



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

SEDE IBARRA

PUCE-SI

ESCUELA DE JURISPRUDENCIA

INFORME FINAL DEL TRABAJO DE GRADO

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA
APLICACIÓN DE LA PENA EN EL SISTEMA PENAL ECUATORIANO**

PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

INEQUIDADES, EXCLUSIONES, DESIGUALDADES Y DERECHOS HUMANOS

AUTOR: MORENO VILLARREAL JIMMY BAYARDO

ASESOR: PHD. HUGO SANTACRUZ

IBARRA, SEPTIEMBRE-2019

CERTIFICACIÓN

Ibarra, 20 de septiembre del 2019

Dr.

Hugo Santacruz

ASESOR

CERTIFICA:

Haber revisado el presente informe final de investigación, el mismo que se ajusta a las normas vigentes en la Escuela de Jurisprudencia, de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador sede Ibarra (PUCESI); en consecuencia, autorizo su presentación para los fines legales pertinentes.




Dr. Hugo Santacruz

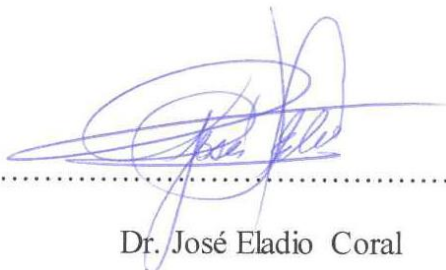
C.C 1002826392

PAGÍNA DE APROBACIÓN DEL TRIBUNAL

El jurado examinador, aprueba el presente informe de investigación en nombre de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra (PUCESI);

(f): 
PhD. Hugo Bayardo Santacruz Cruz

C.C. 1002826392

(f): 
Dr. José Eladio Coral

C.C. 1000760932

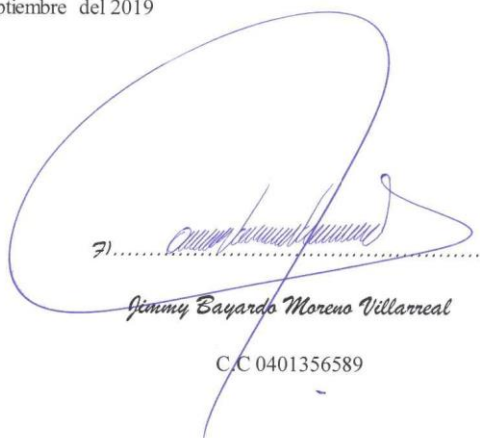
(f): 
Dr. Farid Estuardo Manosalvas Granja

C.C. 1001535168

ACTA DE CESIÓN DE DERECHOS

Yo, JIMMY BAYARDO MORENO VILLARREAL declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 66 del Instructivo de Trabajo de Grado de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra (PUCESI), que en su parte pertinente manifiesta textualmente: “Formar parte del patrimonio de la universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través o con el apoyo financiero, académico o institucional de la Universidad”

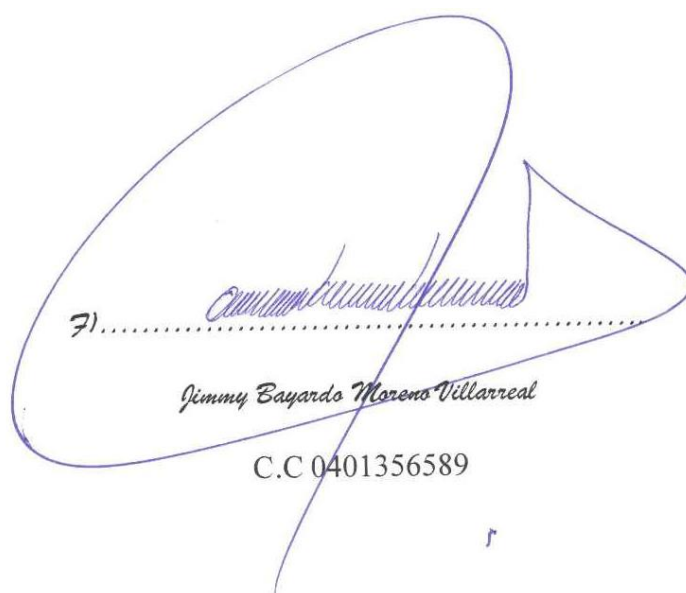
Ibarra, 20 de septiembre del 2019



Jimmy Bayardo Moreno Villarreal
C.C 0401356589

AUTORÍA

Yo, JIMMY BAYARDO MORENO VILLARREAL, portador de la cédula de ciudadanía número 0401356589 declaro que la presente investigación es de total responsabilidad del autor, y que se ha respetado las diferentes fuentes de información realizando las citas correspondientes.



7).....
Jimmy Bayardo Moreno Villarreal
C.C 0401356589

DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, JIMMY BAYARDO MORENO VILLARREAL, con C.C 0401356589, autor del trabajo de grado intitulado: “*Análisis jurídico del principio de proporcionalidad en la aplicación de la pena en el sistema penal ecuatoriano*” previo a la obtención del título profesional de “Abogado”, en la Escuela de Jurisprudencia.

1 Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede – Ibarra, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior de entregar a la SENESYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos del autor.

