

ESCUELA DE JURISPRUDENCIA

Tema:

**EL MECANISMO DE APLICACIÓN DE AGRAVANTES Y ATENUANTES SUJETOS
AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL SISTEMA PENAL ECUATORIANO**

Proyecto de investigación previo a la obtención del título de Abogada

Línea de Investigación:

Inequidades, exclusiones, desigualdades y derechos humanos.

Autora:

Andrea Carolina Gavilánez Becerra

Director:

Ab. Mg. Christian Danilo Gavilanes Domínguez

Ambato - Ecuador

Septiembre 2020

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL
ECUADOR SEDE AMBATO
HOJA DE APROBACIÓN**

Tema:

**EL MECANISMO DE APLICACIÓN DE AGRAVANTES Y ATENUANTES SUJETOS
AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL SISTEMA PENAL
ECUATORIANO**

Línea de Investigación:

Inequidades, exclusiones, desigualdades y derechos humanos.

Autora:

Andrea Carolina Gavilánez Becerra

Christian Danilo Gavilanes Domínguez, Ab. Mg.

CALIFICADOR



f.-----

Edgar Washington Fiallos Paredes, Ab. Mg.

CALIFICADOR



f.-----

Danny Fabián Hallo Montesdeoca, Ab. Mg.

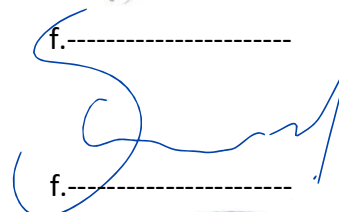
CALIFICADOR



f.-----

Edgar Santiago Morales Morales, AB. Mg.

DIRECTOR DE LA ESCUELA DE JURISPRUDENCIA



f.-----

Hugo Rogelio Altamirano Villarroel, Dr.

SECRETARIO GENERAL PUCESA



f.-----

Ambato - Ecuador

Septiembre 2020

DECLARACIÓN DE AUTENCIDAD Y RESPONSABILIDAD

Yo, Andrea Carolina Gavilánez Becerra, con C.C. 0201863701, autora del trabajo investigativo de graduación titulado: “EL MECANISMO DE APLICACIÓN DE AGRAVANTES Y ATENUANTES SUJETOS AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL SISTEMA PENAL ECUATORIANO”, previa la obtención del título profesional de **ABOGADA**, en la escuela de **JURISPRUDENCIA**.

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

Ambato, 2020



ANDREA CAROLINA GAVILÁNEZ BECERRA

C.C. 0201863701

AGRADECIMIENTO

Le doy gracias a Dios, porque siempre me ha dado mucha fortaleza y un millón de bendiciones en mi vida, a mi madre Ruth y a mi abuela Leonor, que siempre han sido incondicionales, gracias a ellas me siento orgullosa de lo que soy.

A mi abuelo Alfonso, que es mi ángel protector.

A los docentes, que han dedicado años de su vida para enseñarme un sinfín de conocimientos que han sido de gran importancia y utilidad en mi trayectoria académica, además, de su aliento para que sigamos creciendo como personas y como futuros profesionales.

A mi tutor, el Magister Christian Gavilanes, quien, con todos sus conocimientos, paciencia y dedicación ha sabido guiarme y ayudarme en este trabajo tan importante.

Y a toda la comunidad universitaria.

DEDICATORIA

Este trabajo de investigación, se lo dedico a Dios y a mi madre Ruth Becerra, quienes han sido un apoyo fundamental en mi vida y mi motor para tener esas ganas de superarme más cada día, ella es mi ejemplo a seguir.

A mis abuelitos, Leonor García y Alfonso Becerra, por haberme educado con amor y paciencia, por darme esa confianza de creer en mí misma. A Leonor, Patricia, Eulalia y Myrian que más que unas tías, han sido mis amigas, todas unas mujeres fuertes y admirables que me han apoyado siempre.

RESUMEN

La presente investigación, enmarca su eje problemático en el mecanismo de aplicación de agravantes y atenuantes, éste no guarda relación con el principio de proporcionalidad y no cumple con la garantía de la mínima intervención penal que plantea el sistema acusatorio, debido a que, existen más agravantes que atenuantes, esto resulta injusto en la imposición de la pena, basta una sola agravante para no considerar ninguna atenuante, además, se justificará dos atenuantes y la inexistencia de agravantes para reducir la pena. El objetivo del trabajo, es determinar el mecanismo de aplicación de agravantes y atenuantes sujetos al principio de proporcionalidad en el sistema penal ecuatoriano. En la investigación, se aplicó la metodología inductivo – deductivo, la primera, parte del cálculo de las atenuantes y agravantes establecidas en el Código Orgánico Integral Penal, permite observar la vulneración del principio de proporcionalidad como uno de los elementos principales de las reglas del debido proceso. El ámbito deductivo, parte del principio de proporcionalidad como parámetro de análisis de la realidad procesal penal, se toma como antecedente el fundamento bibliográfico y cualitativo, para clasificar la información como un precedente de lo que acontecerá a futuro. El resultado, con respecto a las circunstancias modificatorias de la infracción, se refleja cuando en una conducta existen agravantes genéricas, es decir, si existe una agravante aparte de la constitutiva, el juez no se manejará dentro del rango, sino que, se aplicará el tercio a la pena máxima, y tener en cuenta que existen 19 agravantes y 6 atenuantes.

Palabras claves. Agravantes, atenuantes, graduación de la pena, proporcionalidad, sistema punitivo.

ABSTRACT

The investigation's problem lies in the mechanism for applying aggravating and mitigating factors, since this is not related to the principle of proportionality and does not comply with the guarantee of minimum criminal intervention posed by the accusatory system, since there are more aggravating factors than mitigating factors. This is unfair in the imposition of the penalty, since a single aggravating circumstance is sufficient for no attenuation to be considered, and two attenuating circumstances and the absence of aggravating circumstances must be justified in order to reduce the penalty. The objective of the investigation is to determine the mechanism for applying aggravating and mitigating factors subject to the principle of proportionality in the Ecuadorian criminal system. In the investigation, the inductive-deductive methodology is applied, where the calculation of the mitigating and aggravating factors established in the Comprehensive Organic Penal Code is analyzed, which allows for the observation of the violation of the principle of proportionality as one of the main elements of the rules of due process. In addition, the principle of proportionality is considered as a parameter of analysis of the reality of criminal procedure, and the bibliographic and qualitative basis is taken as a precedent to classify the information as a precedent of what may happen in the future. The result with respect to the circumstances modifying the offence is reflected when there are generic aggravating circumstances in a conduct, i.e. if there is an aggravating circumstance other than the constitutive one, the judge cannot handle it within the range, but must apply the third to the maximum penalty, taking into account that there are 19 aggravating and 6 attenuating circumstances.

Key Words. Aggravating, extenuating, graduation of penalty, proportionality, punitive system.

ÍNDICE

PRELIMINARES

DECLARACIÓN DE AUTENCIDAD Y RESPONSABILIDAD..... iii

AGRADECIMIENTO..... iv

DEDICATORIA..... v

RESUMEN..... vi

ABSTRACT..... vii

INTRODUCCIÓN..... 1

CAPÍTULO I. ESTADO DEL ARTE Y LA PRÁCTICA..... 6

1.1. Circunstancias modificatorias..... 6

1.2. Localización sistemática y efectos 7

1.3. Clasificación..... 8

1.4. Naturaleza y fundamentos 9

1.5. Error sobre circunstancias modificatorias..... 11

1.6. Sistemas atenuantes y agravantes de la pena..... 12

1.7. Debido proceso..... 15

1.8. Proporcionalidad de la pena 16

1.9. El principio de proporcionalidad en materia penal 17

1.10. Características del principio de proporcionalidad..... 19

1.10.1. Criterio valorativo..... 19

1.10.2. Medida restrictiva..... 19

1.10.3. Contenido 19

1.11. Sub principios del principio de proporcionalidad 20

1.11.1. Idoneidad 20

1.11.2. Necesidad o indispensabilidad 21

CAPÍTULO II. DISEÑO METODOLÓGICO.....	21
2.1. Metodología de la investigación	21
2.2. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	23
2.3. Población y muestra	24
CAPÍTULO III. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN	26
3.1. Presentación de los resultados	26
3.2. Análisis General.....	41
3.2.1. Criterios jurídicos del análisis general	42
CONCLUSIONES	48
RECOMENDACIONES.....	49
Bibliografía.....	50
ANEXOS	54

ÍNDICE DE TABLAS

TABLA 1. POBLACIÓN Y MUESTRA	24
TABLA 2. ENTREVISTAS A EXPERTOS	27

INTRODUCCIÓN

Con la vigencia normativa del código peruano, se obtiene un “procedimiento” de mayor exactitud sobre la determinación judicial de la pena, debido a que, se cuenta con normas que regulan los pasos a seguir para la determinación de la pena concreta. Se analizó que; los artículos 45 y 46 del Código Penal, antes de la última modificación, si bien establecían importantes criterios para la determinación y fundamentación de la pena, no contenían reglas sobre el momento y modo de aplicación de las agravantes cualificadas o de las atenuantes privilegiadas. Tampoco, se pronunciaba sobre el camino a seguir ante la concurrencia de circunstancias agravantes, atenuantes o ambas a la vez (Chávez Vásquez J. N., 2015). La concurrencia de alguna de dichas circunstancias obligaba al juez a imponer la pena en un determinado grado, resulta así un nuevo marco de pena, mucho más estrecho (el llamado marco de pena concreto), dentro del cual el juez debía fijar la pena exacta. Además, en la descripción típica de muchos delitos, se contemplaban ya circunstancias específicas que llevaban a imponer la pena en un determinado grado, con lo cual, el marco de pena abstracto del que debía partir el juez, era ya de por sí muy reducido (Cancado Trindade, 2016). Las investigaciones en el ámbito internacional, demuestran que tienen discrepancias con la determinación de la pena, se llega al punto de que, en Perú, se promulga una ley para la orientación y la aplicación de los jueces en función de las circunstancias atenuantes y agravantes, porque al igual que en la realidad ecuatoriana generaba amplitud en cuanto a su aplicación, esto afecta al principio de proporcionalidad. Asimismo, acorde a lo que expresa la segunda investigación, también, se desarrolló en Perú, existe una contraposición al establecer que, en el plano abstracto y la determinación del grado de las penas, los jueces tienen un margen muy reducido, es imperante en este sentido que se regule la aplicación de agravantes y atenuantes en el plano de la proporcionalidad.

Entre las circunstancias que modifican el delito, se encuentran atenuantes y agravantes, las cuales, son circunstancias ocurridas antes, durante o después del cometimiento de una infracción, mediante los cuales, se aplica proporcionalidad en la sanción, sin embargo, esta modificación de la pena no irá más allá, no atentará contra principios y derechos ya establecidos en la Constitución como el principio de proporcionalidad por

penas muy bajas o demasiado altas (Montaluisa Quevedo, 2018). La Ley, al referirse a las agravantes dice que, serían de aquellas que no sean constitutivas o modificatorias de la infracción. Entonces, se precisará cuál de las circunstancias agravantes son constitutivas o modificatorias de la infracción. Estas son las que el legislador ha incluido en la tipicidad de los distintos delitos en la parte especial del Código (Ojeda Veintimilla, 2016). Acorde a lo que expresan las investigaciones citadas en el ámbito nacional, exponen un contexto problemático similar al que, se pretende establecer en la investigación, es claro al decir que, es importante la existencia de la proporcionalidad en las penas, siempre y cuando, se aplique un baremo abstracto con relación a las circunstancias atenuantes y agravantes. Con relación a la segunda investigación, se expone que, es importante aclarar la realidad con relación a las circunstancias agravantes constitutivas o modificatorias, para incidir eficientemente en la aplicación del principio de proporcionalidad de la pena.

