

**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**TEMA:
CUANTIFICACIÓN JURÍDICA DE LA PENA EN EL
PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

**AUTORA:
ESPINOZA BERMEO MARÍA FERNANDA**

**PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL GRADO ACADÉMICO DE:
MAGISTER EN DERECHO MENCIÓN EN DEREHO PROCESAL**

**TUTOR:
DR. JUAN CARLOS VIVAR ÁLVAREZ MSC.**

**Guayaquil, Ecuador
2019**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por la **Abogada, María Fernanda Espinoza Bermeo**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de **Magister en Derecho mención Derecho Procesal**.

DIRECTOR DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Dr. Juan Carlos Vivar Álvarez Msc.

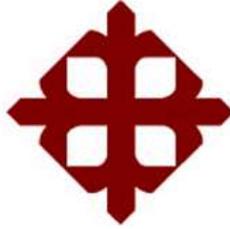
REVISORA

Dra. Corina Elena Navarrete Luque

DIRECTOR DEL PROGRAMA

Dr. Santiago Velázquez Velásquez

Guayaquil, 06 de mayo del 2019



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, María Fernanda Espinoza Bermeo

DECLARO QUE:

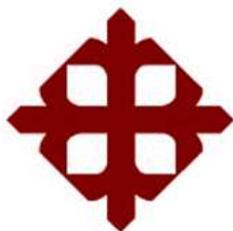
El Proyecto de Investigación Cuantificación Jurídica de la Pena en el Procedimiento Abreviado, previa a la obtención del **Grado Académico de Magister en Derecho** mención Derecho Procesal, ha sido desarrollada en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico de la tesis del Grado Académico en mención.

Guayaquil, 06 de mayo del 2019

AUTORA

María Fernanda Espinoza Bermeo



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

AUTORIZACIÓN

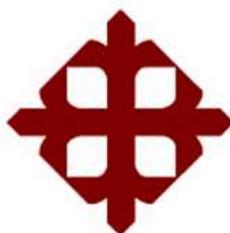
Yo, **María Fernanda Espinoza Bermeo**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del **Proyecto de Investigación**, previo a la obtención del **Grado Académico de** Magister en Derecho mención Derecho Procesal, que se titula: “Cuantificación Jurídica de la Pena en el Procedimiento Abreviado”, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, 06 de mayo del 2019

AUTORA:

María Fernanda Espinoza Bermeo



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

INFORME DE URKUND

The screenshot displays the URKUND interface. On the left, a metadata panel shows details for a document titled "MARÍA FERNANDA ESPINOZA BERNEDO - CORRECCIONES.doc" (ID: 49739610), presented on 2019-03-27 23:11 (-05:00) by Andrés Isaac Obando Ochoa. The message content is "Fwd: CORRECCIONES DE TRABAJO DE TITULACIÓN" with a link to "Mostrar el mensaje completo". A yellow highlight indicates that 4% of the 50 pages consist of text from 19 sources.

On the right, a "Lista de fuentes" (List of sources) panel is active, showing a table with columns for "Categoria" and "Enlace/nombre de archivo".

Categoria	Enlace/nombre de archivo
	http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/9404/3/T-...
	PROYECTO FINAL 12-04-2018.docx
	http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/odf/resolucio...
	http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/odf/resolucio...
	TESINA GUSTAVO.docx

At the bottom, a navigation bar includes icons for home, search, and navigation, along with buttons for "Advertencias", "Reiniciar", "Exportar", and "Compartir".

AGRADECIMIENTO

Gracias a mis tutores, Dr. Francisco Obando Freire, Dr. Juan Carlos Vivar Álvarez, por ser la guías en el desarrollo del presente trabajo; gracias por la paciencia, motivación y enseñanza brindada, por guiarme y brindarme su ayuda.

Agradezco a quienes son el pilar fundamental en mi vida, mis padres, mi abuelita, mi hermana, mis sobrinos, mi cuñado, mi familia, quienes han estado junto a mí para apoyarme y recordarme que todo esfuerzo tiene su recompensa, que el estudiar es una gran inversión, por ser quienes me inspiraron para seguir estudiando, quienes entendieron que no podía estar junto a ellos por los estudios, pero que de una y otra forma me hicieron sentir cerca, sin su apoyo el presente trabajo hubiese sido más difícil poderlo desarrollar.

Gracias a quienes forman parte de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, a mis compañeros de estudio y trabajo y a mis amigos por brindarme su apoyo constante en el curso de la maestría.

María Fernanda Espinoza Bermeo

DEDICATORIA

Dedico este trabajo investigativo a mi familia, porque son el pilar fundamental de mi carrera y desempeño profesional.

A Dios, por ser quien me brindo salud, por su infinita bondad y amor, quien me permitió llegar hasta este momento tan importante de lograr mi objetivo de Magister.

A mis padres que son mi pilar fundamental, a mi pequeña familia por creer en mí y por apoyarme en todo el periodo de estudio.

María Fernanda Espinoza Bermeo

INDICE GENERAL

AGRADECIMIENTO	VI
DEDICATORIA.....	VII
INDICE DE TABLAS	X
INDICE DE FIGURAS	XI
RESUMEN	XII
ABSTRACT.....	XIII
INTRODUCCIÓN.....	2
CAPITULO 1.....	14
1. MARCO TEÓRICO.....	14
1.1. El Proceso Penal.....	14
1.2. La Pena.....	18
1.3. Fundamento del Derecho de la Pena.....	24
1.4. El Principio de Proporcionalidad	29
1.5. Principio de Proporcionalidad y Procedimiento Abreviado	41
1.6. Principio de Legalidad	47
1.7. Procedimiento Abreviado.....	49
1.8. Derecho Comparado	63
1.9. Contrastación empírica.....	69
CAPITULO 2.....	73
2. Marco Metodológico.....	73
2.1. Enfoque de la Investigación.....	73

2.2.	Alcance.....	74
2.3.	Tipo.....	75
2.4.	Métodos.....	75
2.5.	Resultados.....	78
	PROPUESTA.....	86
	CONCLUSIONES.....	88
	RECOMENDACIONES	91
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	92

INDICE DE TABLAS

Tabla 1.....	pag.74
Tabla 2.....	pag.76

INDICE DE FIGURAS

Figura 1.....	pag.77
Figura 2.....	pag.78
Figura 3.....	pag.79
Figura 4.....	pag.80
Figura 5.....	pag.81

RESUMEN

El Procedimiento Especial Abreviado se aplica mediante el cumplimiento de los presupuestos normativos que se establecen en el COIP, entre los que se incluye el acuerdo de una pena que no puede ser inferior al tercio de la pena mínima dispuesta en el tipo penal. La presente investigación tiene como principal objetivo la promoción de la reforma al inciso 3 del Artículo 636 del COIP, puesto que no especifica el máximo de pena a imponerse. Para ello, se tratará de fundamentar teórica, doctrinal y jurisprudencialmente los métodos o criterios para la individualización de la pena; posteriormente, se determinará el procedimiento para la cuantificación de la pena en el procedimiento abreviado. Es necesario, además, estudiar los principios constitucionales de legalidad y proporcionalidad. La Constitución de la República, define la competencia de la ley para establecer penas proporcionales, lo cual se traduce en la potestad de los legisladores para establecer las conductas punitivas y las sanciones. En aplicación del principio de legalidad, las penas se deben aplicar al tenor literal de la norma penal, con ello, la pena o el rango de pena, del cual puede dosificar el juzgador, debe encontrarse inserta y expresa taxativamente en la legislación penal. Una vez realizada la fundamentación teórica, conocido los criterios para la cuantificación de la pena y el estudio de los principios, se establecerá el máximo de la pena que puede imponerse mediante el procedimiento abreviado. Por último, se desarrollará derecho comparado con las legislaciones penales regionales sobre la cuantificación de la pena.

Palabras Claves: Procedimiento Abreviado, Pena, Proporcionalidad, Legalidad, Cuantificación, Reforma.

ABSTRACT

The Special Abbreviated Procedure is applied by complying with the normative budgets established in the COIP, which include the agreement of a penalty that can not be less than one third of the minimum sentence provided in the criminal type. The main objective of the present investigation is to promote the reform to clause 3 of Article 636 of the COIP, since it does not specify the maximum penalty to be imposed. For this, it will try to base theoretically, doctrinally and jurisprudentially the methods or criteria for the individualization of the penalty; subsequently, the procedure for the quantification of the penalty in the abbreviated procedure will be determined. It is also necessary to study the constitutional principles of legality and proportionality. The Constitution of the Republic defines the competence of the law to establish proportional penalties, which translates into the power of legislators to establish punitive behavior and sanctions. In application of the principle of legality, the penalties must be applied to the literal wording of the criminal law, with this, the penalty or the range of punishment, which can be dosed by the judge, must be inserted and expressly expressed in the criminal legislation. Once the theoretical foundation has been made, the criteria for the quantification of the penalty and the study of the principles are known, the maximum penalty that can be imposed by the abbreviated procedure will be established. Finally, law will be developed compared with regional criminal legislation on the quantification of punishment.

Key Words: Abbreviated Procedure, Penalty, Proportionality, Legality, Quantification, Reform.

INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna, lo que caracteriza y diferencia al sistema penal, de cualquier otro sistema normativo, es la sanción aparejada a cada una de las conductas delictivas prohibidas dentro de un territorio. La legislación penal establece una pena como consecuencia del quebrantamiento de la norma que subyace a la disposición legislativa. Por ello, es que la concepción de la pena está íntimamente relacionada con la teoría del derecho penal, en palabras de Zaffaroni, no es posible hablar de una teoría del derecho penal, sin que al mismo tiempo se tenga que especificar una teoría de la pena.

La pena, por lo tanto, es el fundamento del sistema penal. La facultad de imponer una pena está vedada a cualquier organismo, autoridad o persona; sin embargo, bajo la premisa de la necesidad de la imposición de la pena, por el cometimiento de actos que ponen en peligro o laceran bienes jurídicos protegidos, únicamente es el Estado quien ostenta el poder punitivo, es decir, el poder de decidir entre la imposición o no de una pena, frente a conductas que atenten o lesionen bienes jurídicos protegidos; así como también de establecer la cantidad de la misma.

Por ello, a través de la concreción de leyes, el órgano legislativo, trata de regular los comportamientos que son contrarios a las normas de convivencia pacífica y respetuosa de los derechos de todas las personas; y, al mismo tiempo, le corresponde disponer una pena proporcional al daño o peligro objetable. Aunado a lo anterior, y de forma complementaria, el legislador dispone de normas procedimentales para llevar a la práctica los preceptos contenidos en las normas penales y al final, imponer o no, una sanción o pena. El procedimiento penal se erige como el corolario del debido proceso, mediante el cual, es posible precautelar los derechos constitucionales de las personas que intervienen en el conflicto penal.

La legislación penal ecuatoriana ha adoptado, dentro de las normas procedimentales, varias formas de dar por concluido un proceso penal. El procedimiento penal consiste en el conjunto de normas que hacen posible la concreción y el respeto de los derechos constitucionales de los intervinientes en el proceso, y por lo tanto, el conflicto penal concluye con una respuesta que satisface la seguridad jurídica de la sociedad en la que se dicta. Este procedimiento debe cumplir a cabalidad con los principios constitucionales que lo legitiman. Sin embargo, el legislador ha establecido distintas formas procedimentales, en virtud de circunstancias que la propia ley señala como presupuestos de aplicación o procedencia, y bajo la premisa de aplicación de principios constitucionales, como celeridad, economía procesal, oportunidad e inclusive de mínima intervención penal.

De esta forma, el procedimiento penal ecuatoriano, incluye un mecanismo novedoso que impulsa la resolución de una controversia de tipo penal, mediante la aceptación de la participación de la persona en el cometimiento de la infracción y la correlativa imposición de una pena mínima. Se trata del procedimiento abreviado, que aunque su inclusión en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, no es sorpresiva, resulta una figura casi nueva en la legislación penal.

Lo que se desea destacar en la presente investigación es, precisamente, lo que caracteriza al procedimiento abreviado: la pena mínima. El establecimiento de la pena en este procedimiento es el resultado de una negociación entre el fiscal y la persona procesada, a través de su abogado defensor. Pero, en el caso ecuatoriano, esta negociación de la pena tiene un límite normativo que impide que la pena sea inferior a la pena mínima prevista en el tipo penal. Es decir, existe un *piso* para el establecimiento de la pena. Sin embargo, normativamente, no se ha establecido el límite

para que la pena llegue incluso a ser igual a la pena mínima establecida en la norma penal, en este sentido, no se ha determinado el *techo* para la pena en el procedimiento abreviado.

La consecuencia inmediata de esta falta de previsión del legislador ecuatoriano para la determinación de la pena en el procedimiento abreviado, es la ineficacia del sistema judicial. El legislador tiene la facultad constitucional de crear normas; mientras que el sistema judicial, en el que se incluyen los jueces, tienen la obligación de aplicar las disposiciones legales emitidas por el órgano jurisdiccional. Es decir, que si las normas o leyes penales que emiten la función legislativa, no determinan una pena, es imposible que los jueces o cualquier funcionario judicial, puede realizar por cualquier método, aquella determinación. Los jueces solo pueden aplicar la pena dispuesta en el tipo penal, y de la misma manera en cuanto a la graduación o medida de la pena, el mismo legislador debe establecer el mínimo y máximo de la pena para cada conducta delictiva. Esta potestad se entiende por aplicación del principio de proporcionalidad que dispone que la ley establecerá la debida proporcionalidad entre la conducta delictiva y la sanción penal.

Consecuentemente, es necesario determinar como premisa de investigación, en base a la fundamentación teórica doctrinal y jurisprudencial de los métodos para la determinación e individualización de la pena y del análisis de la normativa penal y constitucional ecuatoriana sobre el procedimiento abreviado, la cuantificación de la pena en el procedimiento especial abreviado, con el objetivo de promover la reforma del inciso 3 del artículo 636 del Código Orgánico Integral Penal.

La consecuencia punitiva provista por el Estado y determinada como parte fundamental en el **objeto de estudio**, esto es, en el proceso penal; resulta el aspecto más debatido y contradicho en la era del garantismo del derecho penal. Tesis como la defendida por Eugenio

Raúl Zaffaroni, incluso se han decantado por la abolición de las penas que, como la privación de libertad, no aseguran en última instancia, ni el cometimiento de nuevas conductas delictivas, ni regeneran a quien soporta tal medida. Sin embargo, resulta difícil el acuerdo o la solución a través de las posibles alternativas que se presentan frente a la privación de libertad. Por otro lado, el avance en el estudio de la ciencia penal y procesal penal, han permitido la inclusión de principios y garantías constitucionales básicas que promueven el ejercicio del poder punitivo controlado, tales como: mínima intervención, dignidad humana, inocencia, igualdad, favorabilidad, proporcionalidad, etc.

La privación de libertad como consecuencia del ejercicio del poder punitivo, por lo tanto, resulta de la aplicación de la norma penal y procesal penal, que respete las garantías constitucionales básicas del o los procesados. Consecuentemente, el ejercicio judicial sobre la determinación de la cantidad de la pena que debe aplicarse en un caso concreto, se sustenta en la aplicación de principios y garantías constitucionales. La dosificación de la pena es un proceso racional que debe ejecutar el juzgador en base a las normas, principios, garantías y hechos valorados. De esta forma, se afianza el enunciado de que la pena es la consecuencia jurídica del ejercicio del poder punitivo, cuando no es arbitraria y obedece los lineamientos constitucionales establecidos para su determinación.

En la legislación penal ecuatoriana existe una figura procesal que permite la aceptación del hecho delictivo por parte del procesado, con la finalidad de obtener una pena atenuada. El procedimiento abreviado, se erige entonces como un mecanismo procesal penal dirigido a la terminación del proceso penal, mediante la aceptación voluntaria de los hechos y la concesión de una rebaja en la pena dispuesta en el respectivo tipo penal. Hay que advertir, que no en todos los casos y en todos los tipos penales, es posible la aplicación de esta figura, pero la utilidad que

representa para el ejercicio punitivo, la convierte en la de mayor *utilidad* para el Estado ecuatoriano. Por otra parte, esta figura no ha estado lejos de los embates y discusiones académicas en cuanto a que su estructura básica podría verse en tensión frente a principios constitucionales, como el de la prohibición de autoincriminación, pero en lo que respecta al presente trabajo, únicamente se tratará de ahondar en la medida de la pena establecida para quienes se acogen a este procedimiento.

En este contexto, **el campo de estudio** que normativamente se dispone en el artículo 636 inciso tercero del Código Orgánico Integral Penal (COIP), establece que la rebaja de la pena para quienes consienten en la aplicación del procedimiento abreviado no podrá ser menor al tercio de la pena mínima prevista en el tipo penal. Pero este enunciado normativo no es explícito o específico. De esta forma, puede colegirse que la rebaja de la pena en este procedimiento tiene un piso, es decir, no puede ser inferior al tercio de la pena, pero no se encuentra en techo para la determinación de la rebaja. Para explicar este punto se puede poner como ejemplo el siguiente: en un caso de robo, en el que según el primer inciso del artículo 189 del COIP, la pena mínima a imponer es la de cinco años de privación de libertad, si se aplica el procedimiento abreviado el tercio de la pena es 1,6 años, pero como la norma no dispone que se debe reducir al tercio de la pena mínima, sino que la rebaja no debe ser inferior a ese tercio, la pena podría ir de los 1,6 a los dos, tres o cuatro años sin que aparentemente se incumpla la disposición normativa, porque no es inferior al tercio de la pena mínima.

De esta forma, la determinación de la pena en el procedimiento abreviado, es un tema transcendental que amerita el estudio para la observación y determinación del límite jurídico que se impone a los operadores judiciales al momento de dosificar la pena en aplicación del procedimiento abreviado. Hay que resaltar que, el imputado debe reconocer el hecho por el cual

se encuentra siendo investigado, por lo tanto, no solo el Estado consigue una ventaja en la relativización del tiempo para la solución del conflicto penal, sino que además el procesado se favorece por la rebaja de la pena. Por lo tanto, debe existir un equilibrio entre ambas posturas.

La determinación de la pena o individualización judicial, permite dosificar una medida de sanción por el cometimiento de una infracción. En el caso ecuatoriano, la individualización la llevan a cabo los jueces de garantías penales, quienes tienen a su cargo la garantía de los derechos constitucionales de las partes procesales. Pero ocurre que, en el procedimiento abreviado, en donde se otorga al procesado una pena atenuada por haber aceptado su participación en el ilícito, el establecimiento de la pena sucumbe al petitorio del fiscal, es decir, por vía legal se concede al fiscal la posibilidad de negociar la pena con el procesado que consciente el procedimiento especial.

De esta forma, el inciso tercero del artículo 636 del COIP, indica que la consecuencia jurídica o pena, que resulta de la negociación entre el procesado y la fiscalía, no puede ser inferior al tercio de la pena dispuesta en el tipo penal correspondiente. Sin embargo, la misma norma no establece con claridad que se deba aplicar siempre y en todos los casos y circunstancias, hasta el tercio de la pena mínima prevista en el tipo, lo que deja en abierta interpretación judicial. En realidad, el artículo en referencia no establece un techo en la pena atenuada por la aplicación del procedimiento abreviado, pudiendo llegar la medida de la pena, a una muy mínima diferencia con la dispuesta en el tipo.

Por lo tanto, la medida de la pena a imponer en el procedimiento abreviado previsto en la legislación ecuatoriana es ambigua y queda supeditada a la determinación judicial mediante un proceso interpretativo. La norma que establece la sanción en este procedimiento produce que los

operadores judiciales puedan optar por una medida de pena, cuyo único límite sea tercio de la pena mínima, pero de esa medida hasta llegar al mínimo previsto existe un vacío legal que puede ocasionar la discrecionalidad judicial sin opción al control constitucional. La discrecionalidad sin control desaparece en el momento en que se establece un límite jurídico o se llena el vacío legal previsto en esta norma.

