrina y la jurisprudencia internacional se sujetan que al justiciar no se deben considerar situaciones subjetivas.
Dr. Marco Noriega	Si una atenuante frente a una agravante es relevante sin embargo por la legalidad no se puede aplicar, simplemente debería no ser tomada en cuenta como modificatoria de la pena. Si tienen el mismo peso no se modifica.

Elaborado: Gardenia Segovia

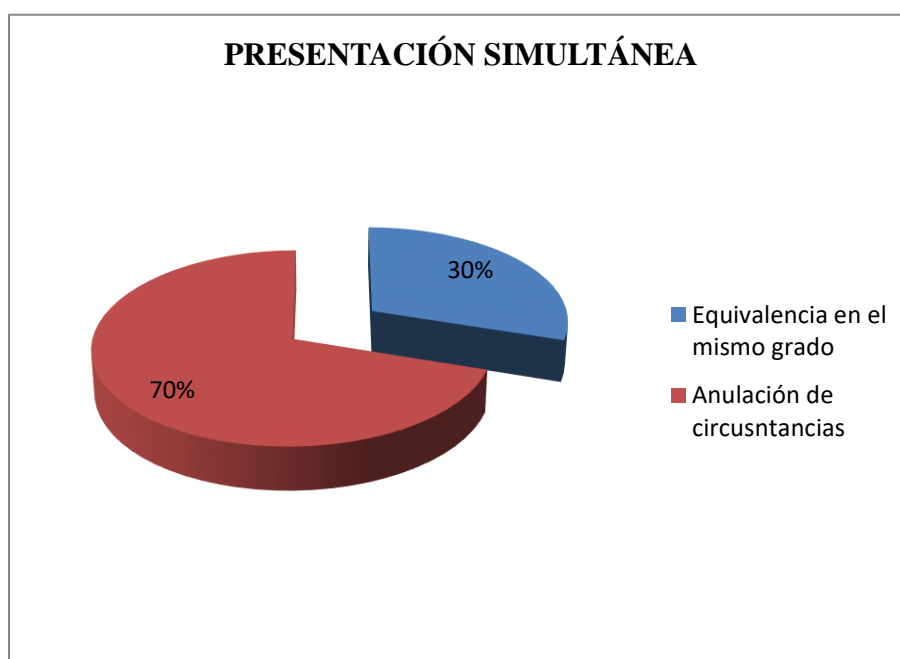
Fuente: Propia

Análisis:

Tanto las circunstancias atenuantes como agravantes deberían ser probadas y consideradas de manera objetiva, sin que la una anule a la otra subjetivamente; es decir se podría considerar una equivalencia al momento de valorar estas circunstancias en el caso de que se contrapongan unas con otras en la misma cantidad no debería

prevalecer ninguna o caso contrario deberían ser consideradas en el mismo grado para establecer una pena en concreto, si bien es cierto el mandato legal no lo permite pero sería lo más justo porque muchas de las veces el juez se encuentra presionado por el proceso de juzgamiento mas no por el convencimiento del delito.

Gráfico 3.4. Presentación simultánea de circunstancias



Elaborado: Gardenia Segovia

Fuente: Propia

Pregunta 5:

¿Cuáles son los límites a los que se sujete la interpretación del juez en el ejercicio de la compensación racional de atenuantes y agravantes?

Tabla 3.6. Límites de interpretación

PROFESIONAL ENTREVISTADO	RESPUESTA
Dr. Felipe Rodríguez Moreno	Es un ejercicio matemático en el que lee la ley verifica si se cumple o y si la aritmética te da las aplicas y punto. El juez interpreta en el sentido de que la circunstancia encaje en la ley cumpliendo sus requisitos no confundiendo el comportamiento con un parecido sino con lo estrictamente positivado.
Dra. Carolina Ruiz	Por el principio de legalidad no existiría interpretación por parte del juez. Es en la valoración en la que dentro de los rangos establecidos de las penas de acuerdo al tipo penal el juez interpreta siempre y cuando no existan circunstancias modificatorias de la pena, sino esta interpretación por la peligrosidad se elimina y se aplica matemáticamente lo que la ley indica.
Dr. Raul Recalde	En nuestro sistema oral, el límite está dado por el tipo. Antiguamente la adecuación probatoria se hacía exclusivamente a los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal, cumplir con lo que la norma penal taxativamente expone; bajo el nuevo contexto se debe considerar la trascendencia y lesividad.
Dr. Iván Garzón	De acuerdo a la aplicación de la norma, para modular la pena. El inobservar estas disposiciones legales implicaría inseguridad jurídica, omitir el debido proceso e incluso ser responsable penalmente por un delito contra la actividad judicial.
Dr. Marco Noriega	La ley, simplemente al principio de legalidad ni siquiera al de proporcionalidad porque ese queda para los legisladores quienes establecen los tipos y las penas a las que el juzgador penal se somete, limitando su poder y proceder.