2 Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador sede Ibarra a difundir a través de Repositorios Digitales de la PUCESI el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Ibarra, 20 de septiembre del 2019

7) 
Jimmy Bayardo Moreno Villarreal

C.C 0401356589

DEDICATORIA

El tiempo ha pasado y me ha dejado momentos en los cuales me has hecho falta, pero sin embargo me dejaste tu cariño, tu amor y tus recuerdos y una familia como el motor de vida, siempre me he motivado no fallarte, ser una excelente persona y un excelente profesional como tú, siempre lo quisiste y desde donde te encuentres sé que siempre te llevaré presente. Dedico con mucho amor esta tesis para mi madre quien en vida fue Carmen Villarreal.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco especialmente a mi familia, a mis hermanas quienes siempre han confiado en mí y me han guiado con su cuidado, protección, apoyo y cariño que de mi madre heredaron, en especial a Nathaly quien con carácter fuerte ha inculcado en mí, ideales de liderazgo, lucha y sacrificio, Eugenia con carácter dócil inculcando confianza en mí, paciencia y esmero, así apoyando mi trayectoria universitaria. A mi padre, ejemplo de sacrificio, de hombre fuerte e inquebrantable que a lo largo de mi vida ha forjado en mí la persona que soy ahora inculcando valores y responsabilidad desde mi niñez. Por la paciencia, motivación y confianza que siempre me han brindado gracias.

A la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra, por ser como un hogar a lo largo de mi vida estudiantil. Sentirme en casa y permitirme ser su Presidente, como uno de sus representantes estudiantiles siempre buscando el bienestar de todos los estudiantes en cada uno de sus proyectos a mi alcance.

A mis compañeros de fórmula con quienes compartí momentos inolvidables dentro de la universidad que siempre quedarán marcados en mi vida. Gracias por el apoyo y amistad sincera que mostraron en el trayecto de mi vida universitaria.

A los docentes de la Escuela de Jurisprudencia, a mi tutor Dr. Hugo Santacruz quien ha permitido guiar el paso final para culminar mi etapa de vida profesional, gracias por su paciencia, comprensión y apoyo, así como a los demás docentes quienes han forjado sus conocimientos y me han permitido crecer como profesional con su guía, paciencia y trabajo, mostrando la verdad y cultivando el saber dentro de las aulas de Jurisprudencia, quienes enseñan el Derecho con valores éticos para ejercer esta ardua y hermosa profesión del ser Abogado.

Jimmy Moreno Villarreal

1 RESUMEN

El presente trabajo contiene un análisis de la aplicación del Principio de Proporcionalidad en el sistema penal ecuatoriano, puesto que en la actualidad varios delitos han sido motivo de polémica social, pero sobre todo de controversia jurídica ya sea por la desproporcionalidad en las penas o por su laxitud. De ahí que, con base en postulados teóricos del derecho contemporáneo sobre todo en la teoría del garantismo penal, cuyo principal exponente es Luigi Ferrajoli, se hace una revisión de los elementos fundamentales que deben constituir el eje orientador para su aplicación de manera que contribuyan a que el sistema penal cumpla su cometido que es el de fomentar un sistema de justicia restaurativa. El trabajo contiene los análisis de cinco delitos: ingreso de artículos prohibidos, tráfico ilícito de sustancias catalogadas a fiscalización, robo, muerte culposa por infracciones de tránsito y homicidio; cuyos resultados obtenidos permiten confirmar, que la aplicación del Principio de Proporcionalidad aun no es aplicado conforme lo manifiesta la ley y la jurisprudencia, convirtiendo a este principio en una debilidad dentro del sistema penal ecuatoriano pues los fundamentos con los que se define la pena desde un enfoque de justicia restaurativa no son debidamente motivados y no se basan en los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sí mismos, sino más bien son el resultado de razonamientos lógico-matemáticos. Por ello se considera que en el sistema penal ecuatoriano es necesario que las sentencias incluyan motivaciones suficientes, claras y precisas sobre la determinación de la pena, de manera que no dejen espacios a dudas sobre la equidad en la administración de justicia.

PALABRAS CLAVE

Proporcionalidad, necesidad, idoneidad, justicia, ponderación.

2 ABSTRACT

This paper contains an analysis of the application of the Principle of Proportionality in the Ecuadorian criminal system, since at present several crimes have been the subject of social controversy, but above all of legal controversy either because of the disproportionality in the penalties or because of their laxity. Hence, based on theoretical postulates of contemporary law, especially in the theory of criminal guarantee, whose main exponent is Luigi Ferrajoli, a review is made of the fundamental elements that should constitute the guiding axis for its application so that they contribute to that the criminal system fulfills its mission, which is to foster a restorative justice system. The work contains the analysis of five crimes: entry of prohibited items, illicit trafficking of substances cataloged for inspection, theft, wrongful death for traffic violations and homicide; whose results obtained confirm that the application of the Principle of Proportionality is not yet applied as stated by law and jurisprudence, making this principle a weakness within the Ecuadorian criminal system as the foundations with which the penalty is defined from a Restorative justice approach are not properly motivated and are not based on the sub principles of suitability, necessity and proportionality in themselves, but rather are the result of logical-mathematical reasoning. Therefore, it is considered that in the Ecuadorian criminal system it is necessary that the sentences include sufficient, clear and precise motivations on the determination of the penalty, so that they do not leave any room for doubt about fairness in the administration of justice.