La situación problemática de la investigación, se centra en el cálculo de las circunstancias atenuantes y agravantes, puesto que, el sistema acusatorio penal en la actualidad, intenta garantizar la mínima intervención penal por la crisis carcelaria, que es latente en la realidad ecuatoriana, en este sentido, se maneja el argumento de que al Estado no le beneficia que se procese a una persona por un largo tiempo o se le mantenga privada de la libertad con penas extensas en este cometido. Las atenuantes y agravantes son de trascendental importancia porque las penas, se modulan de acuerdo a la lógica y razonabilidad del juez.

Bajo la perspectiva crítica de lo establecido en el Capítulo cuarto del Código Orgánico Integral Penal, en adelante COIP, existe desigualdad en la aplicación de las circunstancias de la infracción para la modulación de la sanción, porque por un lado, se necesitan dos atenuantes para que se dé paso a la reducción de la pena, únicamente al tercio del mínimo establecido, no así con las agravantes, debido a que, solamente, se necesita verificar el cumplimiento de una, para aplicar un tercio al máximo de la pena prevista, lo cual, no guarda relación con el principio de proporcionalidad, existe una

afectación desde la implementación de las circunstancias por parte del legislador, al establecer seis atenuantes frente a veintiocho si se toma en cuenta las de integridad sexual y reproductiva, además de la de la integridad y la libertad personal.

Por medio de la presente investigación, se pretende analizar cómo se encuentran establecidas las circunstancias atenuantes y agravantes de la pena en el Código Orgánico Integral Penal y plantear que, si solo con verificarse una agravante no se aplica ninguna atenuante, se vulnera el principio de mínima intervención penal, sería importante reformular esta aplicación para que, la modulación de la pena se someta a la lógica, razonamiento y sana crítica del juez, para que de manera motivada en la sentencia, se planteará una pena proporcional, de acuerdo a; la realidad fáctica, la tipificación del delito, grado de culpabilidad y las atenuantes que intervengan.

El problema de la investigación, se enfoca en el método de aplicación con respecto a las agravantes y atenuantes, el cual en razón de la realidad de la normativa penal no garantizaría el cumplimiento del principio de proporcionalidad, de esta manera, se cumple la mínima intervención penal que se reconoce en el Código Orgánico Integral Penal, la razón se encuentra en que, se reconoce un mayor número de agravantes con relación de las atenuantes, esto hace muy difícil que se apliquen estas últimas, lo cual, ha devenido en un aporte negativo a la crisis carcelaria, debido a que, esto aporta al hacinamiento y da como resultado mayoritario, que esto se resuelve en favor de penas agravadas.

La pregunta de estudio en la presente investigación, se estructura con las variables propuestas en el tema, estableciéndose de la siguiente manera: ¿El mecanismo de aplicación de agravantes y atenuantes está acorde al principio de proporcionalidad en el sistema penal ecuatoriano?, a lo cual, se responde por medio del análisis crítico de la investigadora que, no se aplica con proporcionalidad, por los factores ya expuestos, de forma concreta: 1) Porque la norma no cumple con el principio de igualdad, establece

seis atenuantes frente a veintiocho agravantes si, se toma en cuenta las de integridad sexual y reproductiva, la integridad y la libertad personal. 2) Se necesita dos atenuantes para que se dé paso a la reducción de la pena, únicamente al tercio del mínimo establecido, no así con las agravantes que solo se necesita verificar el cumplimiento de una, para aplicar un tercio al máximo de la pena prevista

Para el direccionamiento estructurado de la investigación, ha sido pertinente plantearse los siguientes objetivos: Objetivo General. - Determinar el mecanismo de aplicación de agravantes y atenuantes sujetos al principio de proporcionalidad en el sistema penal ecuatoriano. Objetivos Específicos: Fundamentar teórica y doctrinariamente acerca de las circunstancias de la infracción en el sistema penal ecuatoriano. Delimitar el principio de proporcionalidad en función de las circunstancias de la infracción en el sistema penal ecuatoriano. Establecer los elementos pertinentes para la discusión de resultados obtenidos de la aplicación cualitativa de la investigación.

En cuanto a la metodología, ésta se enmarca en el ámbito, inductivo – deductivo, el primero por cuanto, se parte del cálculo de las atenuantes y agravantes establecidas en el Código Orgánico Integral Penal, por medio de la cual, se ve la vulneración del principio de proporcionalidad como uno de los elementos principales de las reglas del debido proceso. Con lo referente al ámbito deductivo, se parte del principio de proporcionalidad como parámetro de análisis de la realidad procesal penal, para lo cual, se toma como antecedente el fundamento bibliográfico y cualitativo, para que se clasifique la información como un precedente de lo que va a acontecer a futuro.

El desarrollo investigativo, se justifica porque expone la necesidad que, se lleve a cabo una hermenéutica como dinámica epistemológica en el contexto de las circunstancias de la infracción en el Código Orgánico Integral Penal, lo cual, permitirá concebir la abstracción del principio de proporcionalidad en función de la determinación de las sentencias, las mismas que resultan de la deconstrucción lógica, racional y fáctica de los juzgadores en concepción de su sana crítica. Es importante, porque, por medio de la

investigación académica es la única forma de coadyuvar al perfeccionamiento normativo, más aún, si se realiza en el ámbito penal, al reconocerse como una de las ramas más delicadas en el ámbito del Derecho, debido a que, está en juego uno de los derechos esenciales en la dignidad de las personas como la "Libertad".

CAPÍTULO I. ESTADO DEL ARTE Y LA PRÁCTICA

1.1. Circunstancias modificatorias

Las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, no han tenido plena atención en el análisis jurídico, lo cual, ha devenido en que no se plantee un concepto universal que lo dote de un contexto (Abarca Galeas, 2016), si bien los postulados doctrinarios han esgrimido una infinidad de definiciones, la mayoría de ellas no ha logrado versar su sentido al plano material, hay que tener como preludio la realidad fáctica bajo fundamento de las circunstancias y el plano jurídico, es decir, enfocarse en la función que desempeñan y los efectos que devienen de las mismas, lo que genera cierta confusión en su análisis.

Bajo la perspectiva material, las circunstancias modificatorias tienen su base en la realidad fáctica o lo relacionado a la misma, puntos que el legislador toma como punto de partida para los efectos de graduar la responsabilidad penal (Agudelo Ramirez, 2015). Los hechos que componen este tipo de circunstancias, no tienen una relación directa con la conducta delictiva, tampoco, se constituye como un acto de plena voluntad de quién la ejecuta, sino que, en algunos casos, se constituye por medio de una relación que antecede al delito, o que, se presenta luego de su cometimiento, y de forma global por cualquier antecedente que concrete la responsabilidad penal.

Desde una perspectiva jurídica, es pertinente que las circunstancias modificatorias no tengan una proyección a la infracción, sino más bien que, se proyecten sobre las consecuencias, este contexto lleva a que, se plantee como un instrumento para que se cuantifique los efectos jurídicos que devendrán del delito (Alarcón Granobles, 2014), se aclara que el cumplimiento de estas circunstancias no se relacionen con la configuración del hecho punible y que en el ámbito sistemático, solo tienen efectos en la delimitación

de la pena, da como resultado ser el único instrumento para la concreción de la responsabilidad criminal.

1.2. Localización sistemática y efectos

En cuanto a los efectos que sobrevienen a las circunstancias modificatorias, el desarrollo doctrinario ha orientado sus postulados en tres sentidos específicos; el primero, como efecto de agravar o atenuar la punibilidad del hecho; la segunda, por el contrario, expone la atenuación o agravamiento de la pena y; la tercera, se plantea en el aumento o disminución de la gravedad del cometimiento de la infracción (Albán Gómez , 2018). Cabe recalcar que, no se aceptará, en base al ordenamiento jurídico ecuatoriano que uno de los efectos sea la modificación de la punibilidad del hecho, esta categoría contextualizada en el ámbito sistemático, opera en un sentido restrictivo de la punición, puesto que, el juicio de reproche, se realizaría por atenuantes y agravantes objetivamente tasadas.

No es preciso que, se sostenga que, el efecto de las circunstancias sea el aumento o disminución de la gravedad de la infracción, porque, de acuerdo a las reglas que dicta la lógica, se parte de una concepción unitaria (Alvarado, 2016), lo planteado no tendría sentido en el caso de que una realidad fáctica se dé por medio de dos o más personas, de quienes, solo una será afectada por las circunstancias agravantes.

Asimismo, es imprescindible que, se distinga el fundamento de los que, se constituyen como efectos propios de las circunstancias modificatorias, las que formarán parte como esencia del algún componente del delito (Armenta Deu, 2014), lo cual, no lleva a que, se conciba que, se aumentará su gravedad intrínseca porque el efecto supone la configuración previa del delito, este es el caso específico de las circunstancias que versan sobre hechos ocurridos en lo posterior de la consumación del delito.

1.3. Clasificación

Como se ha establecido con anterioridad, la doctrina tiende a clasificar a las circunstancias modificatorias en función de varias perspectivas, pero es importante recalcar que, existe consenso doctrinario en cuanto a las categorías que devienen de las distintas clasificaciones planteadas en la doctrina (Armienta Calderón, 2016), lo que no ocurre con la terminología para su designación, en este sentido, se inferirá de las especiales, pues, se refieren a las circunstancias que tienen una aplicación restringida a ciertos delitos como es el caso del Art. 48 del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, así también, prevén para establecer las circunstancias que tienen efecto de mayor atenuación o agravación, que sería los demás establecidos en el Art. 46 y 47 ibidem.

No cabe duda que, el esquema principal para establecer una clasificación, es el que atiende a los efectos que las circunstancias generen sobre la pena. Lo que lleva de forma consuetudinaria a que se distinga como circunstancias atenuantes, agravantes y mixtas (Baca Berlotti, 2014), las que se diferencian por la intensidad de la relatividad sancionadora, tiene reservada ésta sobre la denominación de figuras que tengan como consecuencia alternativa diversos efectos que dependerían directamente en el delito que se incurre.

Es importante, partir desde la perspectiva de la aplicación, se distingue las circunstancias modificatorias en general y las específicas. Sobre las que versan como generales, se deduce que son las que se aplican a todos los delitos (Bacigalupo, 2016), hay que tener en cuenta la salvedad que recae en alguna causal de incompatibilidad, la cual, esta normada también de forma general. Se reconocen como especiales cuando han sido objetivas por el legislador con respecto a uno o más delitos plenamente determinados o respecto de un grupo de estos.

Existen ordenamiento jurídicos, que desarrollan las circunstancias de acuerdo a fórmulas amplias que, se complementan con un catálogo de factores para las atenuantes y agravantes (Baquerizo, 2016), lo que se delimita como circunstancias genéricas y determinadas, de acuerdo a si el hecho, se encuadra en uno de los factores establecidos en el catálogo, este sistema no se aplica en el ordenamiento jurídico ecuatoriano porque este ha adoptado el sistema de *numerus clausus* o reconocido también, como de regulación específica.