Elaborado: Gardenia Segovia

Fuente: Propia

Análisis:

A pesar de que por el principio de legalidad no cabría la interpretación del juez, la misma se da en el sentido de que interpreta si la circunstancia encaja en la ley cumpliendo sus requisitos, sin confundir el comportamiento con un parecido sino con lo estrictamente positivado, así que el límite de interpretación u adecuación esta ya

dado por el tipo que ha sido preestablecido por los creadores de la norma penal y que bajo potestad de los jueces de garantías penales simplemente queda allanarse y limitar su poder y proceder a lo establecido por la ley, sin importar el convencimiento que a su parecer se evidencia.

Gráfico 3.5. Límites de interpretación



Elaborado: Gardenia Segovia

Fuente: Propia

Pregunta 6:

¿Considera usted que se debería aplicar las agravantes sobre los mínimos de la pena de acuerdo a la gravedad del delito?

Tabla 3.7. Agravantes sobre los mínimos de la pena de acuerdo a la gravedad del delito

PROFESIONAL ENTREVISTADO	RESPUESTA
Dr. Felipe Rodríguez Moreno	Deberían ser aplicadas así dependiendo del delito y el alcance del mismo siendo igualitario en el sentido de que no se debe tener mayor ni menor consideración a nadie ni ninguna circunstancia sino ser lineal en su aplicación.
Dra. Carolina Ruiz	No porque el texto de la ley nos indica que se aplicara el máximo de la pena más el un tercio.
Dr. Raul Recalde	No por el principio de legalidad; sin embargo en este contexto resultaría justo que las agravantes o atenuantes se apliquen frente a las penas en concreto mas no en abstracto. Es necesaria la división de delitos para la determinación de la pena.
Dr. Iván Garzón	Se incurriría en hierros jurídicos por mandato legal.
Dr. Marco Noriega	La ley por encima de todo.