KEYWORDS

Proportionality, need, suitability, justice, weighting.

INDICE

1	RESUMEN.....	x
2	ABSTRACT	xi
3	INTRODUCCIÓN.....	xiii
4	ESTADO DEL ARTE	1
5	METODOLOGIA.....	24
6	RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	25
6.1	Ingreso de artículos prohibidos.....	25
6.2	Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.....	27
6.3	Robo.....	31
6.4	Muerte culposa. Tránsito	33
6.5	Homicidio	36
7	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	39
7.1	CONCLUSIONES	39
7.2	RECOMENDACIONES.....	41
8	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	43

3 INTRODUCCIÓN

Dentro de la aplicación de la ley penal, siempre ha existido controversia en relación del daño cometido y la sanción que recibe el procesado al momento de dictarse una sentencia y pese a que con la promulgación del Código Orgánico Integral Penal (COIP) se tipificaron nuevos delitos estos han seguido siendo cuestionados por la sociedad. Como ejemplo están: la mala práctica profesional, el aborto, la asociación ilícita, entre otros..., mismos que conllevan que a menudo se presenten contraposiciones entre el juzgador, los sujetos procesales e incluso la misma la sociedad al momento de aplicar una ley penal. La lógica está en que el juzgador debe acogerse a las disposiciones constitucionales y legales para dicha aplicación, sin embargo, la víctima en algunos casos no está de acuerdo con la sanción aplicada a su agresor o este no está conforme con la pena que le ha sido impuesta por el juzgador. No hay que olvidar que el magistrado define en términos generales los tipos penales para aplicar la sanción de acuerdo al delito y a la razón, mas esto hace que en la determinación de la sentencia exista una situación compleja dentro del campo penal.

En relación a lo expuesto y a pesar de que el Principio de Proporcionalidad se encuentra establecido en la norma aplicable en función de la infracción cometida, el juez dispone del tipo penal consolidado en el COIP. Entonces, para determinar una responsabilidad, el juez toma como base los elementos del delito, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, mismos que particularizan la situación en la que tiene lugar un ilícito. A su vez, en defensa del hecho delictivo aparece todo un marco normativo sustentado en los derechos fundamentales que amparan al procesado y que, por lo tanto, la intervención de la norma solo ha de hacerse si es idónea, necesaria y adecuadamente ponderada. Con esto se quiere señalar que el juez en ciertas ocasiones se encuentra en situaciones en las que le resulta complejo definir adecuadamente una pena y por esto apela a su sana crítica y/o a la duda razonable en potestad de castigar una conducta contraria a la establecida en la sociedad, disponiendo sanciones equitativas al daño causado pero causando antipatía en la víctima quien por desconocimiento jurídico y apegada al sentimiento de venganza pide una mayor sanción para su agresor, es decir, exigiendo una pena sobredimensionada.

La problemática está en el procedimiento que debe seguir el juez para definir una pena en base al bien jurídico lesionado. Hay que recordar que el juez para su decisión debe tomar

en cuenta la motivación de la cual derivará la conclusión de la existencia de un delito y deberá individualizar la pena en base a los artículos 44 y 53 del COIP, misma que deberá ser amplia y suficiente. Así mismo, el COIP establece las circunstancias agravantes y atenuantes que orientan la determinación del delito como tal y por tanto de la pena que se ha de imponer. Para esto, el sistema jurídico ecuatoriano exige la observancia del Principio de Proporcionalidad; sin embargo, su aplicación no está exenta de dificultades al momento de establecer una sanción, pues al existir una aplicación desproporcionada de una pena se estarían violando los derechos sea de la víctima como del procesado.

Cabe recalcar que el Principio de Proporcionalidad dentro del ámbito penal tiene un sentido muy restringido; sin embargo, mantiene su relevancia en el ámbito de medidas de seguridad e implica que la previsión, la determinación, la imposición y la ejecución de la medida coercitiva vayan de la mano de la peligrosidad criminal del individuo. Este principio constitucional limita la prevención, es decir, que subsiste una tendencia de aplicar la teoría de la mínima intervención penal o de un derecho subsidiario cuando ya otros medios no han sido suficientes para compensar el daño causado; sin embargo, casi siempre se terminan vulnerando ciertos derechos fundamentales.

La interrogante alrededor de la cual gira la investigación es ¿Cuáles son los factores del Principio de Proporcionalidad que debe considerar el juez al momento de aplicar una pena para no vulnerar los derechos del sentenciado?

El presente trabajo tiene relevancia por analizar El Principio de Proporcionalidad en la aplicación de las penas, siendo de gran importancia para solucionar aquella problemática que presenta la opinión crítica judicial misma que en ocasiones ha afectado a la seguridad jurídica. En este sentido se puede entender que “uno de los límites a la limitación de los derechos de mayor relevancia en las democracias constitucionales actuales es el examen de la proporcionalidad en sentido amplio” (Carbonell, 2008, p. 126).

4 ESTADO DEL ARTE

En la antigüedad, la pena impuesta por el cometimiento de un delito era proporcional al daño material causado. De esto dan cuenta la Ley del Tali3n y el C3digo de Hammurabi respectivamente. Plat3n en su obra Las Leyes versa que la pena debe ser proporcional a la gravedad del delito. Entonces si alguien causaba la muerte de una persona, aquel deb3a pagar con su propia vida.