El problema a investigar se construye sobre la base del mecanismo procedimental especial para la conclusión del proceso penal: el procedimiento abreviado; pues resulta ser uno de los más utilizados en los corredores de justicia del Ecuador. Pero ello, no significa que no presente problemas sustanciales al momento de su aplicación. De hecho, por ser uno de los mecanismos más utilizados por quienes se dedican al quehacer judicial, ha presentado un amplio número de objeciones, que pasan desde presupuestos meramente formales, hasta aquellos que atentan contra la legitimidad de la figura y su inclusión en el procedimiento penal ecuatoriano. Sin embargo, en lo atinente al presente trabajo, la objeción general se decanta por el lado de la determinación de la pena.

La pena en el proceso penal, en virtud del principio de legalidad, debe encontrarse establecida en el tipo penal correspondiente. De esta forma, para que sea posible determinar la responsabilidad de una persona por el cometimiento de una infracción penal, aquella infracción debe encontrarse previamente determinada en el catálogo de delitos, como parte de la legislación. Lo mismo ocurre con la pena que apareja el cometimiento de la infracción. En el caso del procedimiento abreviado, ocurren ciertas circunstancias en el momento que se trata la determinación de la pena. El Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, establece en este caso, que la pena resulta como consecuencia del análisis de los hechos aceptados por la persona procesada y de la aplicación de atenuantes que presenten en cada caso, y continúa indicando que

la rebaja no podrá ser inferior al tercio de la pena mínima que se ha establecido en el correspondiente tipo penal.

Esta concepción acerca de la determinación de la pena, en el procedimiento abreviado, que se encuentra en la legislación penal ecuatoriana, solamente hace referencia a un extremo de la medida de la pena. En este caso, la legislación se limita establecer un mínimo, es decir, el tercio de la pena mínima, se convierte en un mínimo que no puede ser superado. En este último caso, la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, ha sido radical en señalar que, el mínimo de la pena en el procedimiento abreviado, equivale únicamente al tercio de la pena mínima del tipo penal, lo que no podrá sustraerse, así existieran circunstancias atenuantes que hicieran pensar en la disminución de aquel tercio.

Hasta este punto, el mínimo de la pena en el procedimiento abreviado, parece encontrarse determinado anticipadamente en la legislación penal ecuatoriana. Sin embargo, en el otro extremo, no se podría decir lo mismo. En todas las figuras penales, detalladas en la legislación, existe una pena mínima y una pena máxima, lo cual, permite al aplicador de la norma, moverse en un rango y establecer, según la aplicación de circunstancias agravantes o atenuantes, la cantidad de la pena en proporción con el cometimiento de la infracción. En el caso ecuatoriano, el artículo 636 inciso tercero del COIP, no se hace referencia al máximo de la pena que podría imponerse mediante la aplicación del procedimiento especial abreviado.

Consecuentemente, el problema que surge, tanto para los administradores de justicia, así como para los beneficiarios del sistema de justicia, es la inexistencia en la legislación penal ecuatoriana, de forma taxativa, del máximo de la pena que podría aplicarse en el procedimiento abreviado. Al encontrarse únicamente establecido que, la rebaja no podrá rebasar el tercio de la

pena mínima dispuesta en el tipo penal, se deja abierta la posibilidad de que la pena en este procedimiento, sea proporcionalmente semejante al mínimo de la pena, que correspondería con la aplicación de un procedimiento ordinario; por lo tanto, se eliminaría la compensación por la aceptación de responsabilidad del procesado en la cantidad de la pena.

Sin la especificación literal acerca del máximo de la pena en el procedimiento abreviado, existe duda, incluso acerca de la proporcionalidad de la pena. Si una pena no es proporcional, según lo dispuesto en la Constitución de la República, es inconstitucional y carecería de legitimidad. Consecuentemente, y para sustento de la presente investigación, es necesario formular la siguiente pregunta que sirve a los fines de la presente investigación: ¿Cómo se determina el máximo de la pena que deben imponer los jueces de garantías penales ecuatorianos en la aplicación del procedimiento abreviado?

Con estos antecedentes, la premisa de estudio del trabajo investigativo se sostendrá sobre la base de la fundamentación teórica, doctrinal y jurisprudencial de los métodos para la determinación e individualización de la pena y del análisis de la normativa penal y constitucional sobre la individualización de la pena, se establecerá el procedimiento para la cuantificación de la pena en el procedimiento especial abreviado; lo que permite especificar que, en virtud de los principios de proporcionalidad y legalidad de la pena, el máximo de la pena en el procedimiento abreviado debe constar en la norma penal, de la misma manera que el mínimo dispuesto normativamente.

La presente investigación tiene como principal objetivo la promoción de la reforma al inciso 3 del Artículo 636 del Código Orgánico Integral Penal, para la individualización de la pena en el procedimiento abreviado. Para lograr este objetivo, es necesario fundamentar teórica,

doctrinal y jurisprudencialmente los métodos o criterios para la individualización de la pena. Posteriormente, hay que determinar el procedimiento para la cuantificación de la pena en el procedimiento abreviado. Para lograr un entendimiento sobre el tema de investigación, es necesario estudiar los principios constitucionales de legalidad y proporcionalidad en el sistema normativo ecuatoriano. Luego de la fundamentación teórica, la cuantificación de la pena y el estudio de los principios, es necesario establecer el máximo de la pena que puede imponerse mediante el procedimiento abreviado. Por último, se desarrollará derecho comparado con las legislaciones penales regionales sobre la cuantificación de la pena.

Métodos Teóricos

Método histórico-jurídico: Se utilizará para indagar los sucesos y acontecimientos que se han presentado en el campo jurídico partiendo desde el pasado hasta llegar al presente. Este método es muy útil al momento de establecer un criterio propio en torno a la problemática de la individualización de la pena en el procedimiento abreviado y las conclusiones finales, ya que dentro de la información que se analizará se estudiará la evolución y desarrollo del fenómeno de estudio.

Método jurídico doctrinal: Mediante la revisión de las principales publicaciones y novedades doctrinales en el campo del derecho procesal penal. La ciencia del derecho se nutre de los trabajos académicos que incluyen la doctrina sobre las diferentes figuras, conceptos y avances en el campo de estudio que se trata en la investigación.

Método de análisis-síntesis: Permitirá separar algunas de las partes del todo jurídico existente para someterlas a estudio independiente, y además, orientar las conclusiones, ordenando la información obtenida, de manera que se pueda construir conceptos y definiciones.

Método inductivo-deductivo: Con la aplicación de este método se pretende obtener la verdad científica partiendo del estudio de los elementos particulares referentes a cada caso. Aunado a lo anterior, se partirá de un principio o realidad general ya conocido como es el conjunto de leyes y normas de nuestro país en cuanto al procedimiento abreviado, la individualización de la pena, los principios que rigen el sistema procesal penal y los principios de Proporcionalidad y de legalidad.

Método exegético jurídico: Consiste en la interpretación literal del texto legal. Este método permitirá descubrir lo que realmente tipificó el legislador referente a la normativa estudiada. Se sustenta en el análisis de reglas gramaticales y del lenguaje.

Método jurídico comparado: Se trata de abordar el estudio de la legislación comparada referente a los procedimientos especiales para la resolución de un conflicto penal y acerca del criterio para la determinación o cuantificación de la pena a nivel judicial.

Métodos Empíricos

La presente investigación tendrá como referente empírico el análisis de contenido realizado a través del instrumento de la entrevista. La entrevista será dirigida a una muestra jueces, fiscales y profesionales en libre ejercicio de la ciudad de Machala, Provincia de El Oro. En ella se formularán varias interrogantes dirigidas a dilucidar la ambigüedad en el momento de la individualización de la pena en el procedimiento abreviado.

Novedad Científica

Al concluir la presentación del presente proyecto, y una vez revisado lo concerniente a las teorías de la pena, la determinación de la pena en la legislación y jurisprudencia ecuatoriana y la

función del principio de proporcionalidad, es posible establecer la propuesta de reforma al inciso 3 del artículo 636 del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, a fin de que se establezca el mínimo y máximo en la reducción de la pena como consecuencia de la aplicación del procedimiento abreviado.

CAPITULO 1

1. MARCO TEÓRICO

1.1. El Proceso Penal

El proceso penal o derecho procesal penal es el medio a través del cual, el poder punitivo o estatal ejecuta en la práctica, mediante la aplicación racional de las normas, una sanción o coacción frente al incumplimiento de un postulado normativo de tipo penal (Albán, 2015). Forma parte de la representación primaria del poder estatal, en la que se atribuye exclusivamente la potestad y los medios a cargo del estado para formalizar una sanción o limitar los derechos de las personas que han participado en una infracción penal (Jauchen, 2012). El derecho penal y el derecho procesal penal, a pesar de ser ciencias jurídicas autónomas, se encuentran en íntima relación como materias sustantiva y adjetiva, que permiten la concreción de los derechos constitucionales en materia penal.

El derecho penal establece por una parte los tipos penales y las sanciones o consecuencias jurídicas, que se originan por la realización típica (Albán, 2015). En este punto, el legislador es el encargado de realizar la selección de las conductas que formaran parte del catálogo de delitos, y la previsión de la correspondiente sanción. Mientras que, el derecho procesal penal, trata de establecer las normas, principios o reglas que permiten al Estado, imponer aquella sanción o consecuencia jurídica prevista en el tipo penal (Bacigalupo, 2015). De igual manera, es el órgano legislativo el encargado de realizar las proposiciones normativas que permitan, y en el caso ecuatoriano, mediante la observación del plexo normativo y garantista de los derechos constitucionales, limitar o restringir penalmente el ejercicio de los derechos o libertades de los ciudadanos responsables del cometimiento de una infracción.

De esta forma, solo mediante la realización de un proceso garantista de los derechos constitucionales y fundamentales de las personas, es posible concluir que alguien puede recibir una sanción o pena (Bernal y Montealegre, 2014). La Constitución de la República, en el caso ecuatoriano, establece por ejemplo la reserva de ley para poder aplicar una sanción, en el numeral 3 del artículo 76, de donde es posible además observar la presencia del principio de legalidad en el derecho procesal penal. La posibilidad de hablar de un proceso que concluya con la imposición de una pena, y en el que no se hayan respetado las normas establecidas con anterioridad por el legislador, queda excluida.

Consecuentemente el proceso penal es informado por los derechos y garantías constitucionales, los que a su vez, integran los derechos humanos reconocidos en los tratados e instrumentos internacionales. Es por ello que los jueces encargados de administrar justicia, tienen la obligación de respetar y velar por la satisfacción de tales derechos. El desarrollo del proceso penal, solo es legítimo en la medida en que los derechos constitucionales son aplicados (Gracia, 2014); además, con su aplicación, se extiende una forma de desarrollo de los derechos a nivel judicial, lo que permite la obtención de respuestas fundamentalmente correctas y sustentadas en la garantía racional de la argumentación jurídica.

En el modelo inquisitivo, la aplicación de una sanción estaba subordinada a la apreciación subjetiva del juez (García, 2013). En este caso, el juez suplía la necesidad de la investigación y actuaba, muchas veces, de forma providencial y deliberativa para resolver sobre la responsabilidad penal de una persona. La ley otorgaba la facultad sancionatoria y sin restricción a los jueces, y aquellos, alegaban la legalidad de sus decisiones, sin embargo, de su falta de objetividad (Ávila, 2012). Posteriormente, en el modelo acusatorio ocurrió la separación de la etapa investigativa y de la fase sancionatoria; es donde aparece el Ministerio Público, ahora

conocido como Fiscalía General del Estado, a quién se le otorga la potestad de investigar y recabar los elementos de prueba, para proponer o no una acusación penal por la posibilidad del cometimiento de una infracción penal. A los jueces, solo les corresponde conocer los elementos probatorios, evaluarlos y posteriormente adoptar una decisión conforme a derecho.

La sanción o pena, en virtud del principio de legalidad, debe estar prevista con anterioridad al cometimiento de la infracción, como se menciona en el aforismo *Nulla poena sine lege* (Zambrano, 2013). Además, esta sanción debe ser proporcional a la infracción realizada, en el caso ecuatoriano, el numeral 6 del artículo 76 de la Constitución, así lo determina. De esta forma, la pena tampoco forma parte de la libre determinación judicial o subjetiva de quien tiene la potestad de juzgar, sino que constituye una parte trascendental del proceso penal garantista de los derechos, por encontrarse determinada con anterioridad al ejercicio procesal y, ante todo, al ejercicio racional del funcionario judicial que tiene la responsabilidad de la aplicación de una pena.

El proceso penal constituye el desarrollo y observación de las garantías constitucionales que permiten la ejecución y aplicación de una sanción proporcional (Fernández, 2016). De esta forma, la ley establece los procedimientos aplicables en materia penal, que permiten concluir un conflicto jurídico. En acotación a esta afirmación, es importante señalar que el principio de la tutela judicial efectiva, contenido en el artículo 75 de la Constitución ecuatoriana, obliga y faculta al Estado para resolver cualquier controversia que llegara a su conocimiento, mediante los procedimientos establecidos en la legislación correspondiente; sin embargo, el Estado no podría dejar de resolver, si acaso no cuenta con un mecanismo idóneo, debe aplicar el que de mejor manera garantice los derechos de las partes en conflicto.

Además, el artículo 169 de la Carta Magna ecuatoriana establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y por lo tanto observa los principios de celeridad, simplificación, uniformidad, inmediación y eficiencia. Todo ello, sin perjuicio de la observación de las garantías del debido proceso. En el caso de la legislación penal ecuatoriana, el Código Orgánico Integral Penal rige desde el mes de febrero del 2014, y contiene los tipos de procedimientos mediante los cuales se puede poner término o fin a un conflicto o problema de tipo jurídico penal. De esta forma, se ha establecido un tipo de procedimiento ordinario y los procedimientos especiales. En el primer caso, aunque existen algunos cambios en comparación a la anterior norma penal, en términos generales se mantiene un modelo oral, acusatorio, en el cual, cada fase tiene sus características. En el caso de los procedimientos especiales, es posible encontrar varios tipos de procedimientos, entre los que se encuentran: el procedimiento abreviado, procedimiento directo, procedimiento expedito, procedimiento expedito de contravenciones penales, procedimiento expedito para la contravención contra la mujer o miembros del núcleo familiar, procedimiento para contravenciones de tránsito y procedimiento para el ejercicio privado de la acción penal.

Dentro de los procedimientos especiales que mayor controversia ha causado y que se constituye en el objeto de la presente investigación, se encuentra el procedimiento abreviado. En lo principal, este procedimiento se caracteriza por la aceptación del procesado y su participación en la realización de la infracción, como consecuencia de esta aceptación voluntaria, el procedimiento establece la aplicación de una pena atenuada. De esta forma, el conflicto penal se resuelve en un menor tiempo en comparación con el procedimiento ordinario y además se cuenta con la certeza de la atribución de responsabilidad penal a determinada persona o sujeto, así como la imposición de una pena.

Aunque es importante resaltar, y de lo que trata el presente texto, es sobre la determinación concreta del máximo de la pena en el caso de la aplicación del procedimiento abreviado. No hay que olvidar, que la pena mínima se encuentra identificada en la norma penal, de tal manera que, no es posible que ningún funcionario pueda inobservar su límite. Por ello, la pena como la consecuencia lógica luego del correspondiente proceso penal, también representa una figura jurídica que posee características propias. Esta figura encuentra fundamento en el campo del derecho penal, por lo que a continuación se tratará de abordar la cuestión ontológica de la pena y sobre el proceso para su aplicación.

1.2. La Pena

Para Zambrano (2017) hablar de la pena es sinónimo de un mal, solo que este mal lo impone el Estado a un ciudadano como consecuencia de haber irrogado otro mal a un bien jurídico, que es merecedor de protección penal. De esta forma, el autor referido trata de ahondar en los presupuestos de la pena, y seguidamente buscar respuestas a ¿por qué se impone la pena?, y ¿para qué se la impone? Consecuentemente, sobre la legitimidad de la pena es posible admitir como presupuesto de su justificación, su sentido y su fin. El mismo Zambrano (2017) concibió la idea de la justificación de la pena en la medida de que consiste en un medio de reprensión indispensable para mantener las condiciones de supervivencia de una sociedad. Por ello, Zambrano concluyó que sin la pena la convivencia humana sería una catástrofe, estaríamos de esta forma ante circunstancias tan caóticas y sanguinarias como en el tiempo de la venganza privada.

Una primera respuesta al sentido y fin de la pena se encuentra en la llamada lucha de escuelas de gran discusión en la llamada ciencia del derecho penal. Así es posible distinguir entre las teorías absolutas, teorías relativas y teoría eclécticas o teorías mixtas.

1.2.1. Teorías de la pena

1.2.1.1. Teorías absolutas.

Las primeras de las teorías analizadas son las denominadas absolutas en que el principal fundamento es el concepto de la retribución. Bajo este concepto se considera el deber de la imposición de la pena como aquella respuesta justa a quien ha causado un mal, en palabras de Zambrano (2017, pag. 301) *ha cometido un delito*. De esta conceptualización es posible concluir que lo principal no es el fin de la pena sino el sentido en que se la aplica, es la devolución de mal por otro mal causado. Esta concepción podría fácilmente contemplar la legitimación de la pena de muerte como una suerte de medida entre lo justo y necesario. Entonces lo que se entiende es la que la cantidad de la pena debería guardar estrecha relación con la gravedad del mal causado.

Para Immanuel Kant (citado por Durán, 2013) la pena consistía en un imperativo categórico. Sostenía el autor como ejemplo clásico que si los habitantes de una isla deciden irse de ella y tomar distintos rumbos, antes de llevar a cabo esa decisión, debería ser ejecutado el último asesino que quedare en prisión, para que todo el mundo sepa cuál es el precio que debe pagar por sus crímenes, y que el pueblo no deba responder por descuidar su castigo, porque se haría partícipe de esa injusticia. De esta forma, su pensamiento se grava en la consideración incluso de la pena de muerte como consecuencia de la conducta reprochable. De la misma manera Hegel era considerado como retribucionista, puesto que consideraba al delito como negación del derecho, a la pena como la negación del delito, y por ende la pena debía ser la afirmación del derecho (Luzón, 2014).

De esta forma, la concepción retribucionista, permite anclar la legitimidad para la imposición de castigo pero sin llegar al extremo de una retribución absoluta como la ley del talión de ojo por ojo y diente por diente (García, 2014). En decir, su límite debe guardar relación

con la gravedad de la lesión del bien jurídico, siendo entonces que en los delitos de mayor gravedad deberán ser sancionados con mayor intensidad. Para el pensamiento retribucionista es esencial la imposición de una pena por el cometimiento de una infracción; en la medida de la pena está la reparación del derecho vulnerado y del orden establecido en la legislación, de tal forma, que si no hay una pena proporcional al hecho, no es posible el mantenimiento del derecho.

Por otra parte G. Fletcher (citado por Zambrano, 2017) entendió a la pena como la obligación de la sociedad, que a su vez delega a ciertas personas esta tarea, de esta forma con el incumplimiento de dicha obligación cabría incluso complicidad con el delito. De lo referido en este caso, se puede concebir que con la obligación de la imposición de la pena se persigue evitar el mayor control del delincuente sobre la víctima, puesto que sin la pena, aquel reforzaría su dominio al no existir la retribución por su conducta delictiva. Se trata de plantear una esfera de protección para la víctima a través de la pena. Para Zambrano (2017) la práctica del castigo al delito ofrece a los conciudadanos de la víctima la oportunidad de expresar su solidaridad con ella y de contraatacar la desigualdad producida por el delito.

1.2.1.2. Teorías relativas.

Estas teorías se enfocan exclusivamente en el fin que se pretende con la imposición de la pena. Es decir, le asignan a la pena funciones prácticas y verificables, en las que caben funciones de tipo político (Pérez, 2014). En este campo aparecen las teorías de la prevención, conocidas como: prevención general, prevención especial, las que se revisaran brevemente.