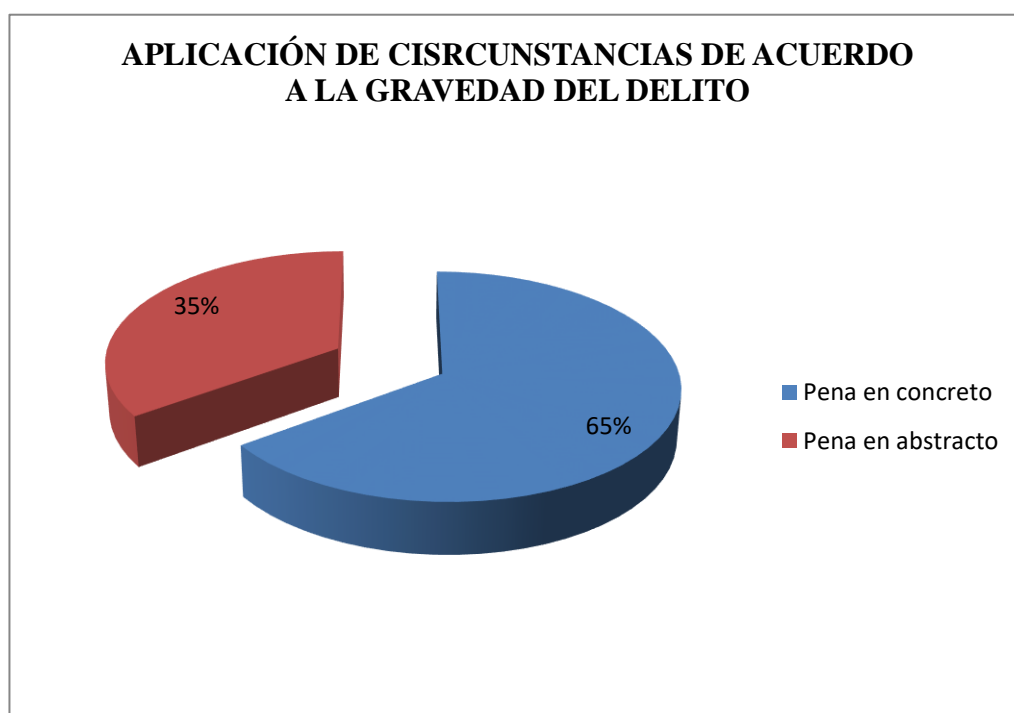
Elaborado: Gardenia Segovia

Fuente: Propia

Análisis:

Dependiendo del delito y el alcance del mismo se debe dar la determinación de la pena, por el principio de legalidad resulta imposible establecer penas flexibles si en el proceso se presentan circunstancias atenuantes y agravantes pues de manera inmediata se accede al máximo más un tercio o el mínimo menos un tercio para no incurrir en hierros jurídicos.

Gráfico 3.6. Aplicación de circunstancias de acuerdo a la gravedad del delito



Elaborado: Gardenia Segovia

Fuente: Propia

3.4.Análisis General:

Las entrevistas realizadas para la presente investigación permiten determinar que existe conocimiento por parte de los profesionales del derecho acerca la compensación de circunstancias modificativas de la pena y los mecanismo de aplicación de las mismas, pues en su mayoría se conceptualizo a la compensación como una ponderación de circunstancias, es decir que dentro de un análisis jurídico en el proceso de juzgamiento se valoran las circunstancias

que pueden agravar o atenuar la pena de acuerdo a lo establecido por la ley, que en el caso de la legislación Ecuatoriana confiere al hecho de que dos atenuantes podrán ser consideradas para la reducción de la pena al mínimo del tipo menos un tercio, pero no obstante a lo presente una sola agravante anulara la presencia de atenuantes dando como resultado el máximo de la pena más un tercio, convirtiéndose en un mero computo matemático en el que se imponen máximos y mínimos ya establecidos por la ley, de hecho no cabría a criterio del juez el principio de proporcionalidad a los tipos, puesto que las penas ya están preestablecidas por los legisladores y de manera taxativa a los jueces les queda su directa e inmediata aplicación acarreado incluso como resultado que muchas de las veces los jueces de garantías penales se encuentren presionados por el proceso de juzgamiento que por el mismos convencimiento del delito.

En este contexto es de suma importancia determinar la culpabilidad del individuo, sin dejar de lado el hecho de que las circunstancias modificatorias no influyen en la culpabilidad de la persona por ser circunstancias ajenas al delito que se pueden dar antes, durante y después del mismo, que en la práctica influyen en la adecuación de la conducta al tipo y a posteriori se presentan para atenuar o agravar la pena.

La ley penal no permite interpretación, el juez está limitado a adecuar la conducta al tipo para la imputación de un delito y la determinación de la pena al mismo y deberá depender del alcance del mismo el tiempo de condena a establecerse, para lo que la presencia de circunstancias atenuantes y agravantes debería ser aplicada de manera justa y equitativa sin desvalorizar las unas con las otras y en el caso de que se presentasen simultáneamente, se anulen o

consideren de la misma manera y en igual jerarquía; en todo caso cabría la posibilidad de aplicar máximos y mínimos a la pena en concreto mas no a la pena en abstracto que por el principio de legalidad resulta imposible pero sin embargo sería lo más justo.

CAPITULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. CONCLUSIONES

- La compensación de circunstancias atenuantes y agravantes no se justifica en un cálculo matemático y un componente numérico de circunstancias concurrentes, en razón de que no se puede ponderar ni prevalecer de manera aritmética la libertad de una persona y en vista de que las circunstancias son modificatorias de la pena en abstracto, estas deben ser analizadas y valoradas de acuerdo a su influencia en el cometimiento del delito. En este contexto y posterior a la investigación realizada respecto al tema se considera que tanto las circunstancias atenuantes como agravantes deberían tener la misma potestad cuantificadora y calificadora en un delito, adquiriendo igual peso e influencia en la operación de la compensación, e incluso la presencia de las dos en conjunto de acuerdo al hecho deberían atraer como resultado la anulación recíproca o su consideración en el mismo grado, generando equivalencia pues solo así una atenuante tendría el mismo peso que una agravante.
- Son las circunstancias atenuantes las que otorgan un grado de libertad al procesado si tuviesen el mismo grado de influencia que las circunstancias agravantes, es decir las agravantes gozan de especial preferencia, en el proceso se evidencia en la presencia inminente de 19 agravantes y 6 atenuantes más la atenuante trascendental que en su aplicación no tienen el mismo grado de oportunidad de acceso más aun cuando la ley de manera taxativa limita estrictamente a considerar como atenuantes las descritas por la ley sin dar

oportunidad a adaptar otras conductas o hechos sino únicamente las descritas generando un grado de reprochabilidad a las atenuantes porque en la práctica mayor valor tienen las acciones consideradas como agravantes que aquellas que atenúan la pena, pues dos atenuantes llegarían a convertirse en una para ser considerada pero la sola presencia de una agravante anularía las anteriores acarreando como resultado el máximo de la pena más un tercio, lo que no sucede con las atenuantes, estas no anulan ni hacen que desaparezcan las agravantes.

- La compensación racional se basa en la fundamentación que le dé el árbitro judicial, es decir el juez quien selecciona las circunstancias susceptibles de compensación racional que primero significa que sea justo para el procesado segundo que se considere de manera correcta las circunstancias modificadoras de la pena y que a criterio del juez y su sana crítica sean aplicadas en base a los principios procesales penales y derechos fundamentales de las personas, en fundamento al sistema penal garantista y finalista que se desarrolla en el Ecuador.

4.2. RECOMENDACIONES

- Las actuaciones judiciales más allá de la sola aplicación de las normas deben basarse en la correcta valoración de la pena, de acuerdo al delito, su origen, sus causas y sus efectos; y las decisiones judiciales al tratarse de la libertad de las personas se deben enmarcan en los principios constituciones, penales y en los derechos humanos de las personas procesadas.
- Se recomienda que el nivel de oportunidad que tenga el procesado para acceder a circunstancias modificatorias de la pena sea igual tanto si se trata de agravantes como atenuantes, es decir si una sola agravante borra cualquier atenuante y conlleva al máximo de la pena más un tercio de igual manera una sola circunstancia atenuante debería dar como resultado el mínimo de la pena menos un tercio; no esperar dos atenuantes de las pocas que están tipificadas para ser consideradas por el juez para el dictamen de la sentencia, mucho menos que estas sean anuladas y desaparezcan por la presencia de circunstancias agravantes en razón de que el nivel de peligrosidad no se mide en desvalorizar sus actuaciones buenas por haber cometido un delito.
- La compensación racional pretende establecer penas y sentencias justas por lo que se debería pretender buscar equivalencia entre las circunstancias presentadas que pueden ser antes, durante y después del proceso, puesto que es el procesado quien también se encuentra en indefensión ene l proceso de juzgamiento pues se encuentra limitado en sus derechos, evidentemente debe responder por el delito cometido pero también se debe considerar su condición humana.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (2007), *Teoría de los derechos fundamentales*, (2da. Ed.). Madrid-España: Editorial-Centro de Estudios Constitucionales.
- Bacigalupo, Z. (2009), *Teoría y práctica del Derecho Penal*, t. II. Bogota-Colombia: Editorial Temis, SA.
- Barners, J. (1998), *El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar. Cuadernos de Derecho Público*, Huelva, España.
- Bustos, J. & Hormazabal, H. (1999), *Lecciones de Derecho Penal Volumen II*, Editorial Trotta.
- Carmignani, G. (1822), *Elementos de Derecho Criminal*, p. 115.
- Carrara, F. (1889), *Programa de Derecho Criminal*, Costa Rica, t. II
- Caza, J. (2012). La Criminalística, hoy. *Revista de criminología y ciencias forenses*, No. 17, 6-14.
- Cerezo Mir, J. (2000). *Derecho penal: Parte General*, Tomo 1. Madrid-España. Editorial UNED Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- Cobo del Rosal & Vives, A. (1999), *Derecho Penal, Parte General II*, Buenos Aires-Argentina.
- Código Penal Bolivia. R.O. 1768 de Junio del 2010.
- Código Penal Brazil. R.O. 9.777 del 26 de Diciembre de 1998.
- Código Penal de Venezuela. R.O. 5.494 del 20 de Octubre del 2000.
- Código Penal, legislación chilena. R.O. 18742 del 13 de Marzo del 2010.
- Constitución de la República del Ecuador.R.O.242 del 20 de octubre del2008.