El Código Orgánico Integral Penal, es claro entre las atenuantes y las agravantes, pero es importante que se diferencien las mismas, en este sentido, es importante traer a colación las atenuantes genéricas, éstas no modifican el tipo delictivo, sino que aminoran o atenúan su grado de injusto objetivo o subjetivo, es decir, el desvalor del resultado o el desvalor de la acción o, la culpabilidad por otras razones la punibilidad, el merecimiento y la necesidad de pena de ese hecho. Para hacer una diferenciación el Art. 44 y 53, son claros al establecer que, 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. Asimismo, si existe al menos una circunstancia agravante no constitutiva o modificatoria de la infracción, se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio.

1.4. Naturaleza y fundamentos

Las circunstancias modificatorias en el devenir de los tiempos han arrastrado una discusión sobre su carácter objetivo o subjetivo, estas discrepancias datan desde comienzos del siglo XX, se tuvo como representantes del debate a personajes como Silvela y Dorado Montero (Baratta, 2014), refiriéndose a la doctrina española específicamente, lo que ha llevado a que, se favorezca a la tendencia de la uniformidad de las circunstancias en contexto de su fundamentación.

Antes de hacer referencia a si procede o no la aplicación del esquema de distinción, es importante que el enfoque tenga un punto de partida histórico ideológico, se enraíza en las diversas orientaciones que ha desarrollado la ciencia del derecho en la rama penal, en la cronología histórica (Barrientos García, 2014). Esto, al considerar que la fundamentación de las circunstancias modificatorias es diversa de acuerdo al examen de los criterios que en su momento, se han presentado como los principales de las escuelas penales, éstas específicamente son el clasicismo y el positivismo o, los criterios que ha usado los postulados doctrinarios en base a la dogmática jurídica.

En función de lo expresado, es importante reconocer que la esencia de las circunstancias, se busca a partir de factores exógenas a la realidad jurídica y, se llega al contexto filosófico, social o científico natural (Bastidas de Ramírez, 2015). Bajo la perspectiva del clasicismo, la responsabilidad penal se funda en el libre albedrío, la cual, debía llegar a ser medida respecto del mayor o menor grado de libertad con los que actúan los individuos y, se presentaba como vínculo para evitar la arbitrariedad judicial, lo que, se materializaba en reglas taxativas en relación a la naturaleza y hechos que debían tomar en cuenta la función jurisdiccional para la modulación de la pena. Bajo la perspectiva positivista, se diferencia por cuanto la responsabilidad penal ostenta un carácter social, pues, se fundamenta en la peligrosidad que generará el delincuente, por lo cual, las circunstancias modificatorias, se han convertido en el medio para calificar dicha peligrosidad.

En cambio, la perspectiva dogmática, centra su fundamento en que las circunstancias modificatorias no se tratarán fuera del parámetro jurídico, sino que más bien, se manejarán como conceptos corolarios a los elementos del delito (Bastidas de Ramírez, 2015), en forma especial, en la medida de lo injusto y la culpabilidad, o en factores de política criminal que, se incorporan al sistema del delito por medio de la inclusión en el elemento de punibilidad.

En la sistemática de algunos penalistas, esto conforme a la influencia del pensamiento peligrosista, se observó casos de juristas que, se arraigaban a la dogmática establecida, generó confusiones en su entendimiento (Bauman, 2016), lo que llevó a que la peligrosidad, se convierta en un fundamento netamente social y, coexista con los criterios jurídicos, es éste el caso de la culpabilidad.

Constituido este panorama complejo, se reconoce que quienes adoptan el fundamento circunstancial con relación a la magnitud de lo injusto, han adoptado la perspectiva objetiva y quienes enfocan su fundamento en la intensidad de la culpabilidad o peligrosidad, estas tendrán un carácter netamente subjetivo (Baytelman, 2015). Asimismo, se intentó uniformar las circunstancias modificatorias conforme a su naturaleza, pero de acuerdo a las distintas posturas, postulados, dogmas y fundamentos, jamás se estableció que estas debían estar establecidas objetivamente, sino que, se debían manejar como un concepto general, lo que en la actualidad los juristas ya no defienden dicha postura, sino que, buscan que sean plenamente objetivados en la norma penal, pero esto no ha solventado los problemas que devienen de su aplicación.

1.5. Error sobre circunstancias modificatorias

Como, se ha explicado en apartados anteriores, las circunstancias modificatorias, se configuran con base en una realidad fáctica, situación o dato que será anterior a este y cumple con el ámbito objetivo y que, por tanto, ejerce su proyección a una realidad material (Becare, 2017). Sin apartarse el esquema que sigue a los elementos del delito, y de forma global a los presupuestos pertinentes para que se imponga una pena y por tal, se configuren las circunstancias modificatorias, la persona estará al tanto de la base del hecho, por la cual, se estructura la atenuante o agravante de la pena.

Para aclarar este apartado, es importante inferir respecto de las atenuantes personales, la que, se distingue de acuerdo a la idea de imputabilidad disminuida, en estos casos el error no adquiere mayor relevancia (Benavente, 2015), o en el caso también, de una concurrencia, de ser este el caso en que, el desconocimiento de la atenuante excluye la configuración de la circunstancia, si bien, la normativa penal no establece de forma expresa que, se conozca los hechos que constituyen las circunstancias de carácter personal, éste es considerado como un requisito indispensable para la configuración de las atenuantes en este sentido.

Las atenuantes personales operan como factores limitantes de la pena, no tiene ningún efecto respecto de las restricciones que operan bajo el principio de culpabilidad (Brangier, 2014), de tal manera, que no tiene nada que ver con los presupuestos objetivos del hecho y aun así, se confirmaría la atenuante, lo afirmado trascenderá tanto a la concepción objetiva o subjetiva de la aplicación, todo lo establecido en función de la necesidad de la pena.

1.6. Sistemas atenuantes y agravantes de la pena

En la rama del derecho penal, una de las mayores dificultades, sobre todo en el ámbito legislativo, es configurar los criterios de las circunstancias de la infracción como reconoce el Código Orgánico Integral Penal a las atenuantes y agravantes (Carmigniani, García Larriva, & Carla, 2016). No en muchas materias, la función del legislador, se encuentra en la difícil tarea de conciliar la protección de derechos personales, con el imperativo de que, se dote a la función jurisdiccional de un margen de libertad para que adopte decisiones en base a la sana crítica y el mejor resolver.

Por lo general, se denomina al sistema de configuración de circunstancias modificatorias como el método que la legislación hace uso de estas circunstancias y los efectos que de

ella deviene para la individualización de la pena (Chávez Vásquez, 2015). Los factores que hacen posible que, se prefije su configuración son de forma fundamental, el grado de libertad que, se dota a la unidad jurisdiccional penal, tanto, en la objetivación de los elementos fácticos por los que, se aplicarán atenuantes o agravantes, así también, como la magnitud que devengan de estos efectos, estos son el grado de taxatividad en que la ley configura los criterios para la modulación de la pena.

Entre los principales sistemas que, se reconocen en algunos ordenamientos jurídicos vigentes, se encuentra el sistema de regulación expresa, el cual omite toda referencia como baremo de modulación sobre la responsabilidad penal, debido a que, se fundamenta en el ámbito circunstancial (Ávila, 2018). El legislador únicamente cumple con establecer el techo de la pena hasta el cual sancionará el juez, sin especificar los criterios de modulación para llegar a su resolución.

También, se reconoce el sistema de regulación genérica, que tiene cierta similitud con el expresado en el párrafo anterior, pues, en este caso no se objetiva en la norma un catálogo de circunstancias, pero a su vez, establece pautas generales que serán aplicadas por quien ejercer la potestad jurisdiccional, quienes subsumirán las mismas a los casos en particular.

Otro sistema reconocido, es el de regulación específica o, de *numerus clausus*, que es el que, se encuentra establecido en la actualidad en el Código Orgánico Integral Penal específicamente en los Arts. 45 al 48 (Abarca Galeas, 2016), de esta manera, se plantea de forma taxativa las atenuantes y agravantes en la norma, de esta manera queda cerrado que quien ejerce la potestad jurisdiccional, por analogía de la apertura a otro criterio que no se encuentre establecido en la norma penal.

Por último, se reconoce también, el sistema mixto, conocido también como *numerus apertus*, tiene cierto parecido con el *numerus clausus*, pues, objetivas circunstancias modificatorias, pero, se establecen una o varias circunstancias generales, de esta manera, se amplía la potestad jurisdiccional para que se tome en cuenta otros factores fuera de los que están debidamente objetivados por el legislador en la normativa penal.

Una vez establecidos por medio de los cuales, se aplican las atenuantes y agravantes, cabe recalcar que la adopción de cualquiera de estos sistemas, se encuentran establecidos por el contexto ideológico con el que, se desarrolla la normativa penal, en formas especial, en los que, se prepondera garantizar los principios fundamentales del derecho penal desde una perspectiva político criminal, por la manera en que, se conciba el sistema penal como un conjunto y por los cometidos que se atribuirán a la pena.

Sobre las circunstancias modificatorias de la pena, se dice que, 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 la intensidad que ha de revestir la pena en cada caso concreto.

Las atenuantes son las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal que moderan la pena señalada para un delito, si bien el Código orgánico Integral Penal, no establece una definición de la misma, el Art. 45 establece cuáles son estas circunstancias para que opere el mecanismo de aplicación sobre las mismas. De la misma manera, la normativa no plantea una definición específica de las agravantes, pero, se entiende que son circunstancias accidentales del delito que concurrirán o no en el hecho delictivo, pero si lo hacen, se unen de forma inseparable a los elementos esenciales del delito que incrementan la responsabilidad penal, se especifican en el Art. 47 *ibidem*.

1.7. Debido proceso

El debido proceso es un principio que, se encuentra compuesto por reglas plenamente fundamentadas en la Constitución de la República del Ecuador, específicamente en su Art. 76, en base a éstas, se inicia, desarrolla y, concluye un proceso para efectivizar el garantismo constitucional y de tratados internacionales, lo cual, se apega para tener eficiencia en la administración de justicia, para el pleno desarrollo de la seguridad jurídica.

En el estudio de la materia penal, es importante que, se analice la expectativa de la condena, porque son los elementos que van a desentrañar la verdad procesal que devenga de un hecho en el proceso, se refiere ésta como los elementos tangibles de la presunción material de un hecho (Agudelo Ramirez, 2015). En razón de esta expectativa, es importante afirmar que las sanciones no podrán ser excesivas, en este sentido, se las determinarán y tienen que guardar relación con el hecho cometido por el infractor.

Con relación al contexto de la presente investigación, no está por demás recalcar la consideración que se deba tomar a las atenuantes y agravantes de la pena en la sanción (Alarcón Granobles, 2014), por la cual, se aplicará sanciones que no lleguen a menoscabar el derecho del procesado y, se tendrá como principal medio para mejor resolver los jueces, la lógica, la razón y la ponderación de los bienes jurídicos protegidos, esto en virtud que las resoluciones, se apliquen bajo parámetros de constitucionalidad y convencionalidad, en razón del principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad ha sido bastante desarrollado en la jurisprudencia, pero, en la rama penal tiene una orientación bajo algunas limitantes, como el límite para el legislador en su función de establecer las penas y tipificar delitos y, empezar desde categorías como antijuricidad y culpabilidad, bajo estos parámetros, se plantearán las

penas conforme a la realidad fáctica, de acuerdo a la lesividad y alarma social que generará la acción.