1.2.1.3. Teorías de la prevención general.

Estas teorías se caracterizan por el mensaje que se trata de dar a los ciudadanos a través de la pena, el que consiste en una forma de intimidación o de miedo, con el propósito de que las

personas no cometan ningún tipo de infracción penal ante la amenaza de la pena (García, 2018). Es posible pensar en la pena como un tipo de coacción psicológica, puesto que se ejerce sobre los ciudadanos, influenciando en su percepción de la pena, para que se abstengan de la comisión de delitos. En este caso, también podría evidenciarse un sustento para la aplicación de penas severas inclusive la pena de muerte, puesto que, se trataría de causar un mayor temor en las personas con la finalidad de que no cometan delitos, lo que podría llevarlos hasta perder la vida en caso de que se verifique su responsabilidad penal.

A nivel doctrinario se diferencian además las Teorías de prevención general de tipo negativo, como las que tratan de preconizar a la pena como medio persuasivo a quienes no delinquen, para que estos se sientan intimidados por la pena que se le aplica al delincuente. La consecuencia inmediata de esta teoría es la elevación de los mínimos y los máximos de las escalas penales, ya que si mayor es la pena, debería ser mayor la intimidación que se produce en el medio social o colectivo (Zambrano, 2017). Por otra parte, se identifica la Teoría de la prevención general positiva, que se manifiesta en el indicativo de la pena como un efecto positivo en la sociedad, como valor simbólico reforzador de su confianza en el sistema social y penal (Frister, 2014). La aplicación de la pena sobre un sujeto representa la afirmación del derecho y la tranquilidad de la sociedad por el funcionamiento del sistema sancionador.

1.2.1.4. Teorías de la prevención especial.

En el caso de las teorías de la prevención especial se aprecia el cometido principal de apartar al delincuente del delito, esto es, separarlo del medio en donde puede ocasionarlo, incluso apartarlo de la sociedad; bajo el argumento de un beneficio personal a través de su propio bienestar y para seguridad de los demás (Fernández, 2013). Franz Von Liszt (citado por Zambrano, 2017) indicaba que la pena tiene como propósito la corrección, la intimidación o el

aseguramiento del delincuente. Por ello, estas teorías se anclan en la inocuización del delincuente buscando el beneficio personal y por ende para la sociedad mediante la separación del medio con el individuo.

En esta concepción, también es posible diferenciar las de tipo de prevención especial positiva, que se manifiestan en la función positiva o de mejoramiento sobre el infractor (Bacigalupo, 2013). Aquí se insertan las ideologías conocidas como *re* (re-socialización, re-educación, re-insersión, re-incorporación, etc). Bajo esta apreciación se puede afirmar un tipo de inferioridad de aquellos que ocasionan la lesión de un bien jurídico, por lo que es necesaria la intervención del Estado para suplir aquella necesidad. La responsabilidad del Estado no solo se establece en la medida de su función punitiva, sino en el ámbito de la responsabilidad social, al reconocerse su obligación de asistencia en todas las áreas del desarrollo del individuo, que no hubiera cometido una infracción, si sus necesidades se hubieran visto cubiertas por el Estado.

Hay que acotar que en contra de esta concepción o teoría se levanta el argumento de la criminología crítica que ha demostrado que lo conocido como criminalización secundaria deteriora al criminalizado o encarcelado. El encierro del delincuente produce un efecto contrario al deseado, puesto que lo que se genera en realidad es la estigmatización de las personas sometidas al régimen carcelario y concomitantemente se perfecciona la participación de los reprimidos en más conductas criminales (Zambrano, 2017). Desde esta perspectiva crítica, el Estado, produce un efecto distinto al buscado en su afán de suplir las necesidades de la persona encarcelada por un delito, en lugar de resocializar y rehabilitar a las personas, las cárceles se convierten en aulas donde se forjan delincuentes y se piensan con avidez en nuevas formas de delinquir.

Por otra parte, la Teoría de la prevención especial negativa se basa en la idea de que la pena actúa sobre el criminalizado como mecanismo idóneo para disminuir los efectos de su inferioridad, propiciando un mal a la persona, y correlativamente un bien a la sociedad (García, 2014). Lo que se expresa en líneas generales a través de esta concepción es la eliminación de las personas que cometen delitos, lo cual indica a la pena de muerte como su máximo medio.

1.2.1.5. Teorías eclécticas o mixtas.

Estas teorías surgen ante el fracaso de las demás teorías de forma individualizada, y se pretende que combinando o fusionando unas con otras se puede conseguir todo lo planteado como positivo o conveniente en el seno de la sociedad, lo que incluye el reconocimiento para las víctimas y su reparación, la recuperación del sujeto delinciente y por último la redención de la sociedad. Para Francisco Muñoz Conde (citado por Fernández, 2013) estas teorías son concebidas como la solución de compromisos en la lucha de escuelas que dividió a los penalistas en dos bandos irreconciliables, los partidarios de la retribución y los partidarios de la prevención general y especial. Pero al final de cuentas, no resulta favorable a nadie puesto que cada teoría esbozada cuenta con características opuestas que impiden lo deseado al tratar de unirlos.

1.2.1.6. Teoría agnóstica de la pena.

Para Raúl Zaffaroni (citado por Zambrano, 2017) la multiplicidad de funciones de la pena, hace verdaderamente imposible su definición positiva y por ello expone que debido a la imposibilidad de agotar el conocimiento de sus funciones, su conceptualización tiene una raíz negativa. De esta forma, considera a la pena como una coerción, puesto que se trata de la privación de derechos que, a finalmente, no repara, ni restituye, ni mucho menos neutraliza las lesiones o peligros inminentes. Considera además que la pena no es un hecho racional y concluye

por lo tanto que no puede ser insertada en el mundo jurídico; se trataría de un hecho eminentemente político.

1.3. Fundamento del Derecho de la Pena

En el plano histórico, la sanción dispuesta contra una persona por el cometimiento de una infracción de la normativa penal, tenía una concepción distinta a la que hoy se concibe como sustento del derecho penal. El *ius puniendi* presentaba como interrogante si realmente: *¿Tiene el Estado derecho a castigar?* (Jiménez, 1999). Para llegar a la concreción de las teorías que tratan de dar fundamento a las concepciones sobre el derecho de la pena, Jiménez de Asúa (1999) explicó que, el recorrido empieza con una *tesis* sobre el castigo y el derecho del Estado para castigar; paralelamente, surge la *antítesis* que pretende deslegitimar el uso de la pena y su utilidad para el Estado; y por último, la *síntesis* que se presenta como una transformación de la *tesis*.

Para Jiménez (1999, p.18) es necesario que el jurista entienda el tema filosófico de por qué se pena. Por ello afirmó que, aunque es una realidad que el Estado desde siempre ha conservado el derecho a castigar, es fundamental contestar por qué lo ha hecho. La verificación de esta *tesis* se centra en que el Estado, cuando impone una sanción trata de canalizar los instintos ancestrales del hombre: retribución, venganza y sadismo. Jiménez (1999) explicó que “la pura tesis se representa por la vieja descarga sin medida y sin fin” (p.19), lo que se traduce en un *derecho supremo*. De esta forma, el derecho a castigar o imponer una pena que se concedió al Estado, consiste en el traslado de la potestad del ser humano para poder tomar justicia por mano propia.

Por otra parte, hay quienes de plano niegan rotundamente aquel *derecho supremo* y no admiten que el Estado lo posea. La *antítesis* se centra en el repudio a toda autoridad. Para

Jiménez (1999), los autores como Bruno Wilde, Emilio Girardin y Luis Molinari, han sido el referente histórico de la negación de toda forma de castigo establecido por el Estado. De la misma manera, afirmó que Tolstoi se pronunciaba en contra de los jueces y de las cárceles; así como también lo hacía Anatole France. Lo que caracteriza a estos pensamientos es un fundamento distinto al *ius puniendi*, en donde el fundamento de la justicia, pasa de la omnipotencia del Estado a la piedad.

Por último, la síntesis es el resultado del paso de los criterios expiacionista y retributivo, a un criterio protector del derecho penal. Para Jiménez la *tesis* se convierte en auténtica *síntesis*, puesto que al mismo tiempo que aparecen las teorías sobre el fundamento de la pena, surgen las teorías absolutas, relativas y mixtas. Por ello, en este punto se puede estudiar sobre la historia de las escuelas de la teoría del delito y de la pena. A este pensamiento se le denominó la *escuela clásica* por Enrique Ferri. Con este título, pretendió significar lo arcaico y caduco del pensamiento acerca de la pena. La escuela clásica entonces, se presenta con la fuerza de los orígenes del pensamiento humano sobre el derecho a castigar que emana del Estado, pero que, aunque no sea aceptado por todos y pueda encontrarse otro fundamento, da sustento a las posteriores escuelas que perduran hasta la actualidad.

Ente los caracteres de la escuela clásica, Jiménez menciona los siguientes:

- a) *Método lógico-abstracto*. Bajo el fundamento de la propia concepción del “derecho”.
- b) *Imputabilidad* que se basa en el libre albedrío y culpabilidad moral.
- c) *Delito como ente jurídico*. Que establece la acción delictiva como un concepto jurídico y no como un hecho.
- d) *La pena como un mal y medio de tutela jurídica*.

Además, el mismo autor refiere que dentro de la escuela clásica se encuentran algunas teorías, como: *teorías morales, teorías utilitarias y teorías eclécticas*.

Teorías morales:

- a) *Contrato social;*
- b) *Retribución: divina, vindicativa, expiatoria, moral, estética, jurídica;*
- c) *Resarcimiento; y,*
- d) *Transformación del derecho a la obediencia.*

Teorías utilitarias:

- a) *Prevención general: por intimidación, por coacción física, por advertencia, por defensa;*
- b) *Prevención especial por intimidación;*
- c) *Prevención general y especial.*

Teorías eclécticas:

- a) *Eclecticismo francés. La ley es la fuente y la utilidad la medida;*
- b) *Eclecticismo italiano. Utilidad y justicia;*
- c) *Eclecticismo alemán.*

1.3.1. Pena y medida de pena en la legislación ecuatoriana

De esta forma, se ha podido observar como las teorías acerca de la pena han marcado en la historia del derecho y proceso penal, la forma, aplicación y ejecución de la pena como consecuencia del cometimiento de una infracción penal. Hay que acotar que existen dos momentos en que se genera, por parte del Estado, la pena. El primer momento es el legislativo, en el cual son los legisladores los encargados de elegir las conductas más gravosas o los actos más

atentatorios o que representen algún peligro grave contra bienes jurídicamente protegidos y luego elegir la cantidad de pena que deberá ser correspondiente a la figura. Luego el segundo momento, y al que exclusivamente se refiere el presente trabajo, es al momento judicial de la determinación de la pena (Gracia, 2014). Los tipos penales dispuestos por el legislador incluyen una cantidad de pena, pero además la propia legislación incluye principios que debe observar el funcionario judicial para determinar la cantidad de pena que deberá aplicar en un caso concreto.

Para hacer referencia a la pena y la determinación judicial, es importante recurrir a la jurisprudencia ecuatoriana. La Corte Nacional de Justicia del Ecuador, específicamente la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Policial y Tránsito, en el Juicio No. 721-2015, expresa que:

La pena, como elemento del delito, constituye la consecuencia de los elementos anteriores (acto, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad) ya que solo se puede atribuir la consecuencia pena en tanto y en cuanto se encuentre comprobado conforme a derecho la existencia del delito y luego la responsabilidad penal, ya sea en calidad de autor o cómplice. (pag.6)

Es posible apreciar a la pena como consecuencia de la total comprobación de la calidad de los elementos que afirman tanto la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado. Por lo tanto, su aplicación siempre debería suceder en un momento posterior al de la valoración de tales elementos.

Mientras en lo concerniente a la medida de la pena, el mismo cuerpo colegiado sostiene que:

La medida de la pena por determinación constitucional, es parte del debido proceso y se desarrolla a partir de lo que dispone el artículo 76.6 que dice: En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. (Corte Nacional, 2015, pag. 7).

Esta referencia de la Corte Nacional supone la determinación judicial de la pena como parte sustancial del derecho al debido proceso. En este contexto, se establece una limitación al poder punitivo del Estado, al concebir la determinación de la pena como parte de un derecho o garantía constitucional que informa al ordenamiento jurídico. Además es posible observar la aparición de un medio o mecanismo idóneo para la cuantificación punitiva, el cual consiste en el principio de proporcionalidad. De tal forma que, la medida punitiva es doblemente controlada, tanto en el momento legislativo (abstracto) o de creación de la norma sancionadora, como en el momento de aplicación (concreto) o de cuantificación de la medida de la pena.

En este contexto, se puede hablar de la antinomia de la pena. Este fenómeno consiste en determinar cuál es el balance correcto entre culpabilidad y prevención en la determinación de la pena, que deben realizar los funcionarios judiciales. De esta forma, el momento concreto de la determinación se configura como un proceso argumentativo referido a la ponderación de los elementos, garantías y derechos que asisten a las partes procesales. Sin embargo, habría que aclarar que la antinomia de la pena puede desvanecerse por completo cuando la misma norma establece los límites para la determinación concreta de la pena; de esta manera, los jueces tendrían la tarea de concretar una medida de pena dentro de un rango determinado con anterioridad.

1.4. El Principio de Proporcionalidad

La aplicación de una pena y la respectiva dosificación que llevan a cabo los funcionarios judiciales, encuentra como parámetro constitucional al principio de proporcionalidad. En el artículo 76 numeral 6 de la Constitución de la República, se establece expresamente que “La ley establecerá la debida *proporcionalidad* entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”. De esta manera, el principio de proporcionalidad debe ser observado, tanto en el momento que dirige el legislador con la elección de las conductas que se traducirán en tipos penales y la correspondiente sanción o pena; como en el momento judicial de la dosificación punitiva como garantía de los derechos constitucionales.

La observación y aplicación de los derechos y garantías constitucionales, no es una tarea fácil, puesto involucra su interpretación. Para desterrar todo vestigio de arbitrariedad y dotar de racionalidad una decisión judicial, es necesario observar criterios, sobre todo, metodológicos, que doten de legitimidad y racionalidad, a través de la argumentación jurídica, aquella decisión (Arias, 2012). El principio de proporcionalidad, es considerado como un criterio metodológico que en mayor medida, satisface la necesidad o requerimiento de los derechos fundamentales para su correspondiente interpretación jurídica. Por ello, es necesario determinar en qué consiste este principio y cuál es su naturaleza y alcance.

Para Laura Clérico (2008), el principio de proporcionalidad, o como ella lo llamaba , el examen de proporcionalidad en sentido estricto, es “uno de los límites a la limitación de los derechos, que tiene mayor relevancia en las democracias constitucionales” (pag.198). El principio de proporcionalidad, es considerado como límites de los límites de los derechos. De esta manera, Clérico (2008) afirmó que, este principio era necesario para considerar la validez del

derecho en oportunidad de su limitación; de esta forma, se debe entender fundamentalmente dos cosas: a) los derechos actúan como límites a su limitación y b) elevan una pretensión de ejercicio.

Bernal (2008), también señaló que el principio de proporcionalidad es “la técnica a través de la cual se realiza el mandato de optimización que contiene todo derecho fundamental y el principio de efecto recíproco” (pag.55). Por ello, una de las conclusiones a las que arribó Bernal (2008) es que a través del principio de proporcionalidad se asegura que la intensidad de la restricción o el medio para su aplicación sea el indispensable para hacerlo efectivo, de manera que el límite cumpla su función. Se trata de un mecanismo que opera en la estructura de los derechos fundamentales, explicando su desarrollo y límite, a través de la idoneidad, necesidad, ponderación y proporcionalidad en sentido estricto; por ello, es posible la afirmación del límite de los límites.

Frente a todas las conceptualizaciones que se presentan acerca del principio de proporcionalidad, es posible identificar la función de límite de los límites a los derechos fundamentales que cumple el principio (Bernal, 2008). De esta forma, es manifiesto que las restricciones a la libertad deben ser a su vez limitadas. Medina Guerrero (citado por Bernal, 2008), coincide con el autor referido al manifestar que los derechos fundamentales “no imponen un sistema cerrado de límites al ejercicio del poder legislativo” (pag,403), por el contrario, el legislador dispone de una amplia libertad para configurar y concretar los derechos, pero cuando dicha libertad pueda implicar la limitación o la restricción de los derechos fundamentales, la actividad legislativa, debe estar a su vez enmarcada dentro de unos límites.

Este segundo grupo de límites conforma, la categoría conceptual de los límites de los límites a los derechos fundamentales, cuyo objeto no es otro que impedir que esa competencia

legislativa de configuración de la Constitución, termine por convertirse en el “caballo de troya” de los derechos fundamentales. Bacigalupo (2015), en el estudio de la proporcionalidad indicó que la expresión “límite de los límites de los derechos fundamentales” pone en evidencia que la “habilitación constitucional al legislador para que configure y restrinja tales derechos, de acuerdo con los criterios derivados de la conveniencia política, no supone necesariamente el abandono de la libertad a las decisiones de las mayorías políticas de turno” (pag.245). Lo que significa que la competencia legislativa de configuración de los derechos fundamentales y la constitucionalidad de las leyes limitativas de los mismos, se relacionan entre sí.

1.4.1. Principio de proporcionalidad y leyes penales

Zambrano Pasquel (2013), explicó que el juicio de proporcionalidad resulta un mecanismo idóneo para hacer frente a la tensión entre democracia y derecho que subyace de los estados constitucionales, puesto que su función es sistematizar los principales límites materiales al poder punitivo que se han forjado por la cultura jurídica penal. El principio de proporcionalidad es un principio que informa al ordenamiento penal. Guérez (citado por Zambrano, 2017) establece como aproximación del principio al derecho penal como “un principio que reclama una relación equilibrada entre el hecho punible previsto en la norma y la pena aplicada” (pag.329). En un sentido más moderno, se exige la proporcionalidad entre la norma penal y el fin perseguido por la norma penal, lo que significa que una norma penal proporcionada será aquella que establezca una pena acorde con el fin que se propone a través de la tipificación y sanción del comportamiento descrito.

De esta forma existen dos concepciones sobre el principio, entre ellas, una abstracta que se determina por la legitimidad de los tipos penales y que concierne a los legisladores y otra concreta, que se refiere a la individualización de la pena, es decir, una concepción amplia y una

restringida (Lopera, 2016). Es necesario tener presente que el presupuesto para dar aplicación al principio de proporcionalidad es la existencia de una colisión entre principios constitucionales. Siendo así, expresa Lopera que lo primero a determinar es cuáles son los derechos fundamentales *prima facie* afectados por la ley penal, tanto a través de la prohibición contenida en la norma de conducta, como mediante la definición de clase y cuantía de pena establecida en la norma de sanción (Lopera, 2016). Por otra parte, a través de la norma de sanción, se establece no sólo una intervención a la libertad personal, sino en todos los demás derechos que se ven afectados por el régimen de ejecución de la pena privativa de libertad. Adicionalmente, toda sanción penal incorpora una connotación estigmatizante, que no suele estar presente en las sanciones que se imponen por conducto de otras normas del ordenamiento.

Por ello, la proporcionalidad estricta entre conducta y sanción no justifica *per se* la norma penal de que se trate, sino que su imposición debe responder también a “criterios valorativos en términos de economía de la libertad” (Lopera, 2016). El criterio de la economía de la libertad busca que la norma penal sea útil para generar más libertad de la que se sacrifica con la limitación. Así, el principio de proporcionalidad compara lo perdido y lo ganado por una medida normativa o aplicativa de tipo instrumental, y lo hace con las medidas que suministran el valor libertad, entendido como autonomía, y el objetivo del ordenamiento de optimizar los márgenes individuales y sociales de libertad. De acuerdo con ello, el principio de proporcionalidad se configura como una garantía fundamental de la efectividad de los derechos fundamentales, y al mismo tiempo de la racionalidad de la actuación del poder público (Corcoy, 2012).

Consecuentemente el principio de proporcionalidad opera como una garantía para la racionalidad de la normativa penal. Las normas penales, como parte del ordenamiento jurídico, deben adecuarse a los derechos fundamentales, la racionalidad permite que entonces que la

restricción de la libertad que impera en la norma penal, sea idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto. Sin el establecimiento de un límite racional a la privación de libertad, no es posible que la norma penal garantice el derecho constitucional a la libertad, puesto que no sería capaz de sostener la restricción o límite a ese derecho fundamental; por lo tanto, la racionalidad de la normativa penal solo dependerá de la operación del principio de proporcionalidad.