- De la Cruz Ochoa, R. (2002). Política Criminal. Notas sobre su concepto, métodos y sus relaciones con la Criminología y el Derecho Penal. *Revista Cubana de Derecho*. N. 20.
- Ebert, U. (2005). *Derecho Penal: Parte General*. Recuperado de: https://books.google.com.ec/books?id=z0A8wRBpBXAC&printsec=frontcover&dq=derecho+penal&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiJoM6xgq_VAhUJTSYKH5onCPwQ6AEIUTAJ#v=onepage&q=derecho%20penal&f=false
- Echeverría, E. (1954). *Derecho Penal Ecuatoriano*. Tomo 1. Quito-Ecuador: Editorial Talleres Gráficos Nacionales.
- Fernández, G. (2004). *Bien Jurídico y Sistema del Delito*. (1ra. Ed.). Montevideo: editorial B DE F.
- Fernández, J. (2011), *Derecho penal parte general, principios y categorías dogmáticas*, Bogotá, Ibáñez.
- Ferri, E. (1887). *Los nuevos horizontes del Derecho y del procedimiento Penal*. 2da edición. Editorial Establecimiento tipográfico de José Góngora (Madrid).
- Fontán Balestra, C. (1998), *Derecho Penal: Introducción y Parte General*. Buenos Aires, Argentina.
- García, R. (2014). *Código Orgánico Integral Penal comentado*. Tomo 1. (2da. Ed.). Quito-Ecuador. Latitud cero editores.
- Garrido, L. (1983). *Manual de ciencia penitenciaria*. 1ra edición. Madrid-España. Editorial Edersa.

- Gracia, L. (2011). *Fundamentos del Sistema del Derecho Penal*. 1ra edición. Quito-Ecuador. Editorial Universidad Santo Tomas USTA.
- Hikal, W. (2009). *Introducción al estudio de la criminología*. 1ra edición. México. Editorial Porrúa.
- Ipiña, A. (1991). *L'enseignement de la Politique criminelle en troisieme cycle*. Recuperado de: <http://www.dgsi.pt/bpgr/bpgr.nsf/Por+Data?OpenView>.
- Jimenez de Asúa, L. (1954). *La ley y el delito: principios de derecho penal*. Buenos Aires – Argentina. Editorial Sudamericana S.A.
- Jiménez de Asúa, L. (1964). *Tratado de Derecho Penal*. Tomo 1. 4ta ed. Buenos Aires-Argentina. Sgtes.
- Kai, A. (2010), *Fundamentos y ensayos críticos de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lima, p. 188
- Kaufmann, A. (1977), *Teoría de las normas*, Bueno Aires, Argentina, p, 306.
- Klimovsky, G. (1994). *Las desventuras del conocimiento científico. Una introducción a la epistemología*. Recuperado el 17 de Mayo del 2017, de: <http://www.unl.edu.ar/ingreso/cac/wp-content/uploads/2015/11/Gregorio-Klimovsky-1994-Cap%C3%ADtulo-1.-El-concepto-de-ciencia.pdf>
- Landaverde, M. (2015). EL error de tipo. *Revista Jurídica Digital “Enfoque Jurídico”*, recuperado el 28 de Julio del 2017, de: <http://www.enfoquejuridico.info/wp/archivos/2378>
- Loor, E. (2011), *Fundamentos de Derecho Penal Moderno*, Quito, Ecuador.
- López, M. (2014), *Nuevos paradigmas del juez de ejecución penal en México*.