Para el pensamiento retribucionista en todas sus versiones se habla que:

El sentido de la pena se fundamenta en que la culpabilidad del autor de un delito solo se compensa con la imposici3n de una pena. De ah3 que su postulado esencial sea que la pena es retribuci3n del mal causado. Por lo que la justificaci3n de la sanci3n penal, en estas teor3as, es solo y 3nicamente la realizaci3n de la justicia como valor ideal. (Roxin, 1993, p. 12).

Peralta (2003) en su obra Lecciones de Historia de Derecho se3ala que India fue uno de los pa3ses que de cierto modo admit3a en su legislaci3n el Principio de Proporcionalidad, pues facultaba al pr3ncipe de dicho pa3s reprimir al culpable con las penas de prisi3n, hierros o castigos corporales en raz3n de la infracci3n cometida. Con respecto al derecho hebreo, Font3n (1980) en su obra Tratado de Derecho Penal, se3ala que las sanciones estaban en los cinco primeros libros del Antiguo Testamento, donde al parecer las penas eran m3s fuertes para quienes transgred3an las leyes divinas.

En el pensamiento Estagirita (Siglo IV) el Principio de Proporcionalidad se consideraba "... como una idea de justicia ligada esencialmente al concepto mismo de lo que derecho debe ser" (Lorca, 2014, p. 32). En la Edad Media, seg3n Abril (2013) el derecho germ3nico dividi3 los delitos en p3blicos y privados, "donde cualquiera de los ciudadanos pod3a imputar al infractor la sanc3n del denominado Bando, mientras que en el delito privado era imputado mediante venganza privada por la v3ctima o su familia" (p. 33). La misma autora se3ala que posteriormente el Estado restringi3 la venganza privada hasta eliminarla en su totalidad siendo el Rey el 3nico que impon3a las penas. As3 mismo, la ley visig3tica establec3a una diferencia entre delitos dolosos y culposos imponiendo penas m3s crueles a los primeros y penas inferiores o pecuniarias a los segundos, pero es hasta la 3poca de la

Ilustración cuando se define este principio frente a los excesos de poder del Estado absolutista de ese entonces.

Siguiendo a Abril (2013), en Alemania surge la recepción del Derecho Romano, consistente en la aplicación de tal corriente, pero con algunos cambios, pues se estableció que los jueces eran los únicos investidos con la potestad de imputar toda clase de penas que además fueron determinadas de forma específica con fundamento en las costumbres alemanas o en su defecto en base a la opinión emitida por los juristas. La autora también habla del humanismo caracterizado por erradicar totalmente la arbitrariedad y el abuso del poder por quienes se encuentran investidos de la potestad de administrar justicia y puntualiza que este tema es una lucha constante entre las masas oprimidas y los órganos opresores particularmente representados por el Estado en sus diversos poderes.

Beccaria mediante su filosofía penal liberal influyó en gran medida para establecer uno de los principios más importantes de la rama del derecho como la legalidad de la pena, según la cual esta no puede ser imputada si no está establecida previamente en una ley. Más adelante se instauró otro de los principios que rigen hasta hoy al derecho penal, como es el de proporcionalidad punitiva, requiriendo así la existencia de la debida correspondencia entre la pena y el hecho cometido.

El Principio de Proporcionalidad ha sido motivo de mucho estudio, sobre todo por ubicarse en la nueva corriente de pensamiento garantista y la teoría de los derechos fundamentales. Así, Beccaria aborda este principio con su obra *De los Delitos y las Penas*, mencionando que este principio es de carácter preventivo rescatando el valor educativo de la condena. Para el autor, la pena debe contribuir a la reinserción del sentenciado a la sociedad, mas no se debe considerar como un castigo.

La primera alusión que se realizó en Alemania al Principio de Proporcionalidad en relación con el proceso penal tuvo lugar en una resolución del Deutscher Journalistentag, realizada en Bremen el 22 de agosto de 1875, en la que se solicitaba que las medidas coactivas dirigidas contra los periodistas que se negaran a declarar como testigos fueran proporcionales a las penas previstas para los delitos perseguidos. Esto reflejaba la situación en que vivían los habitantes de ese país con un modelo de Estado retrógrado, con prácticas

inquisitivas y que incluso buscaba mantener la armonía social a través de un modelo represivo (Yenissey, 2010, p. 88).

Una segunda mención sería, cuando se abordó la “eliminación de las torturas y de las penas y tratos crueles, se dio en las declaraciones internacionales que siguieron a la terminación de la Segunda Guerra Mundial” (Yenissey, 2010, p. 89). Con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), tras el genocidio nazi, los países miembros hicieron conciencia de que el ser humano estaba siendo criminalizado brutalmente y que se sus Estados deberían tomar cartas en el asunto (resolución 217 A III). Sin embargo, los tratados internacionales en contra de la tortura y los tratos crueles no han sido suficientes para que el derecho penal haya resuelto sus conflictos internos.