1.4.2. Subprincipios del principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad presenta en su estructura tres criterios que permiten construir este criterio metodológico, los que se conocen como subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos tres criterios aporta de una manera particular al desarrollo integral de la proporcionalidad, y comportan ciertos parámetros que deben realizarse para que en cada caso o subprincipio, la racionalidad sea concretada. Si se omitiera alguno de estos tres subprincipios, sencillamente no se puede hablar de una proporcionalidad y consecuentemente de una racionalidad. Los criterios son el contenido del principio.

1.4.2.1. *Idoneidad.*

De conformidad con el subprincipio de idoneidad, al que se lo conoce además como subprincipio de adecuación, “toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo” (Bernal, 2008). De esta forma, en la idoneidad se encuentran dos exigencias para la medida de intervención en los derechos: fin constitucionalmente legítimo y medio idóneo para su consecución. Esto se entenderá cuando sea posible establecer algún nexo de causalidad positiva entre la medida adoptada por el legislador y la creación de un estado de cosas, en el que se incremente la

realización del fin legislativo, en relación con el estado de cosas existente antes de la intervención (Lopera, 2016).

En el campo penal, el subprincipio de idoneidad servirá para concretar un juicio sobre la idoneidad de la norma de conducta y sobre la norma de sanción. En el caso de la proyección sobre la norma de conducta, este subprincipio sirve para verificar si la acción u omisión que se encuentra en el tipo penal puede afectar al bien jurídico que se pretende tutelar. En este caso se deben acoger las exigencias del principio de lesividad, como son: la exterioridad de la acción típica y la representación de un peligro abstracto para el bien jurídico que fundamenta la intervención (Corcoy, 2012).

Luego, sobre la idoneidad de la norma de sanción, es posible verificar que la conminación penal representa u medio apto para prevenir la realización de la conducta prohibida (Lopera, 2016). Este juicio se concentra entonces en la verificación de los efectos preventivos generales de la pena, aunque es posible que sea relevante la exigencia de prevención especial derivado del mandato constitucional de resocialización, el que conduce a excluir de los medios penales idóneos, sanciones desocializadoras, como la prisión perpetua o penas privativas de libertad que conduzcan al mismo resultado, en consideración de su duración y la esperanza de vida de la sociedad en la que se imponen.

1.4.2.2. Necesidad.

El subprincipio de necesidad expresa la idea de que toda medida de intervención en los derechos fundamentales, debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, de la totalidad de las medidas con la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto (Bernal, 2008). En este subprincipio opera una comparación entre medios alternativos a la

medida legislativa de restricción que: revistan por lo menos el mismo grado de idoneidad y que afecten en menor medida al derecho fundamental. La medida restrictiva será necesaria cuando no exista un medio alternativo, que siendo igualmente idóneo, al mismo tiempo resulte más benigno desde la perspectiva de los derechos fundamentales objeto de intervención (Lopera, 2016).

De igual manera, en el campo penal, este subprincipio se puede proyectar en la norma de conducta y de sanción. En el primer caso, se trata de buscar alternativas de regulación que se limiten a las conductas que lesionen o representen un peligro más grave para el bien jurídico. Mientras que proyectada sobre la norma de sanción se incorpora las exigencias del principio de subsidiaridad en materia penal, lo que significa que debe orientarse a verificar si no existen medios extra-penales suficientemente aptos para proteger al bien jurídico y menos lesivos para los derechos fundamentales afectados por la norma de sanción; y. luego se trata de establecer que la clase y cuantía de sanción prevista sea la mínima necesaria para cumplir con la finalidad preventiva (Lopera, 2016).

1.4.2.3. Proporcionalidad en sentido estricto.

De acuerdo con este subprincipio, la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa (Bernal, 2008). Lo que significa que las ventajas que resultan de la medida restrictiva del derecho fundamental, compensen los sacrificios que ella implica para sus titulares y para la sociedad. Sin duda se presenta en este subprincipio el juicio de ponderación, ya que debe asignarse el peso a cada uno de los principios en juego, atendiendo en primer lugar al grado de afectación/satisfacción que para ellos deriva de la medida enjuiciada; en segundo lugar es necesario determinar el peso abstracto, esto es, la importancia material de los derechos fundamentales afectados y de los bienes jurídicos protegidos; por último, es necesario determinar

la seguridad de las premisas empíricas que sustentan los argumentos a favor y en contra de la intervención.

1.4.3. Parámetros para la determinación de la proporcionalidad

Se conoce que el legislador para crear la norma penal protectora de los bienes jurídicos reconocidos a las personas, debe tomar en cuenta el principio de proporcionalidad, el mismo que debe insertarse en los diversos tipos penales, en la descripción normativa, tomando en cuenta que cada tipo penal, tiene la misión de proteger un derecho considerado relevante, en la jerarquía de los derechos que le son propios del ser humano, de tal modo que la pena que se le asigne a la norma punitiva, mantenga el necesario equilibrio entre la realización del acto prohibido y la magnitud del daño al bien jurídico protegido o puesto en peligro.

Hay quienes sostienen que la proporcionalidad de las penas frente al delito está expresada en cada tipo penal, cuando se señala un mínimo y un máximo de la sanción privativa de libertad o pena pecuniaria, pero a criterio de Basantes (2018, pag.326) este criterio sería equivocado. La verdadera proporcionalidad, señala el autor referido, la encontramos en la norma legal, por cuya razón el juzgador debe partir de las escalas señaladas en la normatividad, las cuales indican unos mínimos y unos máximos; esto significa que de ninguna manera el juez cuenta con la potestad para determinar la proporcionalidad entre el delito y la sanción penal, ya que esta viene predeterminada en la norma dictada por el legislador, a quien le corresponde establecer la correlación entre el delito y la sanción, teniendo en cuenta los siguientes parámetros:

- a) *La importancia del bien jurídico tutelado.*- Cada tipo penal tiene como propósito tutelar los bienes jurídicos reconocidos expresamente en la Constitución y en la ley, el ser humano por su propia naturaleza es titular de un sinnúmero de derechos; sin embargo, tales derechos no tienen una misma importancia o jerarquía en la escala de

valores, pues unos son imprescindibles e insoslayables, en tanto que otros tienen una menor relevancia, unos bienes jurídicos representan una mayor entidad o importancia que otros, así por ejemplo, la vida, la libertad, la seguridad, el honor, que son bienes jurídicos que están por encima de otros. Para la aplicación del principio de proporcionalidad entre el delito y la sanción penal es necesario ubicar a los bienes jurídicos en una escala de valores, según la jerarquía e importancia reconocida por la misma sociedad, atendiendo a factores históricos, filosóficos, sociológicos, culturales, religiosos, morales, políticos, económicos, que contribuyen a reconocer su valía.

- b) *La magnitud del daño causado o puesta en peligro del bien jurídico.*- Para determinar la pena en función del principio de proporcionalidad, es importante tomar en cuenta el principio de lesividad, entendido como el fundamento político-constitucional, según el cual, los bienes jurídicos son las condiciones básicas para el desarrollo y la participación de los ciudadanos en la vida social. El derecho penal solo debe actuar frente a la lesión del bien jurídico o que este se halle amenazado por un peligro, por lo tanto, no son susceptibles de la intervención del derecho penal, los comportamientos marginales, desviados socialmente o éticamente equivocados, ya que no afectan la continuidad del bien jurídico, por lo mismo tampoco pueden ser susceptibles de responsabilidad penal.
- c) *La peligrosidad del delincuente.* - Los antecedentes de peligrosidad del sujeto activo del delito, son circunstancias que se relacionan con el cometimiento de ilícitos precedentes, cuyos antecedentes deben ser tomados en cuenta por el legislador, al momento de diseñar la norma penal y determinar la sanción proporcional a cada delito, de tal manera que guarde coherencia con el principio de legalidad de la pena. Por otra parte, corresponde al juez fijar el quantum de la pena determinada por el legislador en la ley, teniendo en cuenta

para el efecto, si se trata de un infractor que ha cometido el delito por primera vez o es un reincidente, así como las circunstancias atenuantes y agravantes.

1.4.4. Principio de proporcionalidad y su adecuación en la norma penal

Para Jaime Santos Basantes (2018), la incorporación del principio de proporcionalidad en la norma jurídico-penal, es el gran desafío que tienen que enfrentar los legisladores. Estos últimos, tienen la obligación de crear normas claras para que sean aplicadas en el territorio por los juzgadores o la función judicial, de esta forma, en su rol de administradores de justicia no están relacionados con la aplicación del principio de proporcionalidad, sino que deben juzgar los ilícitos en base a las normas propuestas por el legislador, y aplicar las penas dispuestas en el tipo penal correspondiente. Esta afirmación encuentra sustento en lo dispuesto en la Carta Magna, artículo 76 numeral 6. Consecuentemente, el legislador es el competente para crear las leyes y por ello, para aplicar el principio de proporcionalidad en la norma penal.

La corriente del neo-constitucionalismo, se ha convertido en el tema cotidiano de los legisladores, jueces y doctos en la ley, ya que se presenta como una alternativa válida, para superar las impudicias e inmoralidades del pasado, imponiendo como reglas esencial de la justicia, el respeto al debido proceso, mismo que radica en la aplicación incondicional de los principios, derechos y garantías constitucionales y los previstos en los instrumentos de carácter internacional de derechos humanos, por sobre el criterio desgastado y anacrónico de la legalidad.

Para lograr este cometido, resulta necesario contar con información veraz relativa a la aplicación de los principios constitucionales, entre ellos del principio de proporcionalidad, por parte de los creadores de la norma penal, así como de la materialización por parte de los ejecutores del sistema procesal penal oral, público y contradictorio, que debe reflejarse en el

respeto al debido proceso, en la observancia de las normas constitucionales, así como de las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos y la legislación secundaria, anteponiendo los temores e intereses personales, sobre cuya base se debe proponer las recomendaciones que las circunstancias lo exigen, orientadas a armonizar criterios, unificar procedimientos, aplicar metodologías adecuadas, a fin de evitar que se extralimiten en las facultades regladas expresamente señaladas en la Constitución y la ley.

Para el cabal cumplimiento de este desafío, no es posible ser indiferente a los cambios que marcan un nuevo rumbo en la legislación penal, inspirada en principios humanistas, constitucionales de aplicación obligatoria por todo servidor público y con mayor razón por los creadores de las normas jurídicas, cuya misión es de enorme responsabilidad y complejidad, ya que de ellos depende el enmarcar las conductas típicas y las penas correspondientes, las que debidamente fundamentadas, consolidan de modo indudable la observación de la seguridad jurídica, que en no pocas ocasiones ha sido y sigue siendo soslayada.

El gran reto radica esencialmente en la formulación de una verdadera reforma a los tipos penales, a fin de contar con normas que apliquen los principios constitucionales, en particular el principio de proporcionalidad, en cada uno de los delitos que se detallan en el catálogo de infracciones, de tal manera que estén acordes con la tendencia contemporánea del derecho constitucional.

Por supuesto que este planteamiento no constituye la única, ni la más acertada o definitiva solución, para lograr resolver el problema planteado, se trata simplemente de un aporte que permita consolidar la aplicación adecuado del principio constitucional de proporcionalidad en el nuevo sistema procesal penal acusatorio; pero la solución integral debe provenir de la iniciativa

del ente competente creador de la ley, es decir, la Función Legislativa, que tiene la responsabilidad de llevar a la práctica los postulados constitucionales, a fin de que no queden en meros enunciados teóricos, sino que se concrete en realidades pragmáticas, solo así será posible contar con normas penales que guarden armonía con las exigencias de la sociedad actual, no hay que olvidar que el derecho es el resultado de los requerimientos históricos de los pueblos y épocas determinadas, de las que no está exento el derecho penal.

Corresponde también a los encargados de la administración de justicia, a través de sus resoluciones, aplicar de manera incondicional las normas constitucionales, así como las contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos y la legislación secundaria del Estado, para cuyo propósito es menester la firme disposición al cambio de mentalidad, especialmente de quienes aún añoran convivir con el viejo sistema penal, ya que sin esta actitud, resultaría inútil todos los esfuerzos encaminados a lograr el cambio substancial, mediante la consolidación del respeto a los derechos fundamentales, a cuyo cometido también se deben sumar las iniciativas de todos los entes que directa o indirectamente están relacionados con el quehacer jurídico, especialmente con el derecho penal.

Para Basantes (2018, pag.343) los jueces están obligados en su función jurisdiccional a aplicar las garantías y principios rectores del proceso penal, mismos que se hallan desarrollados en el artículo 5 del COIP, entre cuyos principios no consta el principio de proporcionalidad, ya que no es de su incumbencia, como queda dicho anteriormente, esto quiere decir que bajo ninguna circunstancia se puede equiparar la potestad del juez para imponer una sanción penal, con la aplicación del principio constitucional de proporcionalidad, para establecer una sanción a una conducta típica determinada, no obstante se han dado en la práctica ciertos pronunciamientos

que equivocadamente sustentan la imposición de sanciones basados en el principio de proporcionalidad.

1.5. Principio de Proporcionalidad y Procedimiento Abreviado

En el caso que se está investigando el principio de proporcionalidad también debe valorarse en el momento de la determinación de la pena, esto es, en el procedimiento abreviado. Según lo determina el artículo 636 inciso tercero del COIP, la pena a imponer no puede ser inferior al tercio de la pena mínima dispuesta en el tipo penal. En este punto, la Corte Nacional de Justicia en la Resolución No. 09-2018 trata sobre el estudio a uno de los problemas que resultan del artículo referido, aunque al final de la resolución solo se aborda la cuestión del límite o piso de la pena. El análisis y la interpretación que realiza la Corte Nacional empieza por la pregunta sobre ¿cómo debe calcularse la pena en el procedimiento abreviado? Hay que recordar que en el mismo inciso del artículo 636 del COIP se hace mención al proceso mediante el cual se llega a la individualización de la pena, de esta forma, aquella resulta del análisis de los hechos aceptados por el procesado y de la aplicación de circunstancias atenuantes.

Por lo tanto la pena resulta de una valoración que debe ejecutarse conforme lo determina la norma penal. Pero en el caso que clarifica la Corte Nacional de Justicia, se plantean algunas dudas en el momento de la valoración de las circunstancias atenuantes que, per se, están dirigidas a atenuar la pena impuesta debido a la concreción de hechos que se hallan sustento normativo como acción positiva para la justicia. Esta circunstancia obligó a muchos funcionarios judiciales, profesionales del derecho y abogados defensores a colegir que inclusive el tercio de la pena mínima del tipo penal, si se presentasen circunstancias atenuantes, debían ser consideradas y valoradas al momento de la determinación de la pena, y consecuentemente la pena debía disminuir. El razonamiento de la Corte Nacional en este caso es el siguiente:

Lo interpretamos de la siguiente manera: Como resultado de la negociación entre fiscal y procesado y de la aplicación del conjunto de atenuantes, la pena a ser impuesta nunca puede ser menor al tercio de la pena mínima determinada en el tipo penal; es decir que si tenemos una conducta delictiva sancionada con 3 a 5 años de privación de libertad, la pena no puede ser menor a un 1 año, que es el tercio de la pena mínima. (Resolución No. 09-2018, p. 11).

En este razonamiento resulta evidente el apego irrestricto a la formulación realizada por el legislador en la norma penal. Es decir, los jueces de la Corte Nacional razonan que el cometido principal de los legisladores ecuatorianos al establecer el límite de la pena en el procedimiento abreviado es la evitación de penas mínimas desmedidamente proporcionadas. Lo que defiende la Corte Nacional es la proporcionalidad de la pena mínima, con el propósito de que no existan penas tan exageradamente mínimas que hagan pensar en un tipo de impunidad, lo que a su criterio, no es lo que el legislador previó para el caso del procedimiento abreviado.

Sin duda alguna que la interpretación que realiza la Corte Nacional de Justicia, sirve al propósito del presente trabajo puesto que permite clarificar el alcance de la disposición normativa aludida y la función del principio de proporcionalidad. En este caso, es claro que la Corte Nacional conceptualiza al principio de proporcionalidad como un límite que debe ser observado al momento de individualizar la pena en el procedimiento abreviado, y en el caso particular, para aterrizar la interpretación del inciso tercero del artículo 636 del COIP. Bajo el criterio de proporcionalidad de la pena mínima, el órgano de administración de justicia manifiesta que no es posible interpretar que la aplicación de atenuantes, permitan reducir aún más la pena, que al tercio de la mínima dispuesta en el tipo penal. Por lo tanto, el alcance de esta norma, es decir, del límite de la pena mínima solo clarifica que de ese punto no puede disminuirse la pena.

En este contexto, no puede decirse que la Corte Nacional haya interpretado que en todos los casos se deba aplicar siempre el tercio de la pena mínima dispuesta en el tipo penal. En este punto, de igual manera, se deja abierta la posibilidad de concretar cualquier medida de la pena, que puede ir desde el tercio de la pena mínima del tipo penal, hasta el límite de la pena superior dispuesta en el tipo penal. Es en este escenario también debe incluirse el principio de proporcionalidad para clarificar el máximo de la pena que debería aplicarse en el caso de que una persona procesada haya aceptado su participación en los hechos y exprese su voluntad de acogerse al procedimiento abreviado.

Bajo el razonamiento de la Corte Nacional se podría llegar a la conclusión de que en la misma medida que el principio de proporcionalidad sirve para derivar el límite de la pena mínima, también sirve para establecer el techo de la pena en este procedimiento especial. Así como el legislador dispone una pena mínima para evitar una desnaturalización del procedimiento abreviado con penas exageradamente mínimas que pueden hacer pensar en la impunidad, también puede decirse que la imposición de una pena que puede llegar hasta casi cerca de la pena dispuesta en el tipo penal, también resulta desproporcional y desnaturaliza la figura del procedimiento abreviado.

El procedimiento especial abreviado toma como punto de partida la negociación entre el fiscal y la persona procesada sobre la pena, cuando la persona procesada consciente en aceptar los hechos imputados y comprende las consecuencias del procedimiento, esto es, comprende que va a recibir una sentencia condenatoria, al declararse culpable por el hecho delictivo acaecido en la realidad. Por lo cual, si la pena no varía mucho en relación con la dispuesta en el tipo penal, no tendría sentido incluso acogerse al procedimiento especial si lo mismo se puede obtener una pena

atenuada (incluso, en algunos casos podría decirse, la ratificación del estado de inocencia) en el procedimiento ordinario.

La relación que establece la Corte Nacional entre el establecimiento de un piso para la pena mínima en el procedimiento abreviado y la prohibición de penas desmedidamente mínimas, añade que, no pueden ser desproporcionadas con el daño inferido por la acción delictiva. Es decir, la Corte considera los presupuestos de prevención general de la pena que deben ser observados en el momento de individualización de la misma. Pero hay que especificar que el procedimiento especial abreviado no solamente se estructuró para garantizar los derechos de una sola de las partes, sino que también sirve al procesado, que a pesar de poder acogerse al procedimiento ordinario y conseguir incluso la ratificación de inocencia o en el peor de los casos una sentencia condenatoria (como ocurre con el procedimiento abreviado) acepta los hechos imputados, lo que facilita el trabajo de investigación que debe efectuar el fiscal, y decide también aceptar la sentencia condenatoria. En este punto hay un especial interés para la parte procesada, esto es, que la pena sea atenuada; sin embargo, esto no significa que la parte procesada tenga una ventaja o beneficio mayor sobre el resto de participantes del proceso penal.

De esta forma, es posible pensar en el principio de proporcionalidad como el límite para establecer la pena (no solo el piso sino además el techo), dentro del procedimiento abreviado. El primer punto a considerar para la observación de este principio radica en la idoneidad de la medida, lo que equivale a la conducencia de la medida para el cumplimiento de un fin constitucionalmente legítimo. El segundo parámetro a considerar en la proporcionalidad es la necesidad de la medida, esto es, que no exista otro medio distinto y menos lesivo que el que se pretende aplicar. Y por último, el tercer parámetro es la proporcionalidad en sentido estricto, en

donde se trata de la ponderación de los derechos que se encuentran en tensión para la aplicación de la pena en el procedimiento especial abreviado.