- Machicado, J. (2010). *Concepto de Delito*. Recuperado el 03 de Mayo del 2017, de <http://ermoquisbert.tripod.com/pdfs/concepto-delito.pdf>
- Maggiore, G. y Soler, S. (1989). *Derecho penal: el derecho penal, el delito*. 2da edición. Tomo I. Bogota-Colombia. Editorial Temmis.
- Manzanera, L. (1979). *Criminología*. 2da edición. México. Editorial Porrúa.S.A.
- Marquez, A. & Pacheco, M. (2015). *Teoría del Delito en el Ecuador*. (1ra. Ed). Quito – Ecuador: editorial jurídica EL FORUM.
- Meini, I. (2014). *Lecciones de Derecho Penal – Parte General Teoría Jurídica del Delito*. 1ra edición. Lima-Perú. Editorial de la Pontifica Universidad Católica del Perú.
- Mir Puig, S. (2002). *Introducción a las bases del Derecho Penal*”. 2da edición. Buenos Aires-Argentina. Editorial B de F. Montevideo.
- Muñoz, F. & García, M. (2015). *Derecho Penal: Parte General*. (9na ed.). Valencia-España: Tirant lo Blanch.
- Muñoz, F. y García, M. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia. Pacheco, M. (2015). *Fundamentos del Derecho Penal en el Ecuador*. (1ra. Ed.). Quito-Ecuador: editorial jurídica EL FORUM.
- Peña, O. & Almanza, F. (2010). *Teoría del Delito: Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*. Perú. Editotial Nomos & Thesis E.I.R.L.
- Pereira, M. & Barrera, J. (2012). *Teoría del delito y praxis penal, aportes del normativismo*. 2da edición. Montevideo-Buenos Aires. Euros Editores S.R.L.

- Puig, S. (2003), *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, (2da. Ed.), Barcelona, España.
- Rodríguez, L. (2012), *Los principios rectores del derecho penal y su proyección en el campo de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal*, Revista de derechos fundamentales, Universidad Viña del Mar No. 8, p 116.
- Roxín, C. (1997), *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Tomo I. p. 137.
- Serrano Maíllo, A. (1995), *Compensación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e individualización de la pena*, Dykinson, Madrid.
- Sierra, H. & Salvador, A. (2005). *Lecciones de Derecho Penal*. (1ra. Ed.). Bahía Blanca – Argentina: editorial de la Universal Nacional del Sur.
- Sierra, M. & Salvador, A. (2005). *Lecciones de Derecho Penal*. (1ra ed). Argentina: Editorial de la Universidad Nacional del Sur.
- Tamayo, F. (2012) *Las circunstancias de agravación punitiva en el derecho penal colombiano. Aproximación a una fundamentación*, p.33
- Vaello, E. (2002). *Introducción al Derecho Penal*. 1ra edición. San Vicente-España. Editorial Universidad de Alicante.
- Valencia, H. (2016). *¿Qué son las ciencias penales*. Recuperado el 20 de Agosto del 2017, de: <http://newsnet.conacytprensa.mx/index.php/documentos/15716-que-son-las-ciencias-penales>.
- Vera, M. (2009). *Las ciencias penales y criminalísticas*. Recuperado el 22 de agosto del 2017, de: <http://cohorte14lapso3-2009.blogspot.com/2009/11/las-ciencias-penales-y-criminalisticas.html>.

- Weezel, A. (1997), *Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 24, N° 3, pp. 459.
- Welzel, H. (1951). *Teoría de la acción finalista*. 1ra edición. Buenos Aires - Argentina. Editorial DEPALMA.
- Yacobucci, G. (2002). *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires Argentina.
- Zaffaroni, E. (2005). *Tratado de Derecho Penal, Tomo III*. (5ta. Ed.). Argentina: editorial Ediar.
- Zaffaroni, R. (19991) *Manual de Derecho Penal. Parte general*. (1ra Ed.). México: Editorial Ediar.
- Zaffaroni, R. (2000), *Derecho Penal. Parte General*, (2da. Ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Sociedad Anónima.