1.8. Proporcionalidad de la pena

El Estado es el encargado de garantizar la integridad de los ciudadanos, para lo cual, se plantea una normativa penal que permita sancionar los actos que atenten con la seguridad (Alvarado, 2016), se tomará en cuenta aspectos como antijuricidad y culpabilidad para establecer las penas bajo todos los presupuestos penales que garanticen los derechos establecidos en la Constitución de la República del Ecuador.

Cabe aducir que, frente al cometimiento de un delito, bajo las penas debidamente objetivadas por la norma penal, es importante, que, se determinen las circunstancias de la infracción, éstas podrán ser atenuantes y agravantes, son el medio para que, se establezca una sanción acorde a la lesividad del hecho con relación a la afectación al bien jurídico protegido, esto bajo la potestad jurisdiccional que ejercen los jueces, quienes son los encargados de determinar la pena.

El principio de proporcionalidad de acuerdo a la doctrina, para su aplicación, se constituirá por ciertos elementos, primero, la adecuación del equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, la individualización legal de la pena reconocida también como proporcionalidad abstracta y la aplicación judicial también conocida como proporcionalidad concreta.

Bajo lo predispuesto, este principio, se constituye como el mecanismo por el cual, el Estado intercede envistiéndose como órgano rector para que las sanciones sean aplicadas, lo cual, versa en la capacidad punitiva del Estado o doctrinariamente reconocida como *ius puniendi*, todo en función de la proporcionalidad, es decir, que las

sanciones sean relativas con los actos y los presupuestos penales con los que cuenta la unidad jurisdiccional para mejor resolver.

1.9. El principio de proporcionalidad en materia penal

El principio de proporcionalidad desde la perspectiva penal, se concibe como una herramienta de ponderación entre la persecución de órganos del sistema penal y los derechos de las personas (Armenta Deu, 2014), se busca el equilibrio entre la pena y quien tiene la responsabilidad penal, para que la sanción, se encuentre acorde a la conducta cometida en el cometimiento del delito, esto en mención al ius puniendi que tiene el Estado para castigar las conductas que se dan en apego a lo establecido en la ley.

Como antecedentes de este principio, se parte de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que data del año 1789, el cual, promulga que, en la ley no se establecerá más penas de las que sean necesarias de forma estricta, por cuanto estas penas, siempre serán proporcionales al delito cometido (Bacigalupo, 2016). Así también, la doctrina reafirma esta realidad, al establecer que la proporcionalidad, destina una pena igual a dos delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no encontraran un obstáculo más fuerte para cometer el mayor cuando éste les acarree mayores ventajas, y concluye que, uno de los mayores frenos del delito no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad.

De lo establecido en función de la proporcionalidad, se aprecian dos emanaciones; la primera, es necesario que la pena, se materialice en la idea de que la ésta no podrá ir más allá de lo necesario para que cumpla con su finalidad. Segundo, la pena es infalible, de manera que, en su ejecución hay que garantizar que la misma sea efectiva.

La proporcionalidad penal, surge ante los arbitrios e irracionalidad de las penas. Durante mucho tiempo, se impuso penas crueles, aberrantes e infamantes a los seres humanos. Por tanto, el principio de proporcionalidad penal es, “una garantía constitucional que tiene por finalidad evitar la imposición de penas inútiles, arbitrarias y desproporcionadas” (Benavente, 2015). Estos excesos en la dimensión de la pena, son considerados como un detrimento de la dignidad humana, de esta manera, la proporcionalidad permite humanizar las penas y otorgarles un fin de rehabilitación de los individuos condenados.

La proporcionalidad penal ha tomado diferentes nombres, ha sido denominado también como prohibición de exceso, razonabilidad o racionalidad, proporcionalidad de medios, proporcionalidad del sacrificio o proporcionalidad de la injerencia (Brangier, 2014). El Estado ostenta la capacidad sancionadora o *ius puniendi*, por el cual, se encarga de reglar las sanciones e infracciones penales. La proporcionalidad pretende ser el límite de esta capacidad del Estado, procura evitar cualquier tipo de excesos al momento de coaccionar derechos fundamentales.

Este principio entonces, busca ser la mayor limitante a la intromisión de derechos, como Miguel Carbonell expresa a continuación: De hecho, el principio de proporcionalidad, constituye hoy en día quizá el más conocido y el más recurrente “límite de los límites” a los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos.

Esta característica de la proporcionalidad de limitar la capacidad sancionatoria del Estado exige una debida proporción entre el acto cometido y la sanción a recibir. En este sentido, “a daños graves hay que imponer penas graves y a daños leves penas leves”. Es importante evitar, tanto, la impunidad, como el exceso y abuso al momento de determinar las penas.

1.10. Características del principio de proporcionalidad

1.10.1. Criterio valorativo

Se reconoce como un elemento del principio de proporcionalidad y, se estructura como un medio o bien como un fin, es decir, se refiere a que la pena o sanción, se infringe sobre la persona que está en la posición de autor de la acción, ésta será delito o contravención, lo importante es que, se plantea en la medida que corresponde con relación a la realidad fáctica determinada, y siempre hay que tener en cuenta aspectos de idoneidad y necesidad.

1.10.2. Medida restrictiva

La medida restrictiva tiene una concepción subjetiva, en la cual, se modula si el medio utilizado es el necesario o el adecuado, con relación a un caso concreto, de esta manera, será concebido como una medida, se procederá bajo la objetividad y legalidad que establece la norma, para que, en función de la restricción mínima de derechos fundamentales, se logre llegar a un fin razonable.

1.10.3. Contenido

El contenido, se refiere al análisis íntegro del caso que está sometido a investigación, de manera, que hay que tomar en cuenta todos los corolarios que tornan a la problemática casuística y prever los criterios que, se argumentarán, para que, se dirima el conflicto, todo este proceso estará estrictamente ligado a los fundamentos constitucionales establecidos para que, no se incurra en ninguna ilegalidad (Armienta Calderón, 2016). Se reconoce, que este elemento que compone la proporcionalidad tiene que ver con el

principio de motivación, por la cual, se utiliza la lógica y el raciocinio del juez, para resolver conforme a la sana crítica y los parámetros constitucionales.

1.11. Sub principios del principio de proporcionalidad

1.11.1. Idoneidad

La idoneidad versa de dos elementos principales: El primero, que la ley tenga un fin constitucionalmente legítimo y que la afectación que devenga a los derechos fundamentales, sea la pertinente para perseguir el fin constitucionalmente legítimo (Baratta, 2014). Para que se cumpla con este cometido, es pertinente que toda acción tenga su fundamento en la Constitución, para lo cual, se tiene una herramienta esencial como es el bloque de constitucionalidad, así, como en el principio de convencionalidad que, se adecúa la acción a los tratados internacionales.

El segundo elemento de idoneidad, se encuadra en que las medidas de intervención para la afectación de los derechos fundamentales, sea el medio eficaz para conseguir lo propuesto y de esta manera llegará a ser constitucionalmente legítimo.

El principio de proporcionalidad, se establece de manera tácita sobre la aplicación misma en el desarrollo del debido proceso y las garantías contenidas en el artículo 76. No obstante, se precisa la revisión de los procesos con la finalidad de observar si existen infracciones y a dónde acudir en caso de reparar daños ya sea por negligencia u omisión de algún aspecto que, durante el proceso, se haya incurrido sobre la administración de la justicia.

Existen elementos esenciales para entender el principio de proporcionalidad, que consiste en que, primero la libertad, se perpetúa en la sociedad civil, pues, el ser humano gozará de libertad plena para proyectarse individual y colectivamente. Mientras que, en un segundo lugar, contempla que el Estado está facultado por el pacto civil para intervenir y restringir las libertades únicamente en casos excepcionales. De allí, se interpreta que, la regla o norma en general representa el pleno goce de la libertad y en contraparte, la restricción, se asume como la restricción de la norma solo en casos de particular tensión.

1.11.2. Necesidad o indispensabilidad

Este sub principio dispone que la medida legislativa que restrinja un derecho fundamental, sea estrictamente indispensable para satisfacer el fin que, a aquellos, se intenta oponer, porque: 1) Es la menos gravosa para el derecho afectado, entre diversas opciones igualmente idóneas para conseguir el fin mencionado; o 2) No existen opciones para satisfacer el fin perseguido o las disposiciones afectan el derecho intervenido en una medida mayor.

CAPÍTULO II. DISEÑO METODOLÓGICO

2.1. Metodología de la investigación

La presente investigación, se diseña en función del paradigma crítico propositivo, puesto que, por medio de éste, se ha podido someter a análisis distintos contextos jurídicos con relación al mecanismo de aplicación de agravantes y atenuantes, bajo la perspectiva normativa, dogmática y teleológica, así, como también, la incidencia con relación al principio de proporcionalidad, reconociéndose que es uno de los elementos de las reglas básicas del debido proceso.

Como tipo de investigación, se emplea el parámetro descriptivo, por cuanto, se expone la realidad, respecto de los mecanismos de aplicación de agravantes y atenuantes y la efectiva aplicación del principio de proporcionalidad, para lo cual, es importante, revestirse del fundamento doctrinario suficiente para poder inferir de forma técnica respecto de la experiencia que, esbozan el juicio de expertos.

La investigación, se desarrolla bajo la aplicación del enfoque cualitativo, puesto que, para la recolección de la información, se va a someter a entrevistas a un juicio de expertos jurídicos, quienes inferirán sobre las aristas problemáticas y elementos controversiales del tema propuesto, con el fin de esperar a que los resultados esclarezcan la realidad de lo que, se intenta analizar.

Los métodos, que, se han aplicado en la investigación son los reconocidos como teórico y práctico, con referencia al ámbito teórico, se parte del parámetro inductivo – deductivo, por medio del cual, se descompone la realidad problemática desde una perspectiva general y es en esta descomposición en la que, se encuentra los fundamentos del problema que, luego de ser delimitados, se los vuelve a reestructurar como un todo para tener una concepción integral del problema

Con relación a los elementos prácticos, se parte de una de las escuelas francesas de interpretación racional, en la cual, se interpreta los fundamentos constitucionales para imperar su aplicación integral y, se genere eficacia jurídica, siempre, se seguirá los lineamientos establecidos en el Art. 424 de la Constitución, además, la exégesis, se sigue más aún en el ámbito penal, puesto que, uno de los principios que plantea la norma, es la interpretación literal de la norma, este paradigma, se romperá cuando intervienen principios tan propios del debido proceso, como, el de proporcionalidad, para ponderar el mismo dentro de la aplicación del ordenamiento jurídico ecuatoriano, se hace parte esencial la hermenéutica para que permita plantear una crítica respecto del dilema propuesto en la realidad problemática.