El primer subprincipio de la idoneidad de la medida, en el caso de sanción o de la pena, y como se ha reseñado en líneas anteriores, se enfatiza la adecuación para la consecución del fin constitucionalmente legítimo. En el caso del procedimiento abreviado, la legislación penal ecuatoriana establece un mecanismo ágil, para la resolución de conflictos penales, mediante la aceptación voluntaria del procesado sobre los hechos imputados y por ende la correspondiente sanción. Se trata de que las infracciones penales sean conocidas y resultas en un tiempo menor, sin que ello implique que los delitos queden impunes, sino que efectivamente se sancione a aquellas personas que aceptan su participación en el hecho delictivo. La pena cumple entonces la función de prevención general, lo cual, es un medio constitucionalmente válido para la consecución del fin de justicia y la prevención de delitos, en este punto, el artículo 52 del COIP expresa el carácter de prevención general como finalidad de la pena.

En el caso del subprincipio de necesidad, de lo que se trata es que la medida adecuada constitucionalmente, resulte la más benigna de otras medidas igualmente idóneas. En este caso, podría decirse que la proyección de la necesidad sobre la cuantificación de la pena, debe atender a los presupuestos de la prevención especial, y el carácter resocializador de la pena. La pena dispuesta en el caso del procedimiento abreviado debe ser adecuada y atender a la necesidad de rehabilitación del procesado, con la finalidad de que no vuelva a cometer conductas delictivas. En el artículo 1 del COIP se expresa como una de sus finalidades la rehabilitación social de las personas sentenciadas, esto con el propósito de reinsertarlas a la sociedad (artículo 637 numeral 4 COIP). Es claro que una dosificación de la pena que no se dirija a rehabilitar al sentenciado, se refleja en las penas largas o exageradas, que no permiten la reinsertión social.

Por último, en el análisis de la proporcionalidad en sentido estricto, la ponderación que debe efectuarse entre los derechos que se encuentran en tensión o conflicto, debe obedecer a la máxima de *a mayor grado de restricción de un derecho mayor satisfacción del derecho que se encuentra en contraposición*. En el caso de la dosificación de la pena en el procedimiento abreviado, la Corte Nacional en la Resolución No. 09-2018 establece que la pena debe ser calculada en base a los parámetros legales dispuestos por el legislador. En este sentido, deben ser observados tanto los derechos de la víctima como los derechos del procesado. De esta forma, el proceso especial que se caracteriza como un proceso ágil y oportuno que obedece a los principios de eficacia, simplificación y economía procesal, sirve a la protección y garantía de los derechos del acusado y de la víctima. Por el lado de la víctima, los principales derechos que deben valorarse en el momento de la determinación de la pena son el derecho a conocer la verdad sobre los hechos, y el derecho a la reparación integral. Mientras que por el lado del procesado se pueden mencionar el derecho a recibir una pena proporcional, el derecho a la rehabilitación y reinserción social.

De esta forma, si el derecho a conocer la verdad y a la reparación integral de la víctima, encuentran asidero en el procedimiento especial, puesto que el procesado acepta su participación en los hechos y con ello, el juez de garantías penales, puede llegar a declarar la culpabilidad y establecer la sanción. En consecuencia, la elaboración de la sentencia y la pena impuesta forman parte de la reparación integral del derecho a la víctima. Pero la característica de este procedimiento es la consecución de una pena atenuada, lo cual es el derecho de la persona procesada, es decir que la pena debe ser proporcional al hecho y la medida se establece con los parámetros que el legislador dispone en la norma. De esta forma, la restricción del derecho de la víctima a conocer la verdad (el procesado no está obligado a detallar lo que sucedió, únicamente

acepta su participación) y la reparación integral, permite la satisfacción del derecho a una pena proporcional para la persona procesada.

1.6. Principio de Legalidad

Por el principio de legalidad, el delito y la pena deben estar previamente previstos en una ley, ya que la ley penal tiene una función decisiva en la garantía de la libertad, como derecho fundamental de las personas. En materia penal, el principio de legalidad es una garantía constitucional, según la cual, no es posible juzgar ni sancionar si la infracción o la pena no se encuentran previamente establecidas en una ley escrita; en consecuencia, no hay delito, ni pena, ni proceso penal si no existe una ley anterior.

Históricamente, el principio de legalidad tiene asidero en la Revolución Francesa y en la ilustración, en las ideas liberal-racionalistas, que en Europa contrastaron con el derecho consuetudinario o con la soberanía en poder de los monarcas, y que dieron lugar a constituciones racional-normativas escritas. Es decir, cuando el pueblo pasa de ser un instrumento y sujeto pasivo del poder absoluto del Estado, a controlar y participar en ese poder, exigiendo garantías para su ejercicio. Sin embargo, hay quienes creen que este principio, tuvo lugar por vez primera, en la Carta Magna del Rey Inglés Juan Sin Tierra de 1215. Sin embargo, la aplicación concreta de este principio se debe a César Beccaria (Pérez, 2015), quien en su obra “De los delitos y De las Penas”, que cuenta con la influencia de Montesquieu y Rousseau, pero también de Feurbach, quienes desarrollaron su teoría en función de la pena como coacción psicológica, se lo conoce en su formulación latina como: *“nullum crimen, nulla poene sine lege”*.

El principio de legalidad se derivó de la teoría ilustrada del contrato social, que admitía una organización política basada en la división de poderes, en la que la ley fuese de competencia

exclusiva de los representantes del pueblo, ya que la división de poderes garantiza el principio de legalidad penal, repartiendo el poder punitivo estatal entre el legislativo, que se encarga de determinar los delitos y las penas a través de un proceso democrático en el que participan los representantes del pueblo. Esto quiere decir, que por el principio de legalidad, la determinación de las conductas delictivas, adquieren legitimidad, considerando que los representantes del poder legislativo, en los sistemas democráticos son designados por votación popular, convirtiéndolos en representantes del pueblo, por lo menos desde un punto de vista teórico.

El principio de legalidad implica la *prohibición de la ley ex post facto*, es decir, se trata de un principio fundamental del Derecho Público, según el cual todo ejercicio de potestades debe sustentarse en normas jurídicas, provenientes de un órgano competente y un conjunto de materias que caen bajo su jurisdicción. De esta manera, no puedes existir normas jurídicas públicas sin que hayan sido elaboradas bajo la estricta observación de los procedimientos para su concreción. Es ésta la razón por la cual se sostiene que el principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley.

En el derecho penal, este principio tiene un carácter dogmático, rige para los delitos y las penas. Anselm Von Foyerbach (citado por Basantes, 2018, pag. 26) sostiene que se estableció este principio en base al aforismo latino *nullum crimen, nulla poena, sine previa lege*, esto quiere decir que, para que una conducta sea calificada como delito debe previamente, a la realización del acto delictivo, hallarse descrito o desarrollado expresamente en una norma, así como la sanción a dicho acto ilícito, con lo cual se pone límite a la arbitrariedad, al abuso de poder, en definitiva al poder punitivo del Estado. Si el delito y la pena, no estuvieren previstos en una norma jurídica expresa, emanada del poder legislativo, se violaría el principio de legalidad, por lo tanto, las leyes que emanan del competente poder del Estado, obviamente cumplen el principio de legalidad,

porque aplican la norma constitucional que tiene una jerarquía superior a la ley, según así lo dispone el segundo inciso del Art. 424 de la Constitución de la República.

1.7. Procedimiento Abreviado

El Procedimiento Abreviado se presenta dentro del campo de los procedimientos especiales por el cual se puede concluir un conflicto de tipo penal. Resulta en un mecanismo de tipo jurídico que, bajo el cumplimiento de cierto tipo de requisitos legalmente previstos, proceda especialmente la sanción al procesado. Lo que caracteriza a este procedimiento es la aceptación voluntaria y consciente de la persona procesada, sobre su participación en el hecho o circunstancia de la infracción. Consecuentemente, mediante la aceptación, opera la correspondiente sanción atenuada. Algunos críticos al procedimiento abreviado afirman que mediante su aplicación se vulneran algunas garantías constitucionales, como por ejemplo, la prohibición de autoincrimación y la presunción de inocencia.

Según Cabanellas (2008) el procedimiento abreviado consiste en el conjunto de actos y diligencias que comprenden el inicio, desenvolvimiento y ejecución de una causa. En esta definición se entiende que este procedimiento se contempla como una unidad que abarca los actos jurídicos que van desde el inicio hasta el final de un proceso. Podría decirse que se trata de un proceso que garantiza la economía procesal, debido a que su objetivo es llegar a la resolución del conflicto mediante actos que abarquen todas las etapas procesales. En este sentido, Claus Roxin (1997) afirma que este procedimiento resulta económico tanto para el Estado como para la parte procesada, debido a que se consigue una resolución en corto tiempo y además se ahorra dinero a las partes, sin que ello implique la inobservancia de la consecuencia de la relación jurídico procesal penal, esto es, la aplicación de la pena.

Lo que resulta evidente en el procedimiento abreviado, y conforme se desprende de la semántica de las palabras que componen este procedimiento especial, es la abreviación de las etapas procesales. Por lo tanto, este procedimiento encuentra respaldo en los principios de oportunidad y celeridad. Hay que agregar que con la aceptación de la persona procesada, sobre su participación en el hecho, se configuran los principales presupuestos mediante los cuales se puede llegar a la resolución de la controversia penal. Lo que se pretende es dar por concluido el proceso penal, de forma inmediata con el cumplimiento de los requisitos previstos en la normativa penal.

Por otra parte, en el caso de la legislación penal ecuatoriana, la aplicación del procedimiento abreviado resulta de la negociación entre el funcionario encargado de la investigación penal y la persona procesada. Para Walter Guerrero Vivanco (2004) la negociación implica la aceptación de la participación en el hecho delictivo, y la consecuente admisión de la culpabilidad con el propósito de que el fiscal solicite una pena benigna para el procesado consciente de su aceptación. De esta forma, para el autor referido el procedimiento abreviado resulta ventajoso tanto para fiscalía que concreta su función y para el procesado que recibe una sentencia benigna lo que le permitirá reintegrarse a su actividad normal. Para Zavala Baquerizo (2002) la perspectiva del procedimiento abreviado no es de ninguna manera ventajosa para el procesado. Esta autora considera al procedimiento como un mecanismo de corte inquisitivo, en el que el fiscal tiene amplios poderes para negociar con el procesado, a quien le corresponde aceptar lo que disponga el funcionario público, puesto que sería la única manera de conseguir una pena atenuada.

Frente a estas dos distintas consideraciones sobre el procedimiento abreviado, la una como un mecanismo ventajoso para las partes y la segunda como un mecanismo de corte

inquisitivo, es posible señalar que la primera de ellas resulta más razonable. Esta consideración se sustenta en la propia formulación conceptual del procedimiento, esto es, la de abreviar las etapas procesales y obtener la resolución con una pena atenuada; por ello, el procedimiento encuentra las disposiciones normativas que contienen los requisitos y presupuestos bajo los cuales se puede aplicar. Lo que señala Zavala Baquerizo es la apreciación que realiza sobre la práctica judicial en su aplicación, situación que no debe confundirse con el reconocimiento legal de la figura.

Para Vaca Andrade (2014) con la inclusión del procedimiento abreviado se logra no solamente obtener decisiones rápidas sino además efectivas en aquellas controversias de tipo penal. Sin embargo, Zambrano Pasquel (2017) considera que el mismo procedimiento evade garantías específicas del proceso penal, tales como oralidad, contradicción, publicidad e inmediación, así como también se evade la reproducción de las pruebas. La tensión evidente en la aplicación de esta figura se produce precisamente por la abreviación de las etapas y la resolución consecuente en base a la negociación y la aceptación de la culpabilidad. Pero en este punto, resulta importante señalar que los presupuestos para su aplicación no se agotan en los mencionados, sino que la ley establece el marco bajo el cual se puede llegar a la negociación. De esta manera, puntualmente se puede mencionar como ejemplo que no en todos los delitos de acción pública se puede aplicar el procedimiento, sino en aquellos sancionados hasta con diez años de privación de libertad.

Para Cafferata Nores (2002) lo vital dentro del procedimiento abreviado pasa por la aceptación libre y voluntaria del procesado. La autonomía de la voluntad del procesado decidiendo sin ningún tipo de injerencia ni presión, con la debida asesoría técnica legal, para abandonar el procedimiento ordinario que constitucionalmente le corresponde enfrentar. Por lo tanto, si el procesado abandona el cause normal del proceso para someterse al abreviado, su

decisión debe ser consciente e informada, nunca atribuida a la ignorancia o falta de asesoramiento legal.

La Corte Nacional de Justicia en la Resolución 02-2016, ha expresado que se el procedimiento abreviado se sustenta en la necesidad de un procedimiento ágil y oportuno:

Éste procedimiento especial tiene sustento en la necesidad de que los juicios en materia penal tengan una respuesta ágil y socialmente aceptable en términos de calidad, mediante un procedimiento oral, rápido y eficaz, otorgando al conflicto penal una prosecución y solución distinta a la ordinaria, en aquellos delitos de baja penalidad o menos graves, haciendo posible una mediación directa entre el fiscal y el procesado, sin ignorar los derechos de las víctimas. Este procedimiento estará siempre sujeto a todas y cada una de las garantías y principios que orientan al procedimiento penal ecuatoriano, fundamentalmente en relación con los postulados constitucionales del debido proceso, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica, así como con aquellos expuestos en la jurisprudencia supranacional.

De esta forma, la Corte destaca el tipo de procedimiento como oral, rápido y eficaz, lo que permite la negociación directa entre el fiscal y el procesado para la aceptación de los hechos y la rebaja de la pena, lo cual, de ninguna manera significa la vulneración de los derechos de las víctimas. De esta manera, el fiscal posteriormente debe dirigirse al juez y solicitar la pena mínima acordada con el procesado como producto del proceso de negociación.

En referencia a este procedimiento especial, la Corte Nacional en Sentencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito del 22 de octubre del 2015, manifiesta que existe similitud con el procedimiento que utiliza los Estados Unidos y que es

conocido como *plea bargaining* (proceso de negociación). Este procedimiento consiste “en las concesiones que el fiscal realiza a cambio de obtener la admisión de culpabilidad del imputado.”

En lo referente a la dosificación de la pena que debe realizarse en el procedimiento abreviado, en primer lugar aparece la negociación que debe realizar el fiscal con la persona procesada. En este sentido, la Corte Nacional en sentencia del 02 de junio del 2017, ha manifestado que:

Considerando que el procedimiento abreviado es de carácter especial y se aparta del ordinario permitiendo al procesado acordar con fiscalía la pena a imponerse luego de la admisión de los hechos atribuidos o imputados, lo cual implica un beneficio en la reducción del tiempo de la condena la misma que debe ser cumplida para no vulnerar el principio de buena fe procesal dejando exclusivamente para el procedimiento ordinario la posibilidad de dicha suspensión; y, por otra parte por los fines que persigue la pena de conformidad a lo establecido en el Art. 52 del Código Orgánico Integral Penal especialmente el de la prevención general para la comisión de los delitos independientemente de su naturaleza doloso o culposa.

Lo que resalta en esta declaración de la Corte Nacional es la consideración del beneficio en la reducción de la pena para el procesado. No es de extrañar para el órgano de administración de justicia que en el procedimiento abreviado la característica fundamental sea la reducción de la pena, por ello, enlaza el beneficio con su obligatorio cumplimiento en virtud del principio de buena fe procesal, esto es, que la negociación que hubiere realizado el fiscal con el procesado sobre la aceptación de los hechos y la reducción de la pena, debe respetarse precisamente porque el procesado ha declarado su participación.

1.7.1. Antecedentes históricos de la legislación penal ecuatoriana

En el Ecuador, el derecho penal como en toda legislación tiene su historia, la misma que constituye el antecedente del actual Código Orgánico Integral Penal, estos antecedentes se hallan recogidos en términos generales en el numeral 1 de la exposición de motivos del referido Código. Desde la época republicana se han promulgado cinco Códigos Penales, el primer Código Penal Ecuatoriano fue promulgado en 1837, durante la presidencia del Vicente Rocafuerte, inspirado en las ideas liberales al parecer del código español de 1822. En 1872, durante la segunda presidencia de Gabriel García Moreno, se expidió un nuevo Código Penal, que tiene como fuente de inspiración el Código Penal de Bélgica de 1867, el que a su vez tenía como modelo el Código francés de 1810.

El Código Penal de 1906 promulgado durante la segunda presidencia de Eloy Alfaro, introduce dos importantes reformas acordes a la orientación liberal imperante en el país, como la supresión de la pena de muerte y de los delitos contra religión; en lo demás mantiene la misma estructura del Código anterior. Durante la dictadura del General Alberto Enríquez en el año 1938 se expidió un nuevo Código Penal, manteniendo la estructura del código con algunas modificaciones, inspiradas en el Código Penal italiano de 1930 y en el Código Penal argentino de 1922, como la relación de causalidad, la imputabilidad, entre otros institutos jurídicos, durante su vigencia se introdujeron algunas reformas, fue reemplazado por Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, en actual vigencia.

En el Libro Primero, del Código Orgánico Integral Penal se encuentran definidos los comportamientos o conductas humanas que, en determinado tiempo y lugar la sociedad organizada ha calificado como delitos, dichos comportamientos descritos normativamente reciben el nombre de tipos penales, que no es otra cosa que la descripción de la acción típica

antijurídica, culpable, imputable y sancionada con una pena; de allí que la finalidad del tema en análisis, es la de dilucidar si las penas fijadas para cada conducta antijurídica, cumplen con el principio constitucional de proporcionalidad entre el delito y la sanción penal.

Este cuerpo normativo, contrariamente a la filosofía de sus creadores que consideran que no se trata “únicamente la tipificación de conductas que lesionan bienes jurídicos, sino que contiene y reduce el poder punitivo garantizando la hegemonía de un Estado constitucional de derechos y justicia” (Basantes, 2018, pag. 342), se trata de un Código que en cierta forma marca un retroceso en la dialéctica social y jurídica, si bien se ha compilado en su articulado aquellas conductas antijurídicas protectoras de bienes jurídicos relevantes, no es menos cierto que también se ha eliminado otras conductas que deben estar presentes como el delito de colusión, el delito de uso de títulos falsos, etc., que sin razón han sido eliminados de un solo plumazo, mientras se penaliza comportamiento humanos ajenos a la naturaleza penal (Basantes, 2018, pag. 342), como la no afiliación de los empleados, al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Dentro de los cambios que se evidencia en el COIP, lo más reprochable, es que se ha endurecido algunas de las sanciones penales, convirtiéndoles hasta cierto punto en inhumanas y degradantes, además de haber introducido como un nuevo instituto jurídico la acumulación de penas, lo que fue recriminado en el pasado, hoy paradójicamente se ha convertido en una necesidad para lograr la decantada prevención general, desconociendo que el delito y la delincuencia no se combaten con represión absurda que, garantice un lugar seguro en el confinamiento de una celda fría, cuando la tendencia contemporánea del derecho es alcanzar la prevención general positiva, es decir, la rehabilitación integral del procesado.

Ante el incremento insensato de las penas, la historia nos ha demostrado que no sido, ni lo será el mecanismo más apropiado para combatir la delincuencia, especialmente teniendo en cuenta que en gran parte, son las injusticias sociales, las causantes de la desviación de la conducta del ser humano que se ve abocado a delinquir, en ocasiones para cumplir con un imperativo natural, el derecho a vivir o por lo menos a subsistir; por lo que reiteramos que la solución a la delincuencia como un producto social, se debe encontrar en el propio ámbito social, combatiendo la pobreza, el desempleo, las adicciones, la ignorancia, el analfabetismo, la migración, etc., promoviendo como contrapartida leyes que garanticen no en lo teórico sino en los hechos, la igualdad formal y material de todos los miembros de la sociedad, así como políticas de estado que aseguren el pleno bienestar individual y colectivo, haciendo que la justicia, la equidad, el bien común sean una práctica constante que garanticen la convivencia social en armonía.