El Principio de Proporcionalidad tiene gran acogida en la teoría garantista cuyo impulsor es Luigi Ferrajoli, para quien “penalmente se estaría ante una corriente de garantismo liberal tendiente a designar las técnicas establecidas para la defensa de los derechos de libertad, sobre todo la libertad personal frente a intervenciones policiales o judiciales arbitrarias” (Ferrajoli, 2006, p. 12). Lo anterior, es propio de un modelo de Estado moderno cuyo rol fundamental es garantizar los derechos civiles y políticos, donde la libertad es el bien jurídico más atacado, es decir, un Estado cuyo rol fundamental se circunscribe a mantener el orden por medio del uso de la fuerza. Esta tendencia busca la aplicación de un derecho penal mínimo, capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva, sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona.

Así mismo, para Ferrajoli (2006) “los límites son garantías penales sustanciales, que se subdividen en garantías penales orientadas a minimizar los delitos y garantías procesales tendientes a minimizar el poder judicial, es decir, a reducir al máximo sus márgenes de arbitrio” (p. 14). El autor señala que hay tres tesis sobre el garantismo penal: La primera habla sobre la existencia de un nexo indisoluble entre garantías y justificación externa o política del derecho penal; la segunda plantea la existencia de un nexo indisoluble entre garantías y la legitimación interna de la jurisdicción; y la tercera hace referencia al garantismo que representa la base de una teoría crítica y al mismo tiempo de una filosofía política de un Estado Constitucional de Derecho.

Con respecto a la tercera tesis, Ferrajoli (2006) señala que “el garantismo es una doctrina filosófico-política de justificación del derecho penal y a la vez una teoría jurídica normativa de las garantías penales procesales” (p. 15). En definitiva, el garantismo, señala Ferrajoli, es sinónimo de un Estado Constitucional de Derecho, que extiende el modelo de Estado liberal en dos direcciones: por un lado a todos los poderes del Estado y por otro a los derechos, es decir, que no solo se limita a proteger los derechos de libertad sino también los sociales, con lo cual le impone al Estado obligaciones, además de prohibiciones.

Siguiendo la línea del garantismo, Cusi (2018) en su obra *El Principio de Proporcionalidad en el Proceso Penal* señala que “la pena constituye una retribución que la sociedad impone por el mal causado de modo que a mayor mal, mayor culpabilidad y por lo tanto mayor castigo merece el culpable” (p. 4). En este caso, el autor destaca tres elementos que son: el mal, la culpabilidad y el castigo, es decir, el daño causado sirve de referente para determinar la responsabilidad del imputado y por ende definir la pena que ha de recibir. El autor destaca la necesidad de trazar una línea divisoria entre proporcionalidad y culpabilidad, aunque señala que ésta última no es suficiente para asegurar la proporcionalidad entre el crimen y el castigo y menos todavía para sustituirlo. También, destaca que “las agencias jurídicas deben constatar al menos, que el costo de derechos de la suspensión del conflicto guarden un mínimo de proporcionalidad con el grado de lesión que se haya provocado” (Cusi, 2018, p. 5). Esto obliga a dimensionar el derecho violentado, hecho que debe realizarse no solo tomando en cuenta una perspectiva material del daño, sino también cuestiones inmateriales y en ciertos casos daños morales. De igual manera, la proporcionalidad guarda estrecha relación con “la libertad, la dignidad y la justicia, toda vez que una pena desproporcionada, irrumpiría con la libertad y la dignidad de la persona y consecuentemente sería injusta” (Cusi, 2018, p. 5).

Como puede observarse, la posición del autor citado es a favor del causante más no de la víctima y lo que busca es reconocer que quien es culpable, por ese hecho no pierde su condición de persona y menos sus derechos en un proceso judicial.

Igualmente, Cusi (2018) señala que:

La proporcionalidad se encuentra integrada constitucionalmente en la prohibición general de la arbitrariedad, así como en las garantías establecidas en las bases de la institucionalidad

que le da forma al Estado de Derecho y en la garantía normativa de contenido social de los derechos fundamentales. (p. 5)

Con ello hace alusión a los límites que el derecho le impone al mismo Estado Constitucional cuando se trata de administrar justicia, destacando su esencia fundamental que es la de garantizar la protección de los derechos y la dignidad humana. La proporcionalidad implica una relación entre la gravedad de lo injusto y la gravedad de la pena al momento de juzgar (proporcionalidad abstracta); y en el momento judicial, que la pena resulte proporcionada a la gravedad del hecho cometido (proporcionalidad concreta) manteniendo un criterio valorativo.

Lo anterior, significa que las acciones desarrolladas por un individuo deben valorarse y ajustarse al criterio de la acción cometida en el sentido de sopesar los valores e intereses involucrados en un caso concreto. Este accionar no solo es un axioma formal sino material, porque obliga a examinar tanto los contenidos de ese juicio de ponderación en relación a la medición de los intereses enfrentados; y finalmente existe una tendencia del legislador al aumento de las penas, que lleva, según el autor, a una merma de las garantías propias del Estado de Derecho.

El principio de proporcionalidad entendido como un principio constitucional, se opone a ser vulnerado hacia arriba, pero no hacia abajo, esto quiere decir que la pena debe ser proporcional pero teniendo presente la tendencia garantista del Estado, lo cual debe limitar el poder punitivo del mismo. (Cusi, 2018 p. 6)

Este además señala que “no impide la disminución o renuncia a la pena por razones de prevención especial y sobre todo para impedir la desocialización o facilitar la socialización” (Cusi, 2018 p. 6).