Respecto de las modalidades que, se aplican en la presente investigación, se utiliza la bibliográfica documental, puesto que, la bibliografía reviste al autor del suficiente conocimiento de grandes juristas que infieren respecto de los mecanismos de aplicación de la agravantes y atenuantes. Con relación al ámbito documental, se busca sustentar la investigación a partir de parámetros jurisprudenciales en donde, se vislumbre con claridad la aplicación del principio de proporcionalidad para concebirlos como lineamientos de argumento jurídico en beneficio de su ponderación respecto de la norma penal establecida previamente.

2.2. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Para poder llevar a cabo la investigación propuesta, se ejecutaron 5 entrevistas a profesionales del derecho, tanto, en material penal como en materia constitucional, debido a que, el conocimiento poseído, se vincula directamente con la temática de la investigación. Es importante, recalcar que la metodología establece que las entrevistas sean ejecutadas en un número impar, en este caso son 5 entrevistas aplicadas y con esto los resultados arrojados serán verificables y eficientes en la investigación. Una vez aplicadas las entrevistas a los profesionales del derecho, se procederá arrojar los resultados correspondientes de la presente investigación.

2.3. Población y muestra

La técnica empleada para la recolección de datos que ha ayudado al desarrollo de esta investigación, ha sido la entrevista, otorgada de forma escrita y verbalmente por 5 especialistas en derecho penal, en donde, 2 de ellos son Jueces de la Unidad de Garantías Penales, 1 Juez de la Unidad Judicial Penal, 1 Defensor Público y 1 Fiscal. Todo esto, se llevó a cabo mediante un cuestionario estructurado de 8 preguntas.

PROFESIONALES ENTREVISTADOS PARA EL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

TABLA 1. POBLACIÓN Y MUESTRA

NOMBRE DEL PROFESIONAL	ESPECIALIDAD
Dr. Leonardo Gamboa	Juez del Tribunal de Garantías Penales – Ambato
Dr. Nelson García	Juez del Tribunal de Garantías Penales – Ambato
Dr. Christian Rodriguez	Juez de la Unidad Judicial Penal – Ambato
Dr. Santiago Urquiza	Defensor Público en la Defensoría Pública del Ecuador - Quito
Dra. Vanesa del Pozo	Fiscal en la Unidad de Soluciones Rápidas de Calderón - Quito

Fuente: Investigación de campo

Para poder llevar a cabo el ámbito propositivo de la presente investigación, es pertinente que, se planteen los criterios jurídicos respecto de los mecanismos de aplicación de agravantes y atenuantes, a fin de determinar la aplicación del principio de proporcionalidad tanto, en el ámbito objetivo de la norma, como en la práctica jurisprudencial, en donde este principio, integra las reglas fundamentales del debido

proceso y, se garantizará su imperativo cumplimiento en las normas infraconstitucionales.

Para alcanzar el primer objetivo, se recurrió a la doctrina por medio de la bibliografía alrededor de todo el estado del arte, siempre bajo el contexto de las circunstancias de la infracción en el sistema penal ecuatoriano.

En cuanto al segundo objetivo, se agota en la aplicación cualitativa de la investigación, bajo distintas perspectivas, se examinará el principio de proporcionalidad, además, para su cabal entendimiento, se desarrollará jurisprudencia en el análisis general.

Sobre el tercer objetivo, se cumple por establecer criterios jurídicos para la discusión de resultados, los mismos que, parten de las respuestas obtenidas del juicio de expertos, para determinar si la tendencia de los entrevistados es la de reconocer si de verdad existe una problemática planteada en la investigación propuesta.

CAPÍTULO III. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Presentación de los resultados

La presente investigación, se motiva en el contexto de que, en el Capítulo cuarto del Código Orgánico Integral Penal, en adelante COIP, existe desigualdad en la aplicación de las circunstancias de la infracción para la modulación de la sanción, porque por un lado, se necesita dos atenuantes, para que, se dé paso a la reducción de la pena, únicamente al tercio del mínimo establecido, no así con las agravantes que, solo se necesita verificar el cumplimiento de una, para aplicar un tercio al máximo de la pena prevista, lo cual, no guarda relación con el principio de proporcionalidad.

TABLA 2. ENTREVISTAS A EXPERTOS

Preguntas	Especialista Penal y Constitucional Dr. Leonardo Gamboa Juez del Tribunal de Garantías Penales	Especialista Penal Dr. Nelson García Juez del Tribunal de Garantías Penales	Especialista Penal Dr. Christian Rodríguez Juez del Tribunal de Garantías Penales	Especialista Penal Dr. Santiago Urquiza Defensor Público	Especialista Vanesa del Pozo Fiscal Fiscalía – Soluciones Rápidas de Calderón	Análisis
<p>¿Cómo se aplican las circunstancias modificatorias de la infracción cuando en una conducta existen agravantes genéricas?</p>	<p>Si la agravante es constitutiva, el juez, se maneja dentro del rango que señala el artículo, si existe una agravante a parte de la constitutiva, el juez ya no se maneja dentro del rango, sino que, se aplicará el tercio a la pena máxima, no se alega, si es constitutiva, porque existen 19 agravantes, si fiscalía viene</p>	<p>Las atenuantes se aplican siempre que, no existan agravantes, se aclara que, no sean constitutivas o modificatorias de la infracción, es decir, que no formen parte del tipo penal o en su defecto no agraven la conducta.</p>	<p>Primero, hay que enfocarse en la parte general del derecho penal, en lo que se establece conducta, tipificación del delito, en función del COIP, se tiene el artículo 44 para determinar la modificatoria de una pena, cuando es aplicado por un juez penal dentro de la aplicación</p>	<p>Generalment e ahí lo que sucede es que, las agravantes modifican la pena y aumenta la pena en un tercio, generalmente cuando existen agravantes, se anulan las eximentes y atenuantes, por último, se aplica el tercio de la pena adicional a la</p>	<p>La aplicación, se la realiza, de acuerdo a lo que establece el artículo 44 en el inciso tercero del Código Orgánico Integral Penal, es decir, que, se aplica la pena máxima prevista en el tipo penal aumentada en un tercio siempre y cuando la agravante no</p>	<p>De acuerdo con las entrevistas, todos han esgrimido un aspecto conceptual, pero hay un elemento crítico, que es importante en el direccionamiento del análisis, en el sentido de que no se alega si una atenuante es constitutiva porque existen 19 agravantes, si fiscalía viene y justifica una a parte de la constitutiva, se</p>

	<p>y justifica una a parte de la constitutiva, se aplica el tercio de ese máximo.</p>		<p>procesal será probada para atenuar, el problema es que, en la actualidad, se redujeron y son específicas, por ejemplo, el delito contra la propiedad, la colaboración, reparación de daño, éstas podrían probarse de manera fácil, no es difícil probar, pero según la conducta es necesario establecer la atenuante. Todo depende de cómo son los actos perpetrados para justificar atenuantes y</p>	<p>pena en concreto.</p>	<p>sea constitutiva o forme parte de la descripción típica del delito.</p>	<p>pondrá el tercio de ese máximo.</p>
--	---	--	--	--------------------------	--	--

			modificar la pena.			
¿El principio de proporcionalidad tendría que ser aplicado únicamente al momento de aplicar sanciones o al momento de establecer procedimientos?	Solo al momento de aplicar sanciones porque el procedimiento, es el trámite, una vez desarrollado el procedimiento el tribunal, se retira a deliberar, ahí, se ve la proporcionalidad de la pena, entonces, es algo subjetivo del juzgador, para esto existe la inmediación para ver si se pondría el mínimo o el máximo.	Siempre tenemos que partir de que hay que aplicar lo que más beneficie al reo, por tanto, las agravantes, se aplican y si hay atenuantes no se las toma en cuenta en el procedimiento, es ahí donde no se trata de hablar para que, se apliquen ambas a la vez, para que exista proporción.	El Ecuador tiene una legislación penal rígida, tenemos el artículo 13, al momento de aplicar una sanción no podemos plasmar una cierta proporcionalidad, no podemos interpretar una pena en concreto en función de las escalas, pero si se aplica la atenuante, se podría bajar la pena, entonces, no se regulará una pena inferior a la escala penal, se supone que	La proporcionalidad, se aplica cuando existen condenas o sanciones.	Solo al momento de aplicar sanciones. Por cuanto el derecho formal o procedimental no es susceptible de un quantum de valoración para la aplicación de tal o cual procedimiento. Los procedimientos, se aplican conforme al principio de legalidad, es decir, de acuerdo al delito en específico.	Existen diversos argumentos, algunos que esgrimen inclusive el principio de favorabilidad con relación a la proporcionalidad, reconociéndose, que, se enmarca en la subjetividad del juez, por eso es importante el principio de inmediación para discutir la sanción en función del mínimo o el máximo.

			<p>todas las conductas penalmente relevantes ya son proporcionales a la conducta por eso no podemos aplicar la proporcionalidad.</p>			
<p>¿Cree que la aplicación del cálculo de las circunstancias atenuantes y agravantes, se realizan en función del principio de proporcionalidad?</p>	<p>Este COIP es más matemático, porque las atenuantes que son pocas, son 6 frente a las 19 agravantes no hay competencia, y si el fiscal así tenga tres atenuantes, que es bien difícil justificar, las agravantes son mucho más fáciles, entonces, hay que recurrir a</p>	<p>Bueno definitivamente fue creada para tratar de aplicar el principio de proporcionalidad, ahora de que, se aplique por parte de los jueces yo creo en su gran mayoría intenta aplicar este principio. En la actualidad, hay un sin número de</p>	<p>No, más bien esto es netamente legalidad, si es que yo justifico atenuantes o agravantes en función del artículo 44, yo no podría modular fuera de eso.</p>	<p>Si, en realidad sí, porque en base a eso, se incrementa y, se reduce la pena, es bajo ese criterio, esa lógica y esa perspectiva, que, se justifica como principio de legalidad, la aplicación en sí de atenuantes, agravantes o</p>	<p>Si, debido a que la aplicación de circunstancias atenuantes o agravantes, tienen por finalidad, el determinar el quantum exacto de pena a imponerse, y evitar penas demasiado ínfimas o excesivas.</p>	<p>De acuerdo con las entrevistas, se reconoce que, no existe proporcionalidad en la aplicación de atenuantes y agravantes, por la diferencia en razón de la cantidad entre ellas, inclusive haciéndose mucho más difícil probar las atenuantes, hay que tomar en cuenta otras perspectivas que reconocen que el</p>

	<p>las matemáticas, ahí ya se justifica una agravante y se aplica el tercio al máximo de la pena, entonces, no queda más que ser matemático, es decir, no existe proporcionalidad, hay que ser matemático, porque, se justifica una agravante y hay que aplicar el tercio.</p>	<p>agravantes y un mínimo de atenuantes.</p>		<p>eximentes, solo de esa forma, se modificará la pena, es la única justificación</p>		<p>legislador típico las normas en función de este principio.</p>
<p>¿Existe desigualdad en la aplicación de las situaciones agravantes y atenuantes en función de la modulación de la pena?</p>	<p>Es muy difícil justificar una atenuante, de eso se conversa con algunos jueces a nivel nacional porque son solo seis atenuantes y es difícil justificar, a diferencia de las 19 agravantes</p>	<p>Al momento que existe un sin número de agravantes y un mínimo de atenuantes obviamente se evidencia una afectación.</p>	<p>Dentro de nuestra legislación hay más agravantes que atenuantes, inclusive depende de la conducta, por ejemplo, en los delitos</p>	<p>Más que desigualdad es una circunstancia de proporcionalidad. Si existen atenuantes se reduce la pena, pero si existe</p>	<p>No, por cuanto el criterio de política penal que adoptó el Ecuador es moderado.</p>	<p>De acuerdo con los entrevistados, existe desigualdad en función de la existencia de más agravantes que atenuantes y la aplicación de esta última, únicamente cuando, se</p>