Para la expedición del Código Orgánico Integral Penal, se argumentó y no sin razón que el Código Penal, fue “incompleto, disperso y retocado, permanentemente modificado. La codificación del 1971 ha soportado, en casi cuarenta años –desde octubre de 1971 hasta la producida en mayo de 2010- cuarenta y seis reformas. A esto hay que sumar más de doscientas normas no penales que tipifican infracciones.”, por cierto que no se cuestiona este argumento del legislador, que sin duda está llena de razones, que pretenden justificar la impostergable necesidad de actualización del derecho penal, conforme a las nuevas corrientes de las cuales el país no puede quedar a la zaga, so pena de excluirse del mundo globalizado que exige una autentica integración de sus pueblos y legislaciones, que demandan hacer causa común para combatir los delitos de lesa humanidad, la criminalidad organizada internacionalmente, pero sobre todo para armonizar sus leyes frente a conductas humanas antijurídicas que son comunes en todos los pueblos.

1.7.2. Antecedentes del procedimiento abreviado

La principal idea en que se funda el procedimiento abreviado desde los primeros esbozos de su utilidad es la reparación del daño producido por el cometimiento de una infracción. Esta idea surge incluso desde antes de la concepción del derecho anglosajón, donde supuestamente tendría su origen esta institución. Una primera aproximación al origen histórico del procedimiento abreviado es la observación de la Ley de las XII Tablas de Justiano. En aquellas se encuentra evidencias acerca del arreglo a que podían acceder los sujetos que tenían algún conflicto por el cometimiento de un delito; este acuerdo se denominaba “acuerdo compositiva”. Aunque su aplicación no era generalizada, es decir, solo cabía para aquellos delitos de menor trascendencia como injurias o lesiones leves. La aplicación de este acuerdo tenía como ventajas principales: la reducción del tiempo de un procedimiento penal ordinario y la armonización de las relaciones entre los sujetos que intervenían en el proceso.

Posteriormente, y como lo reseña Narváez, el procedimiento abreviado encuentra su desarrollo en la legislación penal anglosajona, del cual, Ecuador se ha servido para su aplicación dentro del territorio. Ejemplo de las contribuciones del derecho anglosajón se encuentran en el *plea bargaining* y el *plea guilty*. Ambas figuras tienen en común la negociación entre quien posee la facultad de investigar y obtener la prueba, y los sujetos que comete la infracción; en el caso del *plea bargaining* incluso se requiere el consentimiento de la persona procesada, quien acepta los hechos fácticos de la infracción y recibe a cambio la imposición de la pena mínima.

En este último caso, clásico de la legislación norteamericana, es posible encontrar tres categorías:

- El *setencebargaininig*, que consiste en el acuerdo entre el acusado y la autoridad judicial, mediante el cual el primero se declara culpable y recibe una pena en concreto de entre algunas posibilidades.
- El *chargebargaining* que consiste en la promesa, luego de la aceptación de uno o varias acciones delictivas, de no perseguir más conductas penales que haya cometido, o imponer la sanción por la infracción menos grave.
- *Mixta* en el que se trata de una fusión de ambas posturas, en la que, por la confesión del procesado se puede llegar a la reducción de cargos y además a la reducción de la pena.

El derecho anglosajón está caracterizado, en los casos del *plea bargaining* y el *plea guilty*, a la eliminación del proceso de producción de las pruebas y la reducción de los costos del procedimiento penal, sobre la base de la *participación* (confesión) de las personas procesadas. Estas figuras se han establecido desde el siglo XIX, y actualmente son el referente internacional en los procesos de enjuiciamiento penal, puesto que arrojan resultados en tiempos relativamente cortos, con ahorro no solo de tiempo, sino de recursos para el Estado; además de elevar la cantidad de casos resueltos, lo que incide en la graduación de la eficacia del sistema penal.

1.7.3. Breves antecedentes del procedimiento abreviado en el Ecuador

Como se detalla en líneas anteriores, la concepción del procedimiento especial abreviado no es una derivación propia de la legislación ecuatoriana, sino que obedece a la adopción de un mecanismo de corte anglosajón, como es la concepción del “*plea bargaining*”. En el contexto ecuatoriano, esta figura fue acogida en la legislación penal del 13 enero del 2000, formalmente registrada en el Registro Oficial Suplemento No. 360. De esta forma, guarda alguna similitud de lo que se describe hasta ahora en el COIP, pero las principales diferencias que se pueden destacar

es la competencia para resolver el procedimiento especial y la gravedad de los delitos que podían acogerse a este procedimiento.

En lo referente a la competencia para la resolución del procedimiento o al momento procesal en que podía solicitarse su adopción, la primera legislación en tipificar el procedimiento abreviado disponía que podía ser solicitado hasta el momento de la clausura del juicio. Esa disposición se mantuvo hasta marzo de 2009, donde se incluyó la reforma al Código de Procedimiento Penal, donde el legislador dispuso que el procedimiento especial podía ser solicitado antes de la audiencia de juicio. De esta forma, la competencia para la resolución se radicaba en el Tribunal de Garantías Penales.

Por otra parte, en lo referente a la gravedad de las infracciones que podían resolverse mediante la aplicación de este procedimiento, solamente las conductas sancionadas con penas de hasta cinco años de privación de libertad eran susceptibles del mismo. De esta forma, las conductas o infracciones penales leves fueron aceptadas por el legislador para que se aplicara la reducción de la pena. De esta forma, se llega al Código Orgánico Integral Penal que también incluye el procedimiento abreviado. En lo concerniente a la competencia para la resolución del procedimiento, la diferencia es que radica en el juez de garantías penales y no el Tribunal, la razón estriba en que el momento procesal oportuno para su petición es desde la audiencia de formulación de cargos hasta la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio. Así se ratifica la competencia del juez quien es el encargado de conocer y resolver las primeras etapas del proceso penal.

Aunado a lo anterior, el COIP expande las conductas susceptibles del procedimiento especial al establecer que las conductas sancionadas hasta con diez años de privación de libertad

son susceptibles del procedimiento. Esta ampliación resulta en un avance de trascendental importancia para la concepción del derecho penal ecuatoriano, puesto que no solo se considera los presupuestos de gravedad de las conductas, sino que también los principios de mínima intervención penal, subsidiariedad y dignidad humana. Hay que agregar que bajo los principios de oralidad, simplicidad, eficacia, eficiencia, simplificación y economía procesal, el procedimiento abreviado se pretende como una solución ágil para la resolución de las controversias penales. El COIP integra los principios constitucionales para la aplicación de la normativa penal, lo cual es el reflejo del cambio de paradigma del estado constitucional de derecho adoptado en Ecuador a partir de la vigencia de la Constitución de 2008.

1.7.4. Las reglas del procedimiento abreviado

Luego de que se ha revisado lo concerniente a la conceptualización del procedimiento abreviado, resulta importante detallar cuales son las reglas de procedencia para la aplicación del procedimiento especial. Estas reglas se encuentran en el artículo 635 del COIP, las que se detallan a continuación:

1. Las infracciones sancionadas con pena máxima privativa de libertad de hasta diez años, son susceptibles de procedimiento abreviado.

De esta forma se encuentra el primer presupuesto para la aplicación del procedimiento abreviado, el cual indica que exclusivamente las infracciones sancionadas con privación de libertad de hasta diez años son las susceptibles de aplicar esta figura. En este punto hay que resaltar que, la anterior legislación penal ecuatoriana la consideración de las infracciones que se podían someter al procedimiento abarcaba hasta las que se sancionaban con cinco años de privación de libertad. La ampliación de las infracciones de hasta diez años de privación

representan una perspectiva distinta en cuanto a la gravedad de las infracciones y la posibilidad de concluir conflictos penales. Hay que destacar en este punto que el Ecuador, como Estado Constitucional de Derechos y Justicia, acoge una línea garantista de los derechos sobre todo en lo concerniente a la aplicación del poder punitivo.

2. La propuesta de la o el fiscal podrá presentarse desde la audiencia de formulación de cargos hasta la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio.

En este segundo punto ha existido también un intrincado debate acerca del momento en que se debe presentar la propuesta por parte del fiscal. En algunas ocasiones dentro de la práctica cotidiana de la administración de justicia, la solicitud de procedimiento abreviado incluso se presentaba en la propia audiencia de juicio, esto es ante el Tribunal de Garantías Penales, quién resolvía sobre su aplicación. La Corte Nacional de Justicia, dentro de la Resolución 09-2018, resolvió sobre el particular indicando que el momento procesal oportuno para la presentación de la propuesta es desde la audiencia de formulación de cargos hasta la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, y por lo tanto la competencia exclusiva para conocer el procedimiento recae sobre la jueza o juez de garantías penales.

3. La persona procesada deberá consentir expresamente tanto la aplicación de este procedimiento como la admisión del hecho que se le atribuye.

En este punto, la voluntad del procesado debe indicarse sobre dos puntos: la aplicación del procedimiento y la admisión del hecho delictivo. En el primer punto, el procesado requiere información sobre el procedimiento abreviado, esto es que antes de la aceptación expresa del procedimiento, el encargado de la administración de justicia debe explicar al procesado el procedimiento. Esto no excluye la responsabilidad que anterior a la presentación del procesado

frente al juez de garantías penales, el abogado de la defensa y fiscalía, tienen para explicitar la información. De esta forma, el procesado debe conocer además cuales son las consecuencias derivadas de la aplicación del procedimiento, así debe entender que va a recibir una sentencia condenatoria y una pena atenuada que debe cumplir con privación de libertad. Lo mismo podría decirse en el caso de la aceptación del hecho que se atribuye, esto la admisión de la culpabilidad.

4. La o el defensor público o privado acreditará que la persona procesada haya prestado su consentimiento libremente, sin violación a sus derechos constitucionales.

La responsabilidad de la defensa técnica del procesado se extiende más allá de la información sobre el procedimiento y las consecuencias de su aceptación del hecho delictivo, debe asegurar que el procesado tome la decisión de abandonar el proceso ordinario y someterse al abreviado sin ningún tipo de injerencia o presión que vicien el consentimiento libre de la persona procesada. Por ello la norma establece que tal decisión se debe efectuar en el marco de la observación de los derechos constitucionales del procesado. Como ejemplo es posible mencionar que si el procesado no se encuentra acompañado de su defensor en el momento que se encuentra el fiscal efectuando la propuesta del procedimiento abreviado, la decisión que llegare a tomar, consiste en un acto vulnerador de sus derechos.

5. La existencia de varias personas procesadas no impide la aplicación de las reglas del procedimiento abreviado.

Otra particularidad del procedimiento abreviado radica en la posibilidad de que el procedimiento se extienda a uno o varios procesados dentro de un mismo proceso penal, lo que significa que la aceptación o no aceptación de uno o varios procesados no afecta a los demás procesados. La posibilidad de aplicación del procedimiento debe ser decidida de manera personal

o individualizada, lo que significa que la información del procedimiento abreviado debe llegar también de manera individualizada. De tal forma que, como la pena debe ser individualizada, también la opción de acceder al procedimiento.

6. En ningún caso la pena por aplicar podrá ser superior o más grave a la sugerida por la o el fiscal.

La negociación que debe realizar el fiscal con la persona procesada, acompañada de su abogado defensor, debe concluir, en el caso de la persona procesada, con la determinación de una pena, que luego debe ser puesta en consideración del juez de garantías penales. En este punto se establece como límite al juzgador para la determinación de la pena, que la pena no debe exceder a la determinada por el fiscal, puesto que es resultado precisamente de la negociación con el procedo. Pero sin lugar a dudas, lo que resalta en la aplicación de esta figura en el sistema procesal penal ecuatoriano es la consecuencia punitiva, es decir, la consideración de una pena atenuada. El inciso 3 del artículo 636 del COIP, manifiesta que en ningún caso la rebaja de la pena será menor al tercio de la pena mínima prevista en el tipo penal. De ello, se han derivado algunas interpretaciones y confusiones al momento de establecer o determinar la pena en este procedimiento.

1.8. Derecho Comparado

1.8.1. Chile

En el caso chileno, el Código Procesal Penal, dentro del Título III, regula el procedimiento abreviado. Esta formulación encuentra sustento en los artículos 406 al 415 del Código adjetivo penal en referencia. La legislación chilena empieza por señalar que el procedimiento abreviado puede aplicarse a solicitud del fiscal, para *tratar los hechos sobre los*

que requiriere una pena privativa de libertad no superior de cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo, o bien cualesquiera otras penas de distinta naturaleza. Para la procedencia de este procedimiento, es necesario que...el imputado, en conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que le fundaren, los acepte expresamente y manifieste su conformidad con la aplicación de este procedimiento.

En cuanto a la aceptación de los hechos de la persona imputada, existe una similitud con la legislación penal ecuatoriana; sin embargo, resulta importante señalar que, además de la aceptación de los hechos, deben existir antecedentes de la investigación que den fundamento a la acusación penal. Es decir, la aceptación no puede versar sobre hechos que se encuentren debidamente sustentados por elementos recabados en la investigación; si el imputado debe aceptar las acusaciones en su contra, primero esas acusaciones deben ser plenamente verificables.

En cuanto a la determinación de la pena, el código adjetivo penal chileno, dista mucho de la elaboración legislativa ecuatoriana. En este caso, el servidor judicial chileno encuentra, en primer lugar, que es posible solicitar una pena privativa de libertad de hasta cinco años. Es decir, el legislador chileno ha establecido un “techo”, o límite superior, en caso de que llegue a establecer como sanción la pena de privación de libertad. En esta elaboración legislativa, no es posible encontrar, en caso de la privación de libertad, cuál es el mínimo de pena que podría aplicarse. En este sentido, se debe destacar que la legislación chilena garantiza en mayor medida el derecho a la libertad de los chilenos; al establecer legislativamente el límite de la privación de libertad que puede aplicarse a un imputado, se está dirigiendo la decisión de los jueces y a la vez, eliminado la discreción o arbitrio judicial, puesto que el máximo de la pena de privación de libertad se encuentra dispuesto en la norma sobre aplicación del procedimiento abreviado.

Aunado a lo anterior, la legislación procesal penal chilena, expande la garantía de protección del derecho a la libertad, porque no solamente limita el encierro del imputado, sino que, también dispone en el caso de la aplicación del procedimiento abreviado, la aplicación de penas de distinta naturaleza al encierro. Esto último, se traduce en la aplicación de una justicia consciente de que la privación de libertad no es la única forma de garantizar los derechos de la víctima y de la sociedad, y la protección de bienes jurídicos relevantes.

Sin embargo, la cuantía de la pena presenta varios problemas, sobre todo cuando se considera como un requisito de procedencia abstracto para la aplicación del procedimiento abreviado en Chile. Barra María (2010) considera que el principal problema que se plantea en la legislación chilena en el caso referido, es que, la cuantía de la pena en el caso concreto es determinada por el Fiscal y por ende, excluye a la penalidad que se establece en abstracto en el tipo penal. De esta consideración, resultan dos inconvenientes, según Barra el primero se encuentra en los límites para la negociación que lleva a cabo el Fiscal, puesto que podría tomar elementos que, favorezca o perjudique, al imputado; mientras que, otro problema se evidencia en la relación entre cuantía de la pena en abstracto y la que de forma concreta solicita el Fiscal, puesto que podrían imponerse penas sumamente bajas en relación con las trascendencia de la conducta ilícita, es decir, en virtud de los acuerdos puede llegarse a una pena inferior a la que se encuentra dispuesta en el tipo penal.

1.8.2. Argentina

En el caso de la legislación penal argentina, la figura del procedimiento abreviado, es conocida como *juicio abreviado*. Esta regulación fue modificada según Ley No. 24.825, registrada en Boletín Oficial del 18 de junio de 1997, y se encuentra en el Libro III, Título II, Capítulo IV, artículo 431 bis, del Código Procesal Penal argentino.

El juicio especial abreviado en Argentina, consiste en la posibilidad de que el imputado, a través de la aceptación o de la conformidad al proceso abreviado, donde indique al Ministerio Fiscal la existencia del hecho y su participación en aquel; se pueda acoger a la imposición de una pena privativa de libertad menor de seis años, o incluso a una pena no privativa de libertad aún procedente en forma conjunta con aquella. El Ministerio Fiscal debe actuar en forma diligente puesto que la petición de juicio abreviado, tiene un periodo para su requerimiento, esto es, solo puede ser solicitada cuando se disponga el procesamiento del imputado y el juez estime completa la instrucción, es decir, al momento de formular el requerimiento de elevación a juicio.

El legislador argentino ha dispuesto un límite para la imposición de la pena en el juicio abreviado. La petición o el requerimiento del Ministerio Fiscal, deberá acompañarse de forma obligatoria con el pedido expreso de la pena, la cual no puede ser superior a seis años. Aunado a lo anterior, el código procesal penal establece que la pena a imponerse puede ser una no privativa de libertad, en forma conjunta con aquella. Los incisos 1 y 2 del artículo 431 bis, detallan de forma expresa la cantidad de pena que puede imponerse a un imputado en este procedimiento. El límite que se expresa en el primer inciso, permite la imposición de una pena que puede ir de cero hasta los seis años de encierro. En este caso, no existe un límite inferior, sino que el límite de la pena se establece en el máximo que podría solicitar el Ministerio Fiscal.

En cuanto a la conformidad prestada por el imputado y la consecuencia jurídica que se deriva de aquella en este procedimiento, la legislación argentina la coloca como el fundamento de la sentencia que declara la responsabilidad penal del procesado. Por último, aunque no tenga mucha relación con el propósito de la presente investigación, es posible señalar que el juicio abreviado, cuando son varias las personas procesadas, es necesario contar con la conformidad de todos, para la aplicación del procedimiento.

1.8.3. Colombia

En el caso de la legislación colombiana, mediante Ley No. 1826 del 12 de enero de 2017, se reformó la ley 906 de 2004, y se estableció el procedimiento penal especial abreviado. De esta forma, desde el artículo 534 al 548 del Código adjetivo penal, se determinan las reglas de aplicación de este procedimiento. El legislador colombiano, empieza por escoger las conductas o tipos penales a las que, son aplicables este procedimiento; mientras que, en cuanto a la determinación de la pena, se considera la inclusión de un beneficio punitivo.

De igual manera que en las anteriores legislaciones examinadas, el legislador colombiano considera como requisito abstracto de procedencia en este procedimiento, la aceptación de los cargos por parte del procesado o indiciado. Esta aceptación, mientras más pronto ocurra en la etapa procesal penal, mayor será el beneficio punitivo. Si la aceptación libre, voluntaria e informada, sobre la base de los elementos probatorios que descubriese el fiscal, y existiendo probabilidad de verdad en cuanto a la existencia de la infracción y la participación del indiciado, se realiza previo a la audiencia concentrada¹ el beneficio punitivo consiste hasta la mitad de la pena. Este beneficio se reduce, de la mitad a una tercera parte de la pena, si la aceptación se produce luego de instalada la audiencia concentrada; y, es posible que se reduzca a una sexta parte de la pena, si el indiciado acepta los hechos en el momento de instalarse la audiencia de juicio oral.

En este contexto, el procedimiento especial abreviado en Colombia, se sustenta en la aceptación de los hechos por parte del indiciado, que ha logrado evidenciar fiscalía en su labor investigativa. Esta aceptación incluye, como consecuencia, un beneficio punitivo de reducción de pena, que según el tiempo procesal en que el procesado lo realice, puede ser mayor o menor. La

¹ En este caso, la audiencia concentrada, es similar a lo que en la legislación penal ecuatoriana se conoce como audiencia de formulación de cargos, con la que se inicia el proceso penal en Ecuador.

cuantía de la pena en el procedimiento especial abreviado colombiano, puede ser hasta la mitad de la pena, lo cual podría ser el máximo de la pena a imponerse en este caso. La reducción de la pena hasta la tercera y sexta parte, también son consideradas el máximo de reducción de pena, según el tiempo procesal, como se había indicado.