Sapag (2008) en su obra *El principio de Proporcionalidad y de Razonabilidad como Límite Constitucional al Poder del Estado* señala que “en el derecho colombiano el principio de constitucionalidad está ligado a otros preceptos constitucionales, es decir que no se produce de manera autónoma” (p. 21). El mismo autor realiza un análisis de la proporcionalidad en los sistemas norteamericano, europeo (Alemania y España) y latinoamericano, argumentando que la proporcionalidad constituye uno más de los elementos que han de conducir al Estado Constitucional de Derecho a poner en práctica un sistema de justicia

restaurativa donde el Estado observa rigurosamente los límites que le impone la Constitución, dejando de lado la teoría del derecho penal del enemigo, que hace énfasis en la gravedad del castigo.

Alexy (2008), realiza un análisis del Principio de Proporcionalidad en su libro Teoría del Derecho donde analiza “La fórmula del Peso” como una medida viable para la determinación de las penas en los sentenciados. Destaca la importancia del Principio de Proporcionalidad, que, según él, es el marco general de los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Es así como mediante esos cambios en toda la región latinoamericana se ha logrado en gran medida transformar y encontrar diferentes características que de forma trascendental tiene el uso racional del poder con base en el catálogo de derechos humanos, cuyo énfasis está en lo social y económico. Sin embargo, Gavilánez (2013) señala que:

Por parte de los esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia para llevar a cabo el respeto de los derechos fundamentales y que son vulnerables en Latinoamérica, se encuentra la explicación de que los mismos son nulos cuando el Estado no brinda la seguridad jurídica, puesto que no les otorga un valor importante y los ubica dentro del sistema constitucional, por lo que las diferentes actuaciones del sistema militar y las decisiones parlamentarias han constituido límites al desarrollo de la democracia en un Estado Constitucional. (p. 66)

Es así como desde una perspectiva más conciliadora, él argumenta que la proporcionalidad de las penas en América se aplica en todos los países, pese a que no se utilizan los mismos nombres. “Los Tribunales Europeos, la Corte Suprema de Estados Unidos al igual que la Corte Constitucional Colombiana han establecido que el Principio de Proporcionalidad está integrado por un conjunto de criterios que permiten aplicar dicho principio” (Gavilanes, 2013, p. 50).

Desde la óptica constitucionalista, el término jurídico *proporcionalidad* combina elementos característicos de la justicia y mide el impacto que sobre los ciudadanos tiene la intervención estatal en la búsqueda de equilibrar la balanza en el ejercicio del poder del Estado. Es así como “la restricción de la proporcionalidad se manifiesta en la insuficiencia de conseguir el fin del Estado” (Baño, 2010, p. 67).

El Principio de Proporcionalidad adquiere mayor importancia cuando su rol está enfocado en garantizar la mínima intervención penal en la administración de justicia. Por ello “es

importante establecer la legitimidad de los fines de actuación por parte del legislador en relación con los objetivos propuestos dentro de la norma para su correcta aplicación” (Baño, 2010, p. 68). De ahí que es necesario observar la idoneidad de las medidas que son aplicadas por parte del Estado al momento de limitar o restringir los derechos, sobre todo aquellos considerados como fundamentales.

El Estado, bajo el enfoque garantista debe articular sus esfuerzos para que su funcionamiento esté acorde con la actualidad social, económica, jurídica y política. Martín de Villodres (2014), en su obra Principio de Proporcionalidad y Neoconstitucionalismo hace una relación entre el Estado como garante del derecho y el neconstitucionalismo como una evolución del Estado de Derecho. Analiza además el derecho como proporción en la cual establece un estudio comparativo entre la justicia distributiva y la conmutativa y profundiza la positivización del Principio de Proporcionalidad, el cual manifiesta la necesidad de que la proporcionalidad esté contemplada de forma expresa en el ordenamiento jurídico de un Estado de manera que no haya lugar a interpretaciones subjetivas que limiten derechos.

Los derechos fundamentales están relacionados con la noción de un Estado de Derecho que se fundamenta en un plano teórico. Esta doctrina, que siguiendo a Fioravanti (2014), tiene tres modelos que se integran parcialmente: historicista, individualista y estatalista, y con base a estos tres modelos llegar al análisis de idoneidad que trata de comprobar si el fin puede ser legítimo desde el punto de vista constitucional. En esto se ha logrado establecer la finalidad que persigue la intervención judicial y se ha constatado que esta finalidad no resulta ilegítima desde la perspectiva de la Constitución.

Para entender la idoneidad, resulta importante establecer cuál es el fin constitucionalmente legítimo, por lo que se deduce que el Principio de Proporcionalidad y su aplicación en las penas se relaciona con la intervención legislativa en los derechos fundamentales que no debe ser concebida de modo positivo con respecto a lo que establece la Constitución, puesto que se trata de un principio de carácter relativo “del cual no se desprenden prohibiciones abstractas o absolutas, sino solo por referencia dependen del medio a fin de que, eventualmente guarde el gravamen de la libertad con los bienes, valores y derechos que pretenda satisfacer” (Rojas, 2016, p. 86). A su vez, el sub principio de idoneidad es aquel que compara dos magnitudes que son el medio y el fin. El Principio de Proporcionalidad

exige que las medidas restrictivas de derechos se encuentren previstas en la ley y sean necesarias para alcanzar los fines legítimos previstos en una sociedad democrática.