<p>porque existen más, en delitos sexuales son 9, entonces, no se habla de proporcionalidad, la proporcionalidad sería, si, se tendría dos atenuantes y una agravante y al juez se le daría la posibilidad de coger las dos atenuantes y dejar de lado la agravante, entonces, es una pena bastante baja, pero como todo es matemático, hay una agravante y se aumenta el tercio al máximo de la pena, además, sigue firme mi pensamiento en</p>		<p>sexuales hay agravantes aparte de las genéricas, en el código penal, existían más atenuantes, según recuerdo, comportamiento anterior y posterior a la conducta, en la actualidad ya fue eliminado, esto en función de que se juzga hechos y no el pasado judicial.</p>	<p>agravante se agrava la pena, valga la redundancia, es decir, por a o por b, existen agravantes, estas agravantes modifican la pena y, se eliminan atenuantes y es en función de eso, se aplica la pena, no cabe el análisis, pues, la aplicación es sencilla.</p>		<p>prueba una de ellas, por lo demás, se aplica en función del cálculo matemático y el principio de legalidad.</p>
--	--	--	--	--	--

<p>que las penas son desproporcionadas, porque la expectativa de vida, de una persona en Ecuador, se cree que es de 75 para varones y 80 para mujeres, si una persona tiene de 45 a 50 años de edad y se le impone una pena de 30 años, cincuenta más treinta es ochenta, ya sale muerto, de acuerdo con la expectativa de vida, por lo tanto, al juez cuando existe una atenuante, al juez no se le permite actuar con proporcionalidad, la</p>					
--	--	--	--	--	--

	<p>proporcionalidad es en función de la edad, por ejemplo, si la persona tiene 50 y si tengo que ponerle treinta le pongo quince para que disfrute el poco tiempo de vida que le queda, no es posible porque la aplicación es matemática.</p>					
<p>¿Cree que es proporcional que, se verifiquen dos atenuantes para la reducción de la pena, con relación a la una agravante, para la aplicación del tercio al máximo previsto?</p>	<p>A nivel personal, toda percepción es de que si existe desigualdad y falta de proporcionalidad en la norma, por cuanto lo viable es que, exista una pugna igualitaria de circunstancias que modifiquen la pena, por</p>	<p>La proporcionalidad está sujeta al legislador, por tanto, la aplicación de atenuantes y agravantes, se someterá al principio de legalidad.</p>	<p>No podría concebirse como proporcional, pero en la actualidad es lo legal, dentro de la actuación judicial es importante hacer una valoración teleológica de la norma, puesto que los</p>	<p>Existe desigualdad respecto de la modulación de la pena, porque para que se agrave la misma basta probar una sola y en la contraposición para la atenuación se necesitan dos.</p>	<p>La aplicación es simple y matemática, libre de subjetividades y por el principio de legalidad, con que, exista una agravante en la mayoría de casos también hay atenuantes, la agravante</p>	<p>Este problema, trasciende distintos ámbitos tanto, doctrinarios como normativos, por tanto, podrá someterse a posiciones a favor o en contra, por un lado está la legalidad y por otro la racionalidad, en la que intervienen el grado de reprochabilidad</p>

	<p>tanto, la aplicación de una sola atenuante sería suficiente, así, se tenga cualquier número de la una o la otra, lo que, se persigue es una neutralización, así ni la una ni la otra se vencerán entre sí, la normativa actual no da espacio a exigir atenuantes si, se ha presentado una agravante.</p>		<p>delitos afectan bienes jurídicos protegidos, por cuanto la reducción de la pena, no liberaría el daño o el peligro. Si bien no es proporcional, el principio pro hominen, no permite que, se agrave la situación.</p>		<p>modifica la penal al máximo de la pena más un tercio.</p>	<p>en función del principio de culpabilidad, de lo cual, se pronuncia la jurisprudencia española, en este sentido, es importante tomar una posición desde la hermenéutica Gadameriana de lo que se dice, de lo que se concibe y lo que se concluye en esta realidad.</p>
<p>¿Cree que es imperativo que exista la modulación de atenuantes y agravantes?</p>	<p>El Código Penal anterior era menos drástico que el actual en cuanto a las penas, había más atenuantes, en ese código, entraba como</p>	<p>Es necesario que, exista la modulación de atenuantes y agravantes.</p>	<p>Por supuesto, para poder resarcir a la víctima de forma adecuada y pronta.</p>	<p>Es lógico y necesario por el principio de legalidad, es importante la existencia de una modulación porque afectará a</p>	<p>Sin duda alguna, estamos frente a un código penal bastante rígido, en donde el cometimiento del delito</p>	<p>Todos los entrevistados concuerdan que el Código Penal derogado, permitía mayor inferencia de la sana crítica del juez, en la actualidad existe</p>

<p>atenuante la buena conducta anterior y la buena conducta posterior y siempre defenderé eso, por la razón de que existen delincuentes accidentales, imagínese a una persona muy honorable, se toma unos tragos, se arma una pelea y al calor de los tragos saca una pistola y le mata, aquí, se le aplicarán las agravantes y, se pondrá unos treinta años, antes había una playa de atenuantes para modular una pena no muy drástica, recuerdo que,</p>			<p>personas inocentes o afectar al culpable.</p>	<p>menos grave, se sanciona con pena privativa de libertad, y no se buscan alternativas de alivianar el hacinamiento en las cárceles, cuando, se analiza el peso de una agravante frente a todas las atenuantes.</p>	<p>una modulación bastante legalista, esto hace que, las sanciones se aumenten, lo cual, ha aportado para que, se contribuya con la sobrepoblación en las cárceles, lo cual, ha generado crisis para el Estado.</p>
--	--	--	--	--	---

<p>antes yo les decía a algunos assembleístas que, cuando entre en vigencia este código no se va a tardar mucho en reventar las cárceles y no me equivoque, sería factible regresar a las penas del código penal anterior, yo estuve hace unos quince días en Lima, en el bus el acoso sexual es penado con multa, aquí es cárcel de 3 a 6 años, todo es cárcel, la comisaría de la mujer y la familia le prohíbe al marido que, se acerque a la</p>					
--	--	--	--	--	--

	<p>mujer y le da una boleta de auxilio, el marido viene a la casa a pedirle disculpas a la mujer, ella sigue enojada le manda a la policia le da una pena de 1 a 3 años, todo es cárcel.</p>					
<p>¿Sería posible limitar las restricciones y se apliquen en función de la sana crítica del juez?</p>	<p>Si, definitivamente, estoy plenamente de acuerdo que, se dejará que, se aplique la sana crítica del juez como ocurría con el código penal derogado. Ese es el objetivo de la intermediación, y ver las caras, porque los ojos son los espejos del alma, entonces, este</p>	<p>Sí, sería posible, porque con anterioridad ya existía, pero aplicaban a unas más u otra menos, esto afecta al principio de legalidad, porque todo quedaba a discreción del juez.</p>	<p>Yo estaría de acuerdo, pero el sistema es rígido, no se interpreta, hay que aplicar al pie de la letra</p>	<p>Si es posible y, se aplica en función del principio de proporcionalidad y racionalidad que aplican los jueces, es un principio basado en la sana crítica.</p>	<p>No, por cuanto es necesario arribar a un derecho penal calculable y no subjetivo.</p>	<p>Existen dos posiciones, la una que sí se podría llevar por la sana crítica del juez y la segunda, que no, por cuanto, las resoluciones de los jueces son desiguales en su aplicación, como ya había pasado con el código anterior, porque afecta a la seguridad jurídica, pero hay que ver las</p>

	<p>señor no se merece el máximo de la pena, fue un accidente, analizar todo eso, yo estoy de acuerdo con eso, con la sana crítica, eso ha llevado la lógica, la razón, la experiencia, bueno como le repito yo estoy casi 40 años acá, pero todo, se rige al código, son demasiados matemáticos imagínese si yo aplico la sana crítica yo cometería un error inexcusable, yo no tengo porqué salir de estas reglas ya establecidas, debido a que, el</p>					<p>consecuencias que ha dejado que la aplicación de las penas, se hayan vuelto tan rígidas, en donde las políticas del Estado busquen que las penas no sean tan desproporcionadas por la cantidad de personas privadas de la libertad que existen en la actualidad.</p>
--	--	--	--	--	--	---

	error inexcusable es destitución.					
--	---	--	--	--	--	--

3.2. Análisis General

Respecto de la aplicación de las circunstancias modificatorias de la infracción, cuando, en una conducta existen agravantes genéricas, se entiende, que si la agravante es constitutiva el juez, se manejará dentro del rango que señala el artículo, si existe un agravante aparte de la constitutiva, el juez ya no se manejará dentro del rango, sino, tiene que aplicar el tercio a la pena máxima, no podemos alegar si es constitutiva, porque existen 19 agravantes, si fiscalía viene y justifica una a parte de la constitutiva está en la obligación de poner el tercio de ese máximo.

Con relación al principio de proporcionalidad, éste se aplicará únicamente al momento de determinar sanciones o de establecer procedimientos. Existen diversos argumentos, algunos que esgrimen inclusive el principio de favorabilidad con relación a la proporcionalidad, reconociéndose que se enmarca en la subjetividad del juez, por tanto, es importante, el principio de inmediatez para discutir la sanción en función del mínimo o el máximo.

Respecto a la aplicación del cálculo de las circunstancias atenuantes y agravantes, se realizan en función del principio de proporcionalidad. Se reconoce que no existe proporcionalidad en la aplicación de atenuantes y agravantes, por la diferencia en razón de la cantidad entre ellas, inclusive haciéndose mucho más difícil probarse las atenuantes, también, hay que tomar en cuenta otras perspectivas que reconocen que el legislador tipificó las normas en función de este principio.

Sobre la existencia de desigualdad en la aplicación de circunstancias agravantes y atenuantes en función de la modulación de la pena. Se plantea, que existe desigualdad en función de la existencia de más agravantes que atenuantes y la aplicación de esta última, únicamente basta con probar una de ellas, por lo demás, se aplica en función del cálculo matemático y el principio de legalidad.

Con relación a la proporcionalidad, que se verifiquen dos atenuantes para la reducción de la pena, con relación a la una agravante, para la aplicación del

tercio al máximo previsto. Este problema trasciende distintos ámbitos tanto, doctrinarios como normativos, por tanto, hay la posibilidad de que esté sometido a posiciones a favor o en contra, por un lado, está la legalidad y por otro la racionalidad, en la que intervienen el grado de reprochabilidad en función del principio de culpabilidad, de lo cual, se pronuncia la jurisprudencia española, en este sentido, es importante, tomar una posición desde la hermenéutica Gadameriana de lo que se dice, de lo que se concibe y lo que se concluye en esta realidad.

En función de la imperatividad de la existencia de modulación de atenuantes y agravantes. El Código Penal derogado, permitía mayor inferencia de la sana crítica del juez, en la actualidad existe una modulación por demás legalista, esto hace que las sanciones, se aumenten, lo cual, ha aportado para que se contribuya con la sobrepoblación en las cárceles, esto genera una crisis carcelaria para el Estado.