APENDICE

Apéndice 1. Cuestionario para la realización de Entrevistas



CUESTIONARIO N. 1

Dr..... con la finalidad de ejecutar el proyecto de investigación titulado “La compensación racional en la valoración de las atenuantes y agravantes en la aplicación de la pena según el COIP” sírvase contestar las siguientes preguntas:

1. ¿Qué significa compensar circunstancias modificativas y bajo que parámetros o criterios se lleva a efecto dicha operación?
2. ¿Compensar dos agravantes con una atenuante persiste en un fundamento cualificado y cuantificador de valoración de la pena?
3. ¿En la fase de individualización de la pena que función cumple el principio de culpabilidad para la racionalidad del ejercicio de la compensación?
4. ¿Considera usted que si se presentase una atenuante y una agravante se deberían anular simultáneamente?
5. ¿Cuáles son los límites a los que se sujete la interpretación del juez en el ejercicio de la compensación racional de atenuantes y agravantes?
6. ¿Considera usted que se debería aplicar las agravantes sobre los mínimos de la pena de acuerdo a la gravedad del delito?

ANEXOS


Anexo 1: Entrevista realizada al Dr. Iván Garzón



CUESTIONARIO N. 1

Dr. Marco Noriega con la finalidad de ejecutar el proyecto de investigación titulado "La compensación racional en la valoración de las atenuantes y agravantes en la aplicación de la pena según el COIP" sírvase contestar las siguientes preguntas:

1. ¿Qué significa compensar circunstancias modificativas y bajo qué parámetros o criterios se lleva a efecto dicha operación?
2. ¿Compensar dos agravantes con una atenuante persite en un fundamento cualificado y cuantificador de valoración de la pena?
3. ¿En la fase de individualización de la pena que función cumple el principio de culpabilidad para la racionalidad del ejercicio de la compensación?
4. ¿Considera usted que si se presentase una atenuante y un agravante se deberían anular simultáneamente?
5. ¿Cuáles son los límites a los que se sujeta la interpretación del juez en el ejercicio de la compensación racional de atenuantes y agravantes?
6. ¿Considera usted que se debería aplicar las agravantes sobre los mínimos de la pena de acuerdo a la gravedad del delito?



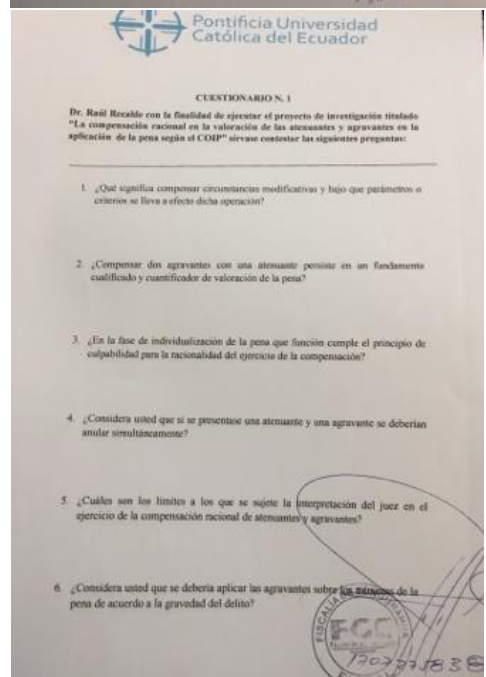
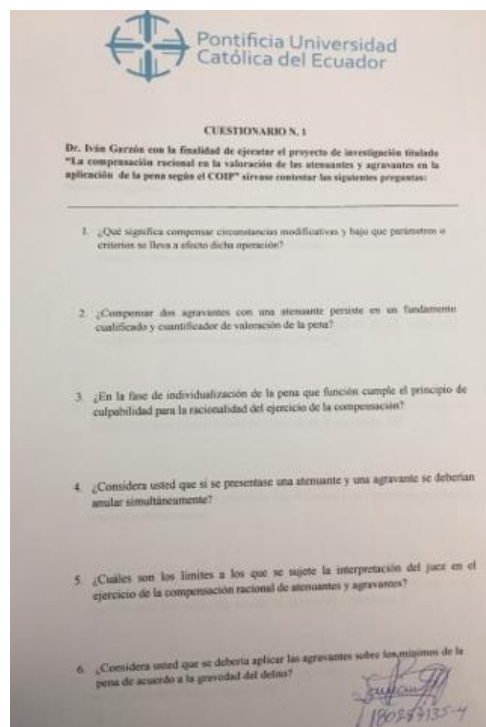
Anexo 2: Entrevista realizada al

Dr. Marco Noriega



Anexo 3: Entrevista realizada al Dr. Raúl

Recalde



Anexo 4: Entrevista realizada a la Dra. Carolina Ruiz