En este caso, ejemplificando con la imposición de una pena de tres años, si la aceptación se hace antes de la primera audiencia concentrada, la reducción podría ser hasta 1 año y medio, es decir que si la reducción es de solamente un año, no habría problema, y si solo es de unos meses, al parecer, no habría inconvenientes. En el caso de reducción de hasta un tercio de la pena, en el mismo ejemplo, la pena de tres años se reduciría hasta un año, es decir, bien podría imponerse una pena de dos años de privación de libertad; y en el caso de reducción de un tercio de la pena, en el momento de la audiencia de juicio oral, la pena de tres años se puede reducir hasta cinco meses únicamente.

1.8.4. Perú

En el caso de la legislación penal en Perú, el procedimiento especial abreviado no forma parte del Código de Procedimiento Penal, sino que, este ha sido acogido en el Código de Justicia Militar y Policial, creado mediante decreto legislativo No. 961. De esta forma, el procedimiento únicamente es aplicable en las conductas punibles que se registran en el referido cuerpo normativo. Se trata de un mecanismo dirigido a la simplificación del proceso, en el que el imputado acepta la responsabilidad por los hechos que fiscalía imputa, sobre la base de la negociación de la pena, la cual, en el caso peruano, no podrá ser superior a tres años.

Los requisitos de admisibilidad del procedimiento especial son tres: i) admisión del procesado de los hechos imputados, así como de la aplicación del procedimiento; ii) conformidad

del fiscal y del actor civil; y, iii) el acuerdo de la pena no podrá ser superior a tres años de prisión o incluso la aplicación de otra pena. Hay que recalcar, que el procedimiento abreviado solo es aplicable a las conductas que regula el Código de Justicia Militar Policial.

En cuanto a la determinación de la pena, como es posible observar en primer lugar, es necesario el acuerdo entre las partes. En este procedimiento, no solo interviene el procesado y el Fiscal, sino además el actor civil, que podría considerarse como la víctima de la infracción penal. Ahora bien, esta pena negociada no puede superar los tres años, lo que equivale al máximo de la pena que puede llegar a imponerse en un caso concreto. En este punto, la legislación peruana incluso aclara que, si el juez llegara a condenar, la pena nunca podrá ser superior a la acordada por las partes, sin embargo, el juez puede llegar a establecer una pena menor a la acordada.

El derecho a la libertad e independencia judicial, encuentran asidero en la legislación revisada, cuando se incluye que, el juez, durante la sustanciación del procedimiento abreviado, incluso puede llegar a absolver al imputado cuando realizare una calificación jurídica distinta a la presentada por el fiscal. La legislación peruana ha determinado de forma clara, que a pesar del acuerdo de las partes, el juez respetando la legalidad de la pena acordada, no podrá imponer una pena mayor, sin embargo, en virtud de los derechos y garantías de las partes, puede llegar a: i) absolución del imputado por una calificación jurídica distinta; ii) disminución de la pena acordada por las partes; o iii) aplicación de otra pena.

1.9. Contrastación empírica

En esta parte de la investigación conviene destacar el diálogo o la discusión académica en torno al procedimiento especial abreviado. En esta discusión solo se tratará de abordar lo concerniente a la cuantificación de la pena en la aplicación del procedimiento; sin embargo, en

los trabajos académicos que forman parte del diálogo existen algunos puntos que son mencionados por los autores que deben ser señalados para el esclarecimiento de la forma en que se entiende la aplicación de este procedimiento en los corredores de justicia ecuatorianos.

La o las personas procesadas, puede estar viciado tanto por amenazas o violencias, como por cualquier tipo de ventaja que implique su incriminación; esto lleva a la conclusión de que lo “pactado entre el abogado de la defensa y el fiscal una pena mínima a la que podría corresponderle en un juzgamiento ordinario” Para Vallejo (2016), este procedimiento se caracteriza por su capacidad para descongestionar el sistema de justicia en Ecuador. Esta afirmación se sustenta en la evitación de que el caso llegue hasta la etapa final del juicio, sino que tenga como base el acuerdo entre el fiscal y la parte acusada, y por ende fiscalía presente su dictamen fiscal. De acuerdo con este pensamiento, el procedimiento abreviado se convierte en un procedimiento ágil que impide la acumulación de procesos en los juzgados, lo cual es una ventana para que los funcionarios judiciales, específicamente los fiscales, traten de llevar muchos de los casos mediante la aplicación de este procedimiento.

Vallejo (2016), hace una observación importante en cuanto a la aplicación de la pena, que sirve para entender de mejor manera la importancia de contar con una pena determinada en el abreviado. En este contexto, afirma que el requerido acuerdo entre (pag.28).

La conclusión a la que llega Vallejo, es que la pena mínima a la que podría llegar mediante el acuerdo, no reporta en realidad una compensación por la autoinculpación del procesado. La pena mínima, podría llegar a ser la misma que una pena determinada mediante un procedimiento ordinario. De esta forma, la falta de claridad en la determinación del máximo de la pena en el abreviado, apareja la ventaja para los funcionarios judiciales, específicamente los fiscales, para la

proposición de penas cercanas o semejantes a la pena mínima dispuesta en el tipo penal, lo cual, no tendría sentido por el acuerdo mediante el cual se acepta la responsabilidad por la conducta delictiva perseguida.

En la tesis presentada por Siza (2015), sobre *la aplicación del procedimiento abreviado en la nueva legislación penal y sus efectos jurídicos*, se recalca el acuerdo de la pena mínima. El autor coincide en que este procedimiento se caracteriza por su agilidad, sin que ello implique descuidar la eficiencia y eficacia del sistema judicial. Pero sin duda, es esencial el establecimiento de una pena reducida, no solo por la consideración de las circunstancias atenuantes que se presenten en el caso concreto, sino por la propia naturaleza del abreviado (pag.33). Es por eso que, con la sola enunciación del mínimo dispuesto como el tercio de la pena mínima en el tipo penal correspondiente, no sería suficiente para la reducción de la pena, conforme lo previsto con la creación de esta figura procesal por el legislador.

Un importante enfoque realiza Touma (2014), sobre la pena y su determinación en el procedimiento abreviado. Empieza por señalar que, desde su concepción legal, este procedimiento afecta directamente el principio de proporcionalidad. Esta afirmación la sustenta en la premisa de que la medida de la pena no tiene ya como base la gravedad del delito, sino que es sustituida por la negociación entre el fiscal y la persona procesada (pag.34). De esta forma, la negociación concede a la fiscal ventaja para determinar la pena, contradiciendo el principio de proporcionalidad que dispone que la pena debe establecerse legislativamente.

El mismo autor, refiere que la cuestión de la pena en el abreviado, observada desde la perspectiva descrita en el párrafo anterior, incluso atenta contra el andamiaje garantista de la Constitución de Montecristi. Al concederse al fiscal la potestad de negociar la pena, y con ello

imponer una pena reducida, se estaría persuadiendo a que más personas procesadas se acojan al abreviado, puesto que, si deciden ir por el procedimiento ordinario, podrían obtener una pena mayor (Touma, 2014, pag.35). En este punto habría que considerar exclusivamente la ventaja del fiscal para la proposición de una pena, que no presenta más que un límite inferior para su determinación.

Además, el referido autor indica que, la potestad del fiscal para la negociación de la pena, constituye una violación de la seguridad jurídica (Touma, 2014, pag.35). Cuando en el tratamiento y sanción de conductas calificadas con el mismo tipo penal, se aplican penas distintas, sin que se hagan específicos los argumentos en los cuales se sustenta la determinación de la pena en el caso concreto, comprende la inobservancia de la seguridad jurídica de los procesados, de que, bajo la calificación de la misma conducta, bajo las mismas circunstancias se aplique la misma pena que se haya aplicado en un caso similar.

CAPITULO 2

2. Marco Metodológico

2.1. Enfoque de la Investigación

La presente investigación tiene un fundamento cualitativo, el cual nos permite plasmar y analizar los fenómenos de carácter humanístico y social, a fin de abarcar áreas que se escapan del enfoque matemático o cualitativo. Este tipo de enfoque nos permite una comprensión más exhaustiva sobre el tema, con el objeto de destacar ciertos contenidos que van desde la teoría de la práctica, extraídos a través de observaciones, entrevistas, grabaciones, registros de escritos y fotografías.

La presente investigación se desarrolla mediante la descripción y explicación del problema de investigación. En este caso, se trata de describir, a través del estudio bibliográfico de la literatura, además de la normativa penal y constitucional, así como, de la jurisprudencia, sobre el procedimiento abreviado y el proceso para la determinación judicial de la pena en esta figura del procedimiento penal, de conformidad a lo dispuesto en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano. La explicación de los conceptos y definiciones, teorías, decisiones judiciales y las dimensiones de la investigación, permite la fundamentación objetiva de los resultados de la investigación.

2.2. Alcance

Exploratoria: la investigación de tipo exploratoria es la que se realiza para poder conocer el tema que se está investigando, logrando de esta manera familiarizarnos con lo que era desconocido, es en donde se obtiene toda la información para continuar con la investigación.

La investigación sobre la cuantificación judicial de la pena en el procedimiento abreviado, trata de presentar los límites que se presentan a los administradores de justicia, en el momento de la cuantificación de la pena en este procedimiento.

Descriptiva: es la que se utiliza para describir situaciones, personas o eventos que se estén abordando y se vayan a analizar, planteando lo más relevante de un hecho, definiendo en análisis para la búsqueda de datos y fuentes en las que se vaya a consultar.

La presente investigación se enmarca en la determinación del límite, no para la pena mínima dispuesta en el caso de aplicación del procedimiento abreviado, sino para el máximo de la pena que podría aplicarse en este caso.

Explicativa: la investigación de tipo explicativa busca establecer las causas en distintos tipos de estudio, estableciendo conclusiones y explicaciones, confirmando o no la tesis inicial.

En la legislación penal ecuatoriana existe una figura procesal que permite la aceptación del hecho delictivo por parte del procesado, con la finalidad de obtener una pena atenuada. El procedimiento abreviado, se erige entonces como un mecanismo procesal penal dirigido a la terminación del proceso penal, mediante la aceptación voluntaria de los hechos y la concesión de una rebaja en la pena dispuesta en el respectivo tipo penal. Hay que advertir, que no en todos los casos y en todos los tipos penales, es posible la aplicación de esta figura, pero la utilidad que representa para el ejercicio punitivo, la convierte en la de mayor *utilidad* para el Estado

ecuatoriano. Por otra parte, esta figura no ha estado lejos de los embates y discusiones académicas en cuanto a que su estructura básica podría verse en tensión frente a principios constitucionales, como el de la prohibición de autoincriminación, pero en lo que respecta al presente trabajo, únicamente se tratará de ahondar en la medida de la pena establecida para quienes se acogen a este procedimiento.

2.3. Tipo

La investigación no experimental es aquella que se realiza sin manipular deliberadamente variables. Es decir, es investigación donde no hacemos variar intencionalmente las variables independientes. Lo que hacemos en la investigación no experimental es observar fenómenos tal y como se dan en su contexto natural, para después analizarlos. En cambio, en un estudio no experimental no se construye ninguna situación, sino que se observan situaciones ya existentes.

2.4. Métodos

2.4.1. Métodos Teóricos

Tabla 1

Métodos, dimensiones, sistema y trayectoria

Métodos	Dimensiones	Sistema conceptual	Trayectoria y modelos
Histórico-Lógico	Poder Punitivo	Teoría de la pena	Pena Sanción

Sistematización jurídico doctrinal	Debido Proceso Principio de Proporcionalidad	Regulación jurídica en los procesos judiciales. Sistema acusatorio	
Jurídico Comparado	Cuantificación de la Pena	Procedimientos Especial	Perú Chile Argentina Colombia

Adaptado por la autora.

2.4.2. Métodos Empíricos

Tabla 2

Categorías, dimensiones, técnicas y unidades de análisis

CATEGORÍAS	DIMENSIONES	TÉCNICAS	UNIDADES DE ANÁLISIS
Proceso Penal	Procedimiento Abreviado	Análisis documental	Sentencias procedimiento abreviado año 2017
		Encuesta 20	Operadores de Justicia Agentes Fiscales
	Penas		Medios de Comunicación
	Debido Proceso		
		Entrevista 5	Abogados Expertos en Derecho Penal
	Proporcionalidad	Análisis	Código Orgánico Integral Penal

Adaptado por la autora.

2.5. Resultados

En este apartado, se realizará el análisis de los resultados obtenidos de la aplicación de los métodos de investigación científica que fueron utilizados en la presente investigación. Específicamente del resultado de las entrevistas a los profesionales del derecho que se desempeñan como jueces y agentes fiscales de la provincia de El Oro. Cabe recalcar que, sus respuestas, resultan un aporte sustancial a la investigación, puesto que forman parte de los actores directos en la aplicación del procedimiento especial abreviado. Cada pregunta formulada será expuesta y explicada de forma autónoma para mayor comprensión.

¿Considera usted que la figura del procedimiento abreviado en la legislación penal ecuatoriana, establece de forma clara la cuantificación de la pena?



Figura 1.

Pregunta 1

El resultado de esta pregunta indica que de los 20 profesionales entrevistados, tanto fiscales como jueces, consideran en mayoría que no se establece de forma clara la cuantificación de la pena en el procedimiento abreviado. El 40% del total de la muestra, esto es, ocho

profesionales, afirmaron lo contrario. Es posible concluir que a criterio de los profesionales y funcionarios judiciales, no se encuentra establecido de forma clara, es decir, sin lugar a dudas, la cuantificación o dosificación de la pena, que debe imponerse como consecuencia de la aplicación del procedimiento abreviado.

Este resultado parece confirmar que los jueces y fiscales presentan dudas a la hora de cuantificar la pena en el procedimiento abreviado. Si no existe claridad en la cuantificación de la pena, desde la norma penal del procedimiento abreviado, quedaría expuesta a la interpretación y determinación judicial.

¿El procedimiento abreviado cumple con la observación de los principios de legalidad y proporcionalidad para la determinación de la pena?

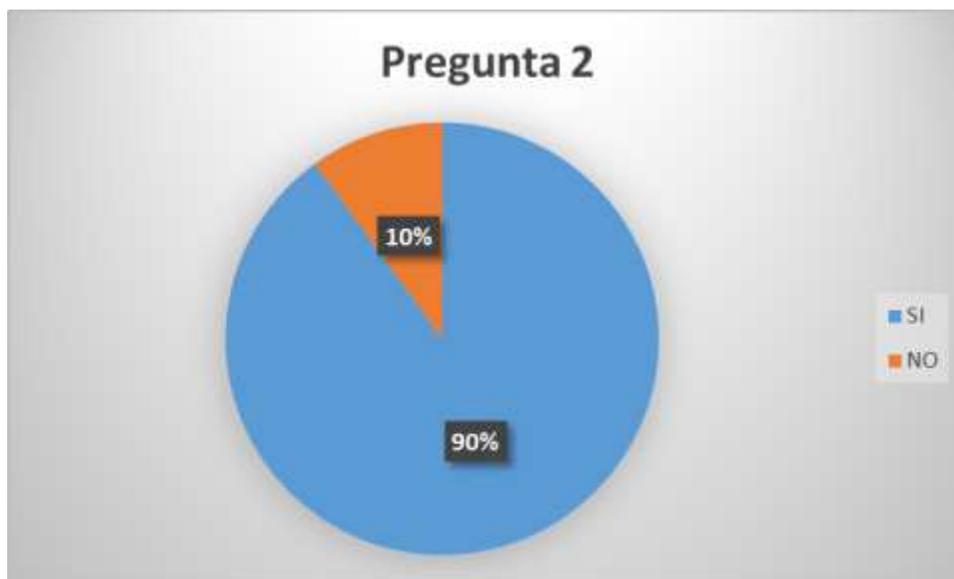


Figura 2.

Pregunta 2

En la segunda pregunta, el criterio de los profesionales del derecho, indica que el procedimiento abreviado si cumple con la observación de los principios de legalidad y proporcionalidad para la determinación de la pena. Únicamente dos profesionales están en desacuerdo, lo que significa que el 90% de la muestra, observa el cumplimiento de los principios constitucionales de legalidad y proporcionalidad.

Es importante señalar en esta parte, que 18 profesionales del derecho, y funcionarios judiciales, afirman que al incluirse la disposición legal en el Código Orgánico Integral Penal, para la determinación de la pena en el procedimiento abreviado, se respetan los principios constitucionales de legalidad, puesto que la norma penal se refiere a este procedimiento de forma literal; y, de proporcionalidad, puesto que existe un límite en la cuantificación de la pena, al que se acoge la persona que consciente en este procedimiento.

¿Según lo dispuesto en el artículo 636 del COIP, cuál es el máximo de la pena que debe imponerse en la aplicación del procedimiento abreviado?



Figura 3.

Pregunta 3.

Respecto a la interrogante sobre el máximo de la pena que puede llegar a imponerse a una persona que consciente en la aplicación del procedimiento abreviado, se observa que el 60% de la muestra, esto es 12 profesionales del derecho, entre jueces y fiscales, están convencidos que la figura del procedimiento abreviado no detalla este parámetro en su normativa. El 30% opina que el máximo de la pena debe ser considerado en base al mínimo que establece el propio tipo penal, puesto que la normativa indica que la rebaja no podrá ser inferior al tercio de la pena mínima dispuesta en el tipo penal. Luego, únicamente el 10% considera que el máximo de la pena en este procedimiento, bien podría llegar al máximo dispuesto en el tipo penal. De las opciones brindadas en esta pregunta, los profesionales del derecho han considerado, de forma mayoritaria, que en el Código Orgánico Integral Penal, no se expresa de forma categórica, el máximo de pena que puede llegar a imponerse por aplicación del procedimiento especial abreviado.

¿Quién debe realizar la determinación del máximo de la pena en el procedimiento abreviado?



Figura 4.

Pregunta 4.

Respecto a la interrogante sobre quién es el encargado de determinar el máximo de la pena que se podría aplicar dentro del procedimiento especial abreviado, la respuesta mayoritaria de los profesionales indica que esta facultad pertenece exclusivamente al legislador. De esta

forma, el 70% está de acuerdo con este criterio, mientras que hay un 20% que considera que los jueces si pueden determinar el máximo de la pena en el procedimiento abreviado, puesto que ellos son los encargados de aplicar la normativa vigente. Por otra parte, hay un 5% que considera que son los fiscales quienes deben realizar esta tarea; y por último, un 5% que opina que son las partes, tanto procesado como fiscal, las que pueden llegar a establecer el máximo de la pena.

El resultado de la entrevista en esta pregunta es determinante para entender que únicamente el legislador es el competente para establecer en la normativa, tanto el mínimo como el máximo de una pena por el cometimiento de una infracción.

¿Considera necesario una reforma del artículo 636 inciso tercero del COIP, en lo concerniente a la determinación del máximo de la pena a imponer en el procedimiento abreviado?



Figura 5.

Pregunta 5.

Resulta beneficioso a los fines de esta investigación, conocer el criterio de los funcionarios judiciales, como jueces y fiscales, en lo concerniente a la posibilidad de una reforma del artículo 636, inciso tercero del COIP. En este caso, el resultado es abrumador y el 90% de la muestra considera que es conveniente realizar una reforma a la ley penal en lo referente a la

determinación de la pena en el procedimiento especial abreviado. Únicamente dos profesionales, que representa el 10% de la muestra, consideran que la legislación no necesita cambios, puesto que lo que se debe hacer ya se encuentra expuesto en la normativa.

2.5.1. Discusión de los resultados

Una vez que se han revisado y analizado cada una de las preguntas realizadas a una muestra de 20 profesionales del derecho, entre ellos jueces y fiscales, resulta necesario elaborar una síntesis sobre los resultados y la discusión acerca de los mismos. En este espacio, se trata de resaltar el criterio que se presenta de forma cotidiana en los pasillos de la justicia ecuatoriana, con el fin de determinar los principales problemas que se presentan en el quehacer jurídico, y las posibles soluciones que se podrían aplicar. Aunado a lo anterior, es posible incluso, proponer y promover la actualización de normas poco funcionales en el sistema penal.