Villaverde (2014) en la obra *Argumentación Jurídica* dice:

Con el 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; pues también consiste en evitar que el poder público se atribuya la competencia para aplicar los límites de un derecho fundamental. (p. 20)

Según el autor, la proporcionalidad es la técnica mediante la cual se realiza el mandato de optimización que contiene todo derecho fundamental y el principio de efecto recíproco. A su vez contiene elementos como la exigencia de idoneidad que es la aplicación de la medida limitativa concreta al fin perseguido con el límite impuesto al derecho fundamental.

Villaverde (2014) en su análisis argumenta:

La administración de justicia considera el menor costo posible la exigencia de necesidad o intervención mínima, esta considera que la intervención debe ser necesaria e imprescindible para alcanzar el fin perseguido con el límite en el sentido de que no debe existir otro medio menos oneroso (costoso) para lograrlo. (p. 33)

Entre las posibles maneras de imponer la medida restrictiva cabe elegir la forma o el medio que resulte menos grave de cumplir. Para ello hay que garantizar que la limitación al derecho fundamental esté sustentada en algo cierto y no en una presunción, por lo que esta medida debe buscar dar protección a los derechos, bienes e intereses y limitar estrictamente al derecho que es fundamental para que mediante del mismo se puedan asegurar los demás derechos. Villaverde (2014) también considera que “el principio de proporcionalidad no tiene autonomía. Por ello, debe aplicarse observando otros principios constitucionales” (p.34).

En la obra, *Principio de Proporcionalidad y Control Constitucional de las Leyes Penales* se explica de igual manera que el Principio de Proporcionalidad se usa expresamente para resolver casos difíciles en los cuales se contradiga la constitucionalidad pudiéndose argumentar tanto positiva como negativamente.

La intervención del legislador en derechos fundamentales podrá considerarse válida siempre y cuando persiga un fin constitucionalmente legítimo, constituya un medio idóneo

para alcanzarlo, sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo, y exista proporcionalidad entre los sacrificios y los beneficios. (Lopera Mesa, 2014, p.160)

Según Rojas (2016), autora del estudio La Proporcionalidad de las Penas, “la necesidad de la proporcionalidad se desprende de la exigencia de una prevención general capaz de producir sus efectos en la colectividad” (p. 25). De este modo, el Derecho Penal debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos, según el grado de afectación al bien jurídico. Señala que, en la jurisprudencia colombiana, este principio ha estado estrictamente vinculado con el Principio de Igualdad y poco a poco se ha ido extendiendo al examen de las intervenciones legislativas y administrativas sobre otros derechos fundamentales. Para la autora, el Principio de Proporcionalidad, en su versión europea, ha sido entendido como una herramienta para dilucidar el contenido esencial de los derechos fundamentales frente a una norma que los reglamenta o restrinja y constituye a su vez un criterio para la fundamentación de las decisiones judiciales que versan sobre los mismos.

Para Lorca (2014), “la aplicación del Principio de Proporcionalidad por los poderes públicos supone una exigencia del respeto a la dignidad humana que es el principal fundamento del orden público y de la paz social” (p. 47). Cuando dicho principio es aplicado en el ejercicio de la función jurisdiccional parece ser esta una derivación necesaria del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que asiste a toda persona en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

Siguiendo a Lorca (2014), la idea de proporcionalidad busca dar a cada uno lo que se merece, esto en base a la conducta del individuo dentro de la sociedad, por lo tanto, lo que busca este principio es proteger aquellos derechos colectivos sobre los individuales, pues, lo que verdaderamente se está afectando es un bien jurídico superior, entendiendo que las limitaciones deben ser aplicadas por parte del poder público y que su objetivo está basado en encontrar un equilibrio entre los intereses que pueden estar en peligro.

De acuerdo con Sierra (2011) el Principio de Proporcionalidad aparece unido a cualquier derecho penal liberal, más allá de la teoría de la pena que lo fundamente, y aun cuando la idea de proporcionalidad aparece mejor expuesta por las teorías retributivas que por las utilitarias. Se inauguró para explicar las teorías filosóficas de aquel tiempo, por lo que,

siguiendo el mismo razonamiento fundado en el constitucionalismo, el Principio de Proporcionalidad mínima entre delito y pena aparece como un límite que impide la misma imposición de penas frente a hechos de poca relevancia y también impide penas desmesuradas amparadas en necesidades de prevención general o especial.

Pulido (2014) en su artículo El Principio de Proporcionalidad de la Legislación Penal menciona que “la proporcionalidad debe aplicarse como criterio para controlar la constitucionalidad de los tipos penales y de las penas” (p. 46), es decir, que el legislador debe conocer y analizar con profundidad, al momento de definir los tipos penales. Advierte que hay un problema y es que la tipificación debería ser competencia del legislador o también de la Corte Constitucional. Sin embargo, es bueno señalar que en el caso ecuatoriano la Corte Constitucional tiene como rol principal la interpretación más no la legislación.

Sobre la tensión entre el legislador y la Corte Constitucional sobre el Derecho Penal existen tres tesis importantes: La primera es la auto restricción, donde la Corte Constitucional reconoce que es competencia del legislador la restricción de derechos en desarrollo de *ius puniendí*, pero que esta no es limitada, es decir, que “no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos penales, que debe respetar los derechos constitucionales de las personas que aparecen como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado”(Bernal, 2014, p. 267).