Respecto la posibilidad de limitar las restricciones y, se apliquen en función de la sana crítica del juez. Existen dos posiciones, la una que sí se podría llevar por la sana crítica del juez y la segunda que no, por cuanto, las resoluciones de los jueces son desiguales en su aplicación, como ya había pasado con el código anterior, que afectar a la seguridad jurídica, pero hay que ver las consecuencias que ha dejado que la aplicación de las penas, se hayan vuelto tan rígidas, en donde las políticas del Estado busquen que las penas no sean tan desproporcionadas por la cantidad de personas privadas de la libertad que existen en la actualidad.

3.2.1. Criterios jurídicos del análisis general

Sobre los criterios jurídicos de análisis general, se parte desde la perspectiva problemática del presente proyecto que se delimita de la siguiente manera:

La situación problemática de la investigación, se centra en el cálculo de las circunstancias atenuantes y agravantes, puesto que, el sistema acusatorio penal

en la actualidad, intenta garantizar la mínima intervención penal por la crisis carcelaria que es latente en la realidad ecuatoriana, en este sentido, se maneja el argumento de que al Estado no le beneficia que, se procese a una persona por un largo tiempo o, se le mantenga privada de la libertad con penas extensas, en este cometido, las atenuantes y agravantes son de trascendental importancia, porque las penas, se modulan de acuerdo a la lógica y razonabilidad del juez. Bajo la perspectiva crítica de lo establecido en el Capítulo cuarto del Código Orgánico Integral Penal, en adelante COIP, existe desigualdad en la aplicación de las circunstancias de la infracción para la modulación de la sanción, porque por un lado, se necesita dos atenuantes para que, se dé paso a la reducción de la pena, únicamente al tercio del mínimo establecido, no así con las agravantes, que solo, se necesita verificar el cumplimiento de una, para aplicar un tercio al máximo de la pena prevista, lo cual, no guarda relación con el principio de proporcionalidad, de modo que, esta afectación desde la objetivación de las circunstancias por parte del legislador, al establecer seis atenuantes frente a veintiocho si se toma en cuenta las de integridad sexual y reproductiva, la integridad y la libertad personal.

Por medio de la presente investigación, se pretende, analizar cómo, se encuentran establecidas las circunstancias atenuantes y agravantes de la pena en el Código Orgánico Integral Penal y plantear la posibilidad de que solo existan agravantes para que la modulación de la pena, se someta a la lógica, razonamiento y sana crítica del juez, para que, éste de manera motivada en la sentencia se planteará una pena proporcional de acuerdo a la realidad fáctica, la tipificación del delito, grado de culpabilidad y las atenuantes que intervengan.

El problema de la investigación, se plantea en el sentido de que, el mecanismo de aplicación de agravantes y atenuantes no guarda relación con el principio de proporcionalidad, para cumplir con la garantía de la mínima intervención penal, que plantea el sistema acusatorio, lo que limita la materialización de este principio es que existen más agravantes que atenuantes, por tanto, es casi imposible que se apliquen estas últimas, hay que considerar que en el ejercicio es inclusive más difícil de probarlas, lo cual, aporta que exista mayor

hacinamiento en las cárceles, este es uno de los principales problemas en la actual crisis carcelaria porque al ser difícil acceder a la aplicación de atenuantes, existen mayor cantidad de penas gravadas.

Para emprender una perspectiva integral, puesto que, se ha hecho un análisis general desde la perspectiva del juicio de expertos, es pertinente recurrir a la doctrina, para darle fuerza al argumento, en el sentido de culpabilidad, proporcionalidad, grado de reprochabilidad y compensación racional, al respecto, se establece lo siguiente:

Sobre la culpabilidad, cabe destacar que su función delimitadora, tiene pertenencia con la faz judicial o individualizadora, por tanto, la base de la determinación de la pena, se encierra cierta proporcionalidad con la significancia del delito respecto del orden jurídico establecido y que ha sido vulnerado. Esta significancia, se contextualiza en la gravedad propia del hecho, como la intensidad del reproche dirigido al autor.

Desde una perspectiva retribucionista, en el sentido de valoración de la pena, la cual, se constituye por el acto y culpabilidad del autor, Welzel se mantiene en este mismo contexto, se hace una distinción entre factores subjetivos y objetivos en la determinación (Wezel, 1987). Respecto de los factores objetivos, se enfocan en la norma afectada, así como los bienes jurídicos que ésta tutela. Con relación a los subjetivos, se refiere al grado de culpabilidad individual y el efecto de la pena sobre quien, se la impone.

De lo inferido cabe recalcar que, existen otros autores como Mezger, por ejemplo, pero para el contexto de la investigación, se plantea lo relevante y que tiene relación directa con el argumento que se maneja, en este sentido el jurista, plantea conceptos sobre la medida del injusto, al ser que el delito es la lesión objetiva del derecho, y esta lesión es graduable incluso dentro de cada tipo.

Por lo inferido (Mezger, 1989), bien hace en medir la culpabilidad en dos sentidos: “a) Porque la medida del injusto es fundamento de la graduación de la pena en tanto que haya sido culpablemente provocada por el autor, y b) Porque el mismo concepto de culpabilidad es gradual, “y constituye una de las más altas misiones de la graduación judicial de la pena adaptar ésta, en altura y medida, a la culpabilidad del autor” (p, 407).

De lo inferido es importante recalcar la gradualidad de la culpabilidad, pues, para reafirmar esta idea es importante, citar lo que dijo Anton Omeca: *“El derecho penal no es una disciplina matemática que aspire a soluciones exactas”*, esto ni si quiera aplica a las penas que, se han de aplicar, de acuerdo a lo que plantea la doctrina, sin embargo, la realidad ecuatoriana, está muy lejos de esa aplicación, por su hermetismo a la legalidad de la norma, lo cual, se concuerda en la aplicación del ámbito penal, pero para eso está los fundamentos constitucionales como el de proporcionalidad en función de la racionalidad del juez respecto de las atenuantes y agravantes para estructurar la norma en armonía a los lineamientos constitucionales.

Para seguir con la hilaridad del argumento, es importante inferir sobre el grado de culpabilidad, el mismo que, se enfoca en todas las circunstancias concomitantes del hecho concreto, que toma en cuenta el nacimiento de la voluntad como la ejecución del delito, por tanto, no se extiende al carácter o personalidad del autor, sino en lo concerniente al delito en particular, de esta manera el juzgador para aplicar la racionalidad en su estaré decisis, se tomará en cuenta todos los elementos concomitantes con relación al hecho concreto, permitiéndole una gradualidad en la culpabilidad que incidirá en el planteamiento de la pena.

Sobre la compensación racional de las atenuantes y agravantes, es importante recurrir a una de las importantes fuentes del derecho, como el comparado, en tal mención el Código Penal Chileno, ha establecido en sus Arts. 66 – 68 que, “Cuando en un mismo hecho concurren a la vez circunstancias atenuantes y

agravantes de la responsabilidad penal, la ley ordena compensarlas racionalmente y graduar el valor de unas y otras". Es así, como se aplica la graduación de la pena, desde la racionalidad del juzgador, existen críticas a la aplicación de este sistema en el sentido de que podría generar discrecionalidad en su aplicación, pero existen los medios pertinentes para limitar la misma, pues, una de las herramientas principales para este cometido, es el principio de motivación, como elemento de las reglas del debido proceso, además, es peor la aplicación actual, pues, por sentencias desproporcionadas al no tomar en cuenta las atenuantes desde una perspectiva racional en contraposición con las agravantes, ha devenido que, se aporte al hacinamiento carcelario, a éste, se lo considera como uno de los factores por los cuales, el actual sistema penal ecuatoriano sufre una crisis.

La doctrina, ha sido clara en que la compensación de las circunstancias, se enfatizará en el carácter racional que la ley exige para su operación, en otras palabras, el computo penal no se planteará como una simple sustracción aritmética, en su defecto, es necesario que las circunstancias concurrentes, se aprecien y, se comparen desde su fundamento axiológico abstracto, como en el concreto extraído de una evaluación de los hechos sobre los cuales, descansan.

Sobre los criterios de compensación racional, el contexto no se agota más en que las atenuantes pesan más que las agravantes, lo cual, se da en mención de dos principios, según propugna (Wezel, 1987):

- a) En principio, las circunstancias atenuantes de responsabilidad surten un efecto más intenso que las agravantes, situación que el juez tendrá en cuenta al efectuar la compensación.
- b) Aquellas circunstancias -atenuantes o agravantes- que dicen relación con el elemento "subjetivo" del delito, con el grado de libertad del autor, tendrán un peso mayor que las referidas al aspecto objetivo. (p.129)

Con relación al juicio de reproche, es importante, citar a uno de los importantes juristas ecuatorianos como lo es el maestro Zambrano Pasquel, quien, expresa que, si no se comprueba la culpabilidad, no se podría sancionar con una pena al sujeto activo del delito, de forma específica, refiere:

Definimos a la culpabilidad como: el juicio de reproche personal que, se le formula al sujeto por el delito, pese a tener la capacidad general de comprender la ilicitud del comportamiento y de determinarse conforme a esa comprensión, en el caso concreto podía obrar de manera diferente y cumplir con la conducta que le era exigible y que le impone el ordenamiento jurídico (Zambrano Pasquel, 2006).

De esta manera, tan distinguido jurista, expone la importancia de hacer el juicio de reproche al sujeto activo del delito, en el contexto de la valoración subjetiva y, se establezca la capacidad de culpabilidad respecto a la imputabilidad, en este caso si estaba consciente de la antijuridicidad, o, la inexigibilidad de otra adecuada al derecho.

CONCLUSIONES

En la determinación del mecanismo de aplicación de las circunstancias modificatorias de la infracción, cuando en una conducta existen agravantes genéricas, se entiende que, si la agravante es constitutiva el juez, se manejará dentro del rango que señala el artículo, si existe una agravante aparte de la constitutiva, el juez ya no se manejará dentro del rango, sino que, se aplicará el tercio a la pena máxima, aparte existe la problemática de la aplicación de la sanción, al reconocer que existen 19 agravantes, si fiscalía viene y justifica una a parte de la constitutiva, se pondrá el tercio de ese máximo.

Con relación a la delimitación del principio de proporcionalidad en función de las circunstancias de la infracción en el sistema penal ecuatoriano, se concluye que, será aplicado únicamente al momento de determinar sanciones o de establecer procedimientos. Existen diversos argumentos, algunos que esgrimen inclusive el principio de favorabilidad con relación a la proporcionalidad, reconociéndose que, se enmarca en la subjetividad del juez, por tanto, es importante el principio de intermediación para discutir la sanción en función del mínimo o el máximo.

El establecimiento de los elementos pertinentes para la discusión de los resultados obtenidos de la aplicación cualitativa de la investigación, se ha llegado a concluir que, el problema de aplicar la pena máxima con la verificación de una sola agravante frente a las atenuantes, el contexto trasciende distintos ámbitos tanto, doctrinarios como normativos, por tanto, hay la posibilidad que esté sometido a posiciones a favor o en contra, por un lado, está la legalidad y por otro la racionalidad, en la que intervienen el grado de reprochabilidad en función del principio de culpabilidad, lo viable sería que se valore, tanto las agravantes y las atenuantes de forma racional y motivada, para poder descongestionar el hacinamiento carcelario y que la aplicación del *ius puniendi* no sea tan lesivo.