El procedimiento especial abreviado, se encuentra en la legislación penal ecuatoriana, donde expresamente se indica que una persona puede aceptar de forma voluntaria su participación en los hechos investigados en el proceso penal, a cambio de que se conceda una pena atenuada. Es claro que no cualquier infracción o injusto penal está dentro del ámbito de aplicación de este procedimiento, pero la misma ley indica bajo que presupuestos, los procesados pueden acogerse a este procedimiento. El legislador establece que la disminución de la pena en el procedimiento abreviado no puede superar el tercio de la pena mínima dispuesta en el tipo penal. Es decir, que el beneficio directo para la persona procesada en este procedimiento es la consideración de la reducción de la pena hasta el tercio de la pena. Consecuentemente, la pregunta inicial tiene que ver con la inclusión de la cuantificación de la pena.

La respuesta mayoritaria en la primera pregunta sobre la claridad del procedimiento abreviado en la cuantificación de la pena, es negativa. Es decir, la mayor parte de los funcionarios judiciales entrevistados considera que no hay claridad en la cuantificación de la pena en este procedimiento. Bien podría decirse que, la ley es oscura en lo concerniente exclusivamente a la cuantificación de la pena en el abreviado. Aunque esta respuesta parece ser contrarrestada con el resultado de la siguiente pregunta.

En la segunda interrogante, se trata de verificar si hay observancia de los principios constitucionales de legalidad y proporcionalidad para la cuantificación de la pena en el mismo procedimiento. En este caso, la mayoría considera que la norma penal comentada, cumple los presupuestos constitucionales de legalidad y de proporcionalidad. En este punto, parece existir una deferencia de la función judicial, a la función legislativa. El funcionario judicial, a pesar de que pueda afirmar que existan falencias en el sistema, y que como en la pregunta anterior, llegue a estar seguro de que la ley es oscura en alguna medida, parece no admitir, sin embargo, que de ello se desprenda necesariamente que el legislador haya eludido su obligación de observación de principios constitucionales.

Es cierto que los principios constitucionales que rigen el sistema normativo penal, deben ser observados de manera primigenia por el legislador, porque es él quien debe realizar la elección de las conductas que afectan o atentan contra bienes jurídicos protegidos por el Estado y garantizados en la Constitución, y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. En segundo lugar, el legislador también debe establecer la pena correspondiente en cada caso de infracción de una norma penal. Por ello, cada tipo penal de forma individual presenta una pena o sanción. Consecuentemente, si el legislador estableciera un tipo penal, pero al mismo tiempo, no especificara una sanción, estaría inobservando los principios de legalidad y de proporcionalidad;

así mismo, debiera considerarse que si la norma es oscura y no presenta con claridad la cantidad de la pena que los encargados de administrar justicia pueden aplicar en un caso concreto, también habría inobservancia de los principios mencionados.

La falta de claridad del artículo 636 del COIP en lo referente a la cuantificación de la pena, se hace evidente respecto de la tercera interrogante puesto que el resultado indica que la norma aludida no establece el máximo de la pena que puede llegar a imponerse por aplicación del procedimiento abreviado. En este caso, puede utilizarse la misma comparación con la inclusión de un tipo penal que establezca que la pena no podrá ser inferior a un año de privación de libertad, pero sin embargo, no diga nada acerca de cuál es el máximo de pena que pueda llegar a imponerse. Esto, sin duda, podría ocasionar un caos en la aplicación del tipo penal. Por otra parte, este ejemplo parecería improbable, en la realidad no existen tipos penales que no establezcan mínimos y máximos para una pena. Traslado este pensamiento al campo de los procedimientos especiales, si el legislador establece un mínimo de pena en aplicación de uno de los procedimientos, ¿por qué no debería establecer el máximo de la pena? Es la obligación del legislador establecer con claridad la proporcionalidad de la pena.

PROPUESTA

Al no existir expresamente la cantidad máxima de la pena que puede imponerse en el procedimiento abreviado, pero haciéndose necesaria su aplicación en un caso concreto, resulta imperativa la pregunta de quién debe realizar esa tarea. El resultado de la investigación determina la respuesta evidente, es decir, es el legislador quien debe determinar expresamente el máximo de la pena en el procedimiento especial. Sin embargo, esta respuesta tiene un sentido deóntico, es decir, sobre el deber ser de la norma, que por potestad constitucional reposa la competencia en la formulación de leyes en la función legislativa y en virtud del principio de separación de poderes, únicamente los jueces deben aplicar las normas expedidas por el parlamento. Sin embargo, en el campo práctico, algunos funcionarios judiciales han considerado que la cuantificación de la pena, puede realizarse por el juez, o el fiscal y las partes. Esta interpretación, aunque tiene su origen en el inciso tercero del artículo 636 del COIP, no es acertada, puesto que el legislador únicamente expresa el mínimo de la pena que puede llegar a imponerse.

En esta última parte, incluso hay que recordar que la Corte Nacional de Justicia en la Resolución No. 09-2018, especifica que el límite mínimo no puede ser traspasado, y que la interpretación que habían realizado algunos funcionarios judiciales sobre el tercio de la pena mínima, luego de que la pena mínima sea la que resulte de aplicación de circunstancias atenuantes, resulta equivocada. Para establecer esta afirmación, la Corte Nacional se fundamenta, tanto el principio de legalidad, como el de proporcionalidad. Aunado a lo anterior, el más alto organismo de justicia ecuatoriano, hace referencia a la interpretación literal de los tipos penales y de las penas, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 del COIP.

Frente a este panorama, la única solución plausible es la reforma del inciso tercero del artículo 636 del COIP. Es decir, si al órgano legislativo le compete la concreción de los tipos

penales y de las penas, así como el establecimiento de la debida proporcionalidad entre las conductas delictivas y la sanción punitiva, es imperativo que se realice una reforma de tipo legislativa.

CONCLUSIONES

La cuantificación de la pena en el procedimiento especial abreviado resulta una tarea que, según como consta en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, no se encuentra claramente determinada. El inciso tercero del artículo 636 de este cuerpo normativo, únicamente hace mención a una parte en la cuantificación de la pena, es decir, solo expresa el límite inferior al establecerse que la pena como resultado de la aceptación de los hechos imputados por fiscalía, no será inferior al tercio de la pena mínima dispuesta en el tipo penal correspondiente.

La aplicación de esta norma, por parte de los administradores de justicia en el Ecuador, ha reportado como principal problema el criterio para la determinación o individualización de la pena. Según la norma penal aludida, la pena es el resultado de una negociación entre la fiscalía y la persona procesada. De esta forma, el requisito de procedencia sustancial para el procedimiento abreviado, es la determinación de la pena. Sin que exista acuerdo entre la aceptación de los hechos imputados, la aplicación de circunstancias agravantes y la cuantificación o individualización de la pena, los jueces no podrán aceptar la tramitación de este procedimiento.

Sin embargo, los criterios para la individualización de la pena, que sustentan la legislación ecuatoriana, proveen un escenario contrario para una negociación y la imposición de una pena que exceda o minimice, las penas ya dispuestas en el catálogo de delitos de la legislación penal. Por una parte, el principio de legalidad, exige que las penas deben estar previamente determinadas en la norma penal, caso contrario, carecerían de legitimidad; por otra parte, el principio de proporcionalidad, dispone que la ley establecerá la debida proporcionalidad entre la conducta y la sanción penal.

En el procedimiento especial abreviado, la cuantificación de la pena observa un límite normativo. La Corte Nacional de Justicia, en la Resolución No. 09-2018, ha dispuesto que, de ninguna forma puede interpretarse que el inciso tercero del artículo 636, permite aplicar una pena más baja que el tercio de la pena mínima dispuesta en el tipo penal. Por el contrario, afirma que, de la aceptación de los hechos y de la observación de las circunstancias atenuantes, la pena puede llegar al tercio de la pena mínima. Por ello, el acuerdo al que llegue el Fiscal y la persona imputada, debe considerar que la pena no podrá exceder el límite dispuesto normativamente.

Entre los principios que informan el derecho penal, y que también constituyen el fundamento en la cuantificación de la pena dentro del procedimiento abreviado, se encuentran el principio de legalidad y el principio de proporcionalidad. El primero exige la previsión de la pena en la ley pena, el axioma “*nulla poene sine lege*”, cobra relevancia en este aspecto. Al establecerse solo el mínimo de la pena en el procedimiento abreviado, luego de la aceptación de los hechos que se tratan de imputar, y no determinarse el máximo de la pena, el beneficio de la rebaja de la pena, que es la principal característica del procedimiento abreviado, desaparece.

Por otra parte, el principio de proporcionalidad permite la determinación de una pena proporcional, a través de la ley. El legislador es el encargado de establecer la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones punitivas. De esta forma, el que los jueces o cualquier funcionario judicial, realicen la determinación de una pena, se traduce en un procedimiento contrario a lo que dispone el principio de proporcionalidad. Este principio indica únicamente que son los legisladores, la función judicial, los encargados de escoger las conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos relevantes, y las sanciones que se deben imponer a estas conductas seleccionadas y posteriormente, descritas en la legislación penal,

atendiendo a criterios de relevancia del bien jurídico, magnitud del daño causado y peligrosidad del delincuente.

El procedimiento abreviado en el Ecuador, por lo tanto, no dispone de un máximo para la pena en un caso concreto. Cada tipo penal, donde se incluyen los tipos que son susceptibles de este procedimiento, establecen un mínimo y un máximo de sanción; sin embargo, en este procedimiento, se debe considerar el beneficio punitivo, de tal forma que, la aceptación de los hechos y la aplicación de atenuantes indican que la pena puede llegar al tercio de la mínima dispuesta en el tipo penal. La norma penal, no dispone cuál es el máximo de la pena, lo que se traduce en la concreción de una pena, que puede llegar incluso a la misma cantidad determinada en el tipo penal; por ello, no habría mayor beneficio, sino el de alivianar la carga procesal de los funcionarios judiciales, y la conclusión presurosa de procesos, sin que resulten relevantes los derechos de las personas.

RECOMENDACIONES

Al finalizar la presente investigación, es posible recomendar a los funcionarios judiciales, especialmente a los fiscales y jueces de garantías penales, observar con detalle lo que dispone la normativa del procedimiento especial abreviado. Es decir, mientras no exista una reforma legal del artículo 636 inciso tercero del COIP, donde se encuentre establecido el rango de pena en este procedimiento, lo único que podrían considerar sería el tercio de la pena mínima, sin que exista techo para el máximo de la pena en la aplicación de este procedimiento.

A pesar de que existe un pronunciamiento de la Corte Nacional de Justicia, como máximo intérprete de la norma penal ecuatoriana, este solo hace énfasis al mínimo dispuesto en el procedimiento abreviado, por lo cual, sería factible realizar la consulta al mismo órgano judicial para conocer su pronunciamiento y dar claridad a la cuantificación de la pena en el procedimiento abreviado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Albán, E. (2015). Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Tomo I, Parte General. Quito, Ecuador: Ediciones Legales.

Arias, D. (2012). Proporcionalidad, pena y principio de legalidad. Revista de Derecho, Universidad del Norte, 38 (1), 142-171.

Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador (2008). Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No, 449.

Asamblea Nacional del Ecuador (2014). Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial No, 180.

Ávila, R. (2012). La (in) justicia penal y la democracia constitucional de derechos. Quito., Ecuador: UASB-DIGITAL.

Bacigalupo, E. (2015). El debido proceso penal. II Reimpresión Buenos Aires., Argentina: Hammurabi.

Bacigalupo, E. (2013). Principios Constitucionales del Derecho Penal. Cuarta Impresión. Buenos Aires., Argentina: Hammurabi.

Basantes, J. (2018). La Proporcionalidad entre el Delito y la Sanción Penal. Estudio enfocado en el COIP. Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Publicaciones.

Barra, M. (2010). Eficiencia y legitimidad del procedimiento abreviado desde el punto de vista de la práctica punitiva del Estado. Memoria para adquirir el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile.

Bernal, C. (2008). El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. Tercera Edición, Madrid., España: Taravilla.

Bernal, J.; Montealegre, E. (2014). El Proceso Penal, Fundamentos Constitucionales del nuevo sistema acusatorio. Bogotá., Colombia: Ladiprint Editorial Ltda.

Cabanellas, G. (2008). Diccionario jurídico elemental, nueva edición. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.

Cafferata, J. (2002). Proceso Penal y Derechos Humanos. Barcelona, España: Editorial del Puerto.

Clérico, L. (2008). El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. En Carbonell, Miguel. (2008). El Principio de Proporcionalidad y la interpretación constitucional. Quito., Ecuador: V&M Gráficas.

Congreso Nacional de Chile (2000). Código Procesal Penal de Chile, publicado en el Diario Oficial de 12 de diciembre del 2000.

Congreso de la Nación Argentina (1997). Código Procesal Penal Argentino, publicado en el Boletín Oficial del 18 de junio de 1997.

Congreso de la República del Perú (2000). Código de Justicia Militar y Policial del Perú, publicado mediante Decreto Legislativo No. 961.

- Corcoy, M. (2012). Expansión del Derecho Penal y Garantías Constitucionales. *Revista de Derechos Fundamentales*, 8 (1), 45-76.
- Corte Nacional de Justicia del Ecuador. (2015). Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Policial y Tránsito. Juicio No. 721-2015.
- Corte Nacional de Justicia del Ecuador. (2018). Resolución No. 09-2018, del 05 de septiembre de 2018.
- Durán, M. (2013). Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. *Revista de filosofía*, 67, 123-144.
- Fernández, J. (2013). *Derecho Penal. Parte General. Principios y categorías dogmáticas*. Bogotá, Colombia: Ibáñez.
- Fernández, J. (2016). *Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales: Una Perspectiva desde el Derecho Público común Europeo*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Frister, H. (2014). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- García, M. (2018). La prevención general en la determinación de la pena. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 34 (2), 511-222. Recuperado de:
https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?querysDismax.DOCUMENTAL_TODO=prevención+general+de+la+pena.
- García, P. (2013). *Derecho Penal, Parte General*. Barcelona, España: Marcial Poin.
- García, R. (2014). *Código Orgánico Integral Penal Comentado Tomo I*. Lima., Perú: Ara Editores.

- Guerrero, W. (2004). Derecho Procesal Penal, Tomo III. Quito, Ecuador: Pudeleco.
- Gracia, L. (2014). Fundamentos del Sistema del Derecho Penal. Quito., Ecuador: Cevallos Editora Jurídica.
- Jauchen, E. (2012). Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I. Santa Fe., Colombia: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Jauchen, E. (2012). Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo II. Santa Fe., Colombia: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Jiménez, L. (1999). Lecciones de Derecho Penal. México: México: Litográfica Cozuga S.A.
- Lopera, G. (2016). Principio de Proporcionalidad y Ley Penal. Segunda Edición. Madrid., España: Gallego y Asociados.
- Luzón, D. (2014). Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Segunda Edición. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Pérez, G. (2014). Problemas y perspectivas de las teorías de la pena. Indret, revista para análisis del derecho, 4 (1), 1-44.
- Pérez, R. (2015). Principio de legalidad estricta en materia penal. Breve historias y desvío. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Recuperado de: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/50655/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Roxin, C. (1997). El Ministerio Público en el proceso penal. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc.

Siza, J. (2015). La aplicación del procedimiento abreviado en la nueva legislación penal y sus efectos jurídicos. Tesis de Grado. Universidad Regional Autónoma de los Andes “UNIANDES”. Ibarra, Ecuador.

Touma, J. (2014). La aplicación del procedimiento abreviado en la Unidad de Flagrancia de Quito; eficacia judicial vs derecho a la no autoinculpación. Tesis de Maestría. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, Ecuador.

Vaca, R. (2014). Manual de Derecho Procesal Penal, cuarta edición. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Vallejo, A. (2016). Aplicación del procedimiento abreviado en el Código Orgánico Integral Penal y como se aplicaba anteriormente en el Código de Procedimiento Penal. Tesis de Grado. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Ecuador.

Zambrano, A. (2013). Del Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo. Lima., Perú: Edilex.

Zambrano, A. (2017). Derecho Penal. Parte General. Fundamentos del derecho penal y teoría del delito. Quito, Ecuador: Murillo Editores.

Zavala, J. (2002). El debido proceso penal. Quito, Ecuador: Edino.

APÉNDICES

APÉNDICE A

¿Considera usted que la figura del procedimiento abreviado en la legislación penal ecuatoriana, establece de forma clara la cuantificación de la pena?

- Si
- No

¿El procedimiento abreviado cumple con la observación de los principios de legalidad y proporcionalidad para la determinación de la pena?

- Si
- No

¿Según lo dispuesto en el artículo 636 del COIP, cuál es el máximo de la pena que debe imponerse en la aplicación del procedimiento abreviado?

- El mínimo de la pena del tipo penal
- El máximo de la pena del tipo penal
- No existe

¿Quién debe realizar la determinación del máximo de la pena en el procedimiento abreviado?

- El juez
- El fiscal
- Las partes
- El legislador

¿Considera necesario una reforma del artículo 636 inciso tercero del COIP, en lo concerniente a la determinación del máximo de la pena a imponer en el procedimiento abreviado?

- Si
- No



Presidencia
de la República
del Ecuador



Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, María Fernanda Espinoza Bermeo, con C.C: # 0705366870 autora del trabajo de titulación: *Cuantificación Jurídica de la pena en el procedimiento abreviado*, previo a la obtención del título de **Magister en Derecho, mención Derecho Procesal** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación 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 SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 06 de mayo del 2019

f. _____

Nombre: María Fernanda Espinoza Bermeo

C.C: 0705366870



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	Cuantificación jurídica de la pena, en el procedimiento abreviado.		
AUTOR(ES) (apellidos/nombres):	María Fernanda Espinoza Bermeo		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Dr. Juan Carlos Vivar Álvarez Msc; Dra. Corina Navarrete Luque		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho, mención Derecho Procesal		
GRADO OBTENIDO:	Magíster en Derecho mención Derecho Procesal		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	06 mayo del 2019	No. DE PÁGINAS:	97
ÁREAS TEMÁTICAS:	Aplicación Del Principio De Proporcionalidad Como Criterio Racional Para La Determinación De Las Penas		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Procedimiento Abreviado, Pena, Proporcionalidad, Legalidad, Cuantificación, Reforma.		
RESUMEN/ABSTRACT:	<p>El Procedimiento Especial Abreviado se aplica mediante el cumplimiento de los presupuestos normativos que se establecen en el COIP, entre los que se incluye el acuerdo de una pena que no puede ser inferior al tercio de la pena mínima dispuesta en el tipo penal. La presente investigación tiene como principal objetivo la promoción de la reforma al inciso 3 del Artículo 636 del COIP, puesto que no especifica el máximo de pena a imponerse. Para ello, se tratará de fundamentar teórica, doctrinal y jurisprudencialmente los métodos o criterios para la individualización de la pena; posteriormente, se determinará el procedimiento para la cuantificación de la pena en el procedimiento abreviado. Es necesario, además, estudiar los principios constitucionales de legalidad y proporcionalidad. La Constitución de la República, define la competencia de la ley para establecer penas proporcionales, lo cual se traduce en la potestad de los legisladores para establecer las conductas punitivas y las sanciones. En aplicación del principio de legalidad, las penas se deben aplicar al tenor literal de la norma penal, con ello, la pena o el rango de pena, del cual puede dosificar el juzgador, debe encontrarse inserta y expresa taxativamente en la legislación penal. Una vez realizada la fundamentación teórica, conocido los criterios para la cuantificación de la pena y el estudio de los principios, se establecerá el máximo de la pena que puede imponerse mediante el procedimiento abreviado. Por último, se desarrollará derecho comparado con las legislaciones penales regionales sobre la cuantificación de la pena.</p>		
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 0999869305	E-mail:	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:	Nombre: Ing. Andrés Isaac Obando		
	Teléfono: 0982466656		
	E-mail: ing.obando@hotmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			