RECOMENDACIONES

Se recomienda, tomar como punto de partida la presente investigación para futuros análisis en el contexto de la prueba en función de las atenuantes, puesto que, la aplicación del cálculo de las circunstancias atenuantes y agravantes, se realizan en función del principio de proporcionalidad. Se reconoce, que no existe proporcionalidad en la aplicación de atenuantes y agravantes, por la diferencia en razón de la cantidad entre ellas, inclusive haciéndose mucho más difícil probarse las atenuantes, hay que tomar en cuenta otras perspectivas que reconocen que, el legislador tipificó las normas en función de la proporcionalidad.

Realizar una propuesta reformativa, para enviar a la Asamblea Nacional, bajo el fundamento de la existencia de desigualdad en la aplicación de sustancias agravantes y atenuantes en función de la modulación de la pena. Se plantea que existe desigualdad, en función de la existencia de más agravantes que atenuantes y la aplicación de esta última, únicamente, se prueba una de ellas, por lo demás, se aplica en función del cálculo matemático y el principio de legalidad.

Se desarrolle la facultad jurisdiccional penal, bajo el fundamento de la sana crítica, se aplica la racionalidad de la pena, bajo los parámetros de culpabilidad, reprochabilidad, compensación racional y, proporcionalidad al momento de aplicar las atenuantes y agravantes.

Bibliografía

Abarca Galeas, L. (2016). *Fundamentos constitucionales del sistema procesal oral ecuatoriano*. Quito: Gaceta Judicial.

Agudelo Ramirez, M. (2015). El debido proceso. *Opinión Jurídica*, 1.

Alarcón Granobles, H. (2014). *Garantías constitucionales y la prueba ilícita*. Bogotá: Nueva Jurídica.

Albán Gómez , E. (2018). *Manual de Derecho Penal*. Quito: Ediciones Legales.

Alvarado, J. E. (2016). *Manual Penal*. Loja: UTPL.

Andrade, R. (2007). *La nulidad del proceso*. Argentina: La Plata.

Argueta, E. J., & Cruz Granada, L. R. (19 de Septiembre de 2012). *El Prevaricato en la legislación Penal salvadoreña y el buen funcionamiento de la Administración de Justicia*. Obtenido de Universidad del Salvador: <http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/4922/>

Armenta Deu, T. (2014). *Lecciones de derecho procesal penal*. Madrid: Marcia Pons.

Armienta Calderón, G. (2016). *Teoría general del proceso*. México: Porrúa.

Ávila, H. (2018). *Teoría de la seguridad jurídica*. Madrid: Marcial Pons.

Baca Berlotti, W. (2014). *Hacia la oralidad en la administración de justicia*. Ecuador: CEP.

Bacigalupo, E. (2016). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: TEMIS.

Balaguer, M. (2010). *Interpretación de la Constitución*. Madrid: Temis.

Baquerizo, D. (2016). *El debido proceso penal*. Quito: Edino.

Baratta, A. (2014). *Criminología y Dogmática Penal*. Madrid: Esic.

Barrientos García, L. (2014). El abuso del derecho. *Dialnet*, 39.

Bastidas de Ramírez, R. (2015). *Principalística Procesal Penal*. Bogotá: Doctrina y Ley.

Bauman, J. (2016). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires : Dopalma.

Baytelman, A. (2015). *Litigación Penal Juicio Oral y Prueba*. Mexico: Fondo de cultura Económica.

Becare, C. (2017). *De los delitos y delas penas*. Bogotá: Temis.

Benavente, D. (2015). *Derecho Procesal*. Chile: Jurídica.

Brangier, V. M. (2014). Justicia criminal en Chile. *Sociedad y Equidad*, 13.

Cancado Trindade, A. A. (12 de Abril de 2016). *Curso Brasileño Interdisciplinario de Derechos Humanos*. Obtenido de <http://ibdh.org.br/wp-content/uploads/2016/02/EL-PRINCIPIO-DE-HUMANIDAD-Y-LA-SALVAGUARDIA-DE-LA-PERSONA-HUMANA.pdf#page=96>:
<http://ibdh.org.br/wp-content/uploads/2016/02/EL-PRINCIPIO-DE-HUMANIDAD-Y-LA-SALVAGUARDIA-DE-LA-PERSONA-HUMANA.pdf#page=96>

Carmigniani, E., García Larriva, H., & Carla, C. (19 de Agosto de 2016). *iaec.ec*. Obtenido de Arbitaje en Ecuador: <http://iea.ec/pdfs/2015/Art6.pdf>

Chávez Vásquez, J. N. (16 de Junio de 2015). *Avances*. Obtenido de Revista de investigación jurídica:
<http://revistas.upagu.edu.pe/index.php/AV/article/view/170>

García Vargas, K. K. (16 de Julio de 2015). *La jurisdicción ordinaria y la indeterminación restrictiva que representa el tipo penal de prevaricato en Colombia*. Obtenido de Academia & Derecho:
<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/355>

González Ramírez, I. X. (20 de Abril de 2017). *¿Es la justicia restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?* Obtenido de Universidad de la Rioja: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3853310>

Mezger. (1989). *Tratado del Derecho Penal*. Madrid: ESIC.

Montaluisa Quevedo, M. A. (16 de Noviembre de 2018). *DSPACE Uniandes*.
Obtenido de La atenuante trascendental y el principio de proporcionalidad:
<http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/9189/1/PIUAAB082-2018.pdf>

Ojeda Veintimilla, S. O. (12 de Agosto de 2016). *Dspace UNL*. Obtenido de El principio de proporcionalidad y su aplicación en la modificación de las penas, en los delitos que atentan contra la integridad de las personas:
<https://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/1275/1/TESIS%20DE%20ROBERTO%20OJEDA.pdf>

Pazmiño Granizo, E. (2017). Dos propuestas para garantizar independencia judicial y humanizar la justicia. *Defensa y justicia*, 14.

Wezel. (1987). *Derecho Penal Alemán*. Santiago: Iuridice.

Zambrano Pasquel, A. (2006). *Derecho Penal, PARTE GENERAL*. Lima: E.I.R.L.

ANEXOS

CUESTIONARIO

Modelo: Entrevista para Jueces del Tribunal de Garantías Penales, Juez de la Unidad Judicial Penal, Defensor Público y Fiscal de la Unidad de Soluciones Rápidas.



ESCUELA DE JURISPRUDENCIA

TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA

NOMBRE:

GÉNERO:

EDAD

CARGO:

TIEMPO DE EXPERIENCIA:

Doctor/a, con la finalidad de ejecutar el Proyecto de Titulación con el tema: **“EL MECANISMO DE APLICACIÓN DE AGRAVANTES Y ATENUANTES SUJETOS AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL SISTEMA PENAL ECUATORIANO”**, previo a la obtención del título de abogada de los Tribunales del Ecuador, sírvase a responder las siguientes preguntas:

1. ¿Cómo se aplican las circunstancias modificatorias de la infracción cuando en una conducta existen agravantes genéricas y propias del tipo penal?

2. ¿El principio de proporcionalidad tendría que ser aplicado únicamente al momento de aplicar sanciones o al momento de establecer procedimientos?
3. ¿Cree usted que, la aplicación del cálculo de las circunstancias atenuantes y agravantes, se realizan en función del principio de proporcionalidad?
4. ¿Existe desigualdad en la aplicación de las circunstancias agravantes y atenuantes en función de la modulación de la pena?
5. ¿Cree usted que, es imperativo que exista la modulación de atenuantes y agravantes?
6. ¿Sería posible limitar las restricciones que establece la ley, respecto de las circunstancias modificatorias de la infracción penal y, se apliquen en función de la sana crítica del juez?

Gracias por su colaboración.

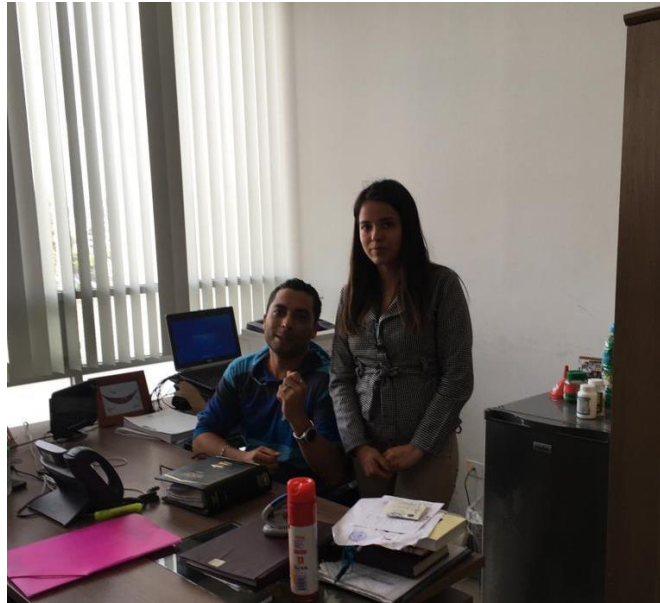
**Entrevista realizada al Dr. Leonardo Gamboa Juez del Tribunal de
Garantías Penales – Ambato**



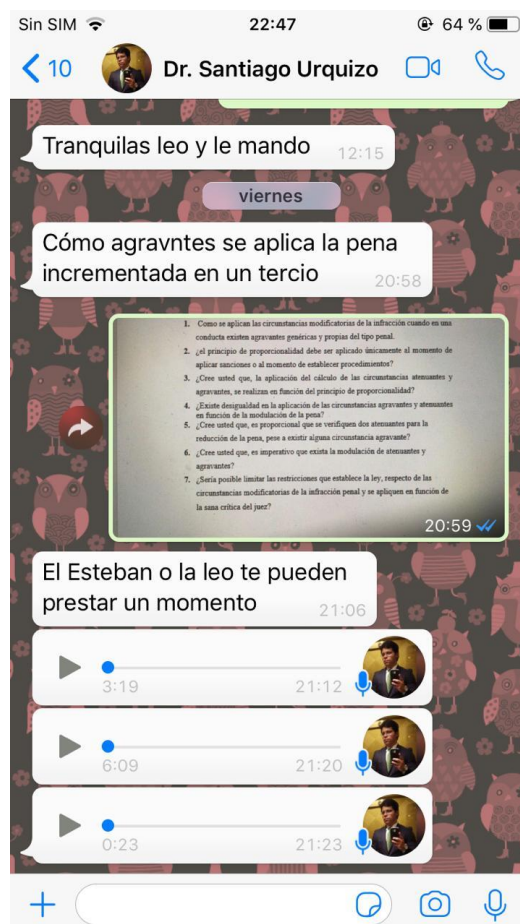
**Entrevista realizada al Dr. Nelson García Juez del Tribunal de Garantías
Penales – Ambato**



Entrevista realizada al Dr. Christian Rodríguez Juez de la Unidad Penal – Ambato



Entrevista realizada al Dr. Santiago Urquiza Defensor Público – Quito



Entrevista realizada a la Dra. Vanesa Del Pozo Fiscal de la Unidad de Soluciones Rápidas de Calderón – Quito