Los argumentos para la auto restricción serían:

- a) La falta de certeza en el que se sostiene el cuestionamiento de si es correcto punir una conducta y de cual debería ser la pena a imponer en caso de que se ejecute. Casos como el aborto o el consumo de drogas en los que es difícil encontrar consensos deben ser definidos por el legislador y no por el juez.
- b) La reserva de la ley penal, en donde el autor señala que la determinación de los comportamientos que ameritan una sanción y el establecimiento de su naturaleza, alcance y de la respectiva dosimetría punitiva deben ser un asunto reservado al legislador.

- c) Los derechos de protección, en donde señala que si un derecho o un bien debe ser protegido por normas penales o si por el contrario, debe ser garantizado por otras estrategias menos severas, no aparece decidido en la Constitución ni puede ser resuelto por la Jurisdicción, por lo que solo al legislador le compete utilizar el Derecho Penal como *última ratio*.
- d) La libertad positiva, donde es el legislador y no el individuo o la Jurisdicción Constitucional quien debe determinar que debe entenderse por razonable o necesario, es decir que el legislador es la instancia que debe definir la conducta sobre la cual se proyecta la libertad del individuo. (Bernal, 2014, p. 274).

La segunda tesis es la intervención de los derechos fundamentales, donde la tipificación de un delito y la fijación de la pena es una interposición en ellos. Esto se fundamenta en que la Constitución protege la libertad general de acción con normas de derecho fundamental, la cual no es absoluta y por tanto, puede ser objeto de intervenciones legislativas, no obstante estas deben estar siempre justificadas. Tales intervenciones deben ir en razón del favorecimiento de otros derechos y bienes constitucionales que a su vez deben ser proporcionadas. Bajo este supuesto se dice que:

La tipificación penal de una conducta implica una intervención en la libertad general de acción y que como tal debe estar justificada y que además debe guardar proporción con la protección de los derechos y bienes que justifiquen su eventual imposición. (Bernal, 2014, p. 267)

Por lo tanto, toda ley penal es una intervención en el derecho como libre desarrollo de la personalidad. Así mismo, toda pena es una intervención en la libertad personal o en el derecho que resulte afectado y que llevar un control efectivo de esas intervenciones para establecer la legítima proporcionalidad es función de la Corte Constitucional

La tercera tesis menciona a la ley penal como mecanismo de protección de los derechos fundamentales y otros bienes jurídicos. Esta tesis se sustenta en que “toda ley penal representa una medida que el Estado adopta para proteger los derechos fundamentales y los demás bienes constitucionales que se lo ordenan” (Bernal, 2014, p. 268), es decir, que para mantener el orden social es necesario que haya una ley que proteja los derechos fundamentales, lo cual también significa que ha de intervenir la libertad general mediante

medidas restrictivas, obligando a determinar al legislador los tipos penales y su correspondiente sanción.

Bernal (2014) argumenta que El Principio de Proporcionalidad concede al legislador atribuciones que por ningún motivo se pueden transgredir, más define que en su poder está la decisión fijar con libertad la política criminal que considere pertinente. Siguiendo la idea del autor, la proporcionalidad se remonta a un criterio tradicional del derecho penal, esto es, la exigencia por un lado, que las penas deben ser graduadas en forma proporcional al delito y por el otro, que se establezcan con algún grado de proporcionalidad sobre la base de la importancia social del hecho y el bien jurídico protegido.

Dentro de los enunciados de la Carta Magna existen disposiciones que caracterizan los derechos fundamentales, como las normas que son el conjunto de significados de mandato a las disposiciones de derecho fundamental, mientras que las garantías constituyen el relato de la ley. De ahí que, “las normas de derecho fundamental desempeñan un papel central en el control constitucional de las leyes que se llevan a cabo desde la perspectiva de esos mismos derechos” (Bernal, 2007, p. 267), por lo tanto, tienen importancia significativa en la tipificación de los delitos y la determinación de las penas, donde el legislador no puede soslayar las normas de derecho fundamental.

Bernal (2007), en su obra *El Principio de Proporcionalidad y Los Derechos Fundamentales*, hace un profundo análisis sobre la relación entre el Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales (p. 4). También aborda la estructura del Principio de Proporcionalidad, donde define los presupuestos de dicho principio, en la cual señala como primer presupuesto que, para existir una intervención legislativa en un derecho fundamental es necesario que la ley afecte una norma o una posición que pueda adscribirse *prima facie* a una disposición iusfundamental, además agrega que el segundo presupuesto se produce en sentido contrario, es decir, que la afectación de una norma o de una posición iusfundamental *prima facie* por parte de una norma legislativa implica la atribución a esta norma el carácter de intervención en el derecho fundamental. Este autor coincide con otros como Carbonell o Ferrajoli en los sub principios que sirven de medio para la aplicación del Principio de Proporcionalidad y en ese sentido aborda una estructura fundamental.

En cuanto al Principio de Idoneidad, Bernal (2014) señala que “es conocido como el Principio de Adecuación, donde toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo” (p. 267). Este sub principio supone dos exigencias, la primera es que tenga un fin constitucionalmente legítimo; y la segunda, que sea idónea para favorecer su obtención. Su estructura argumentativa se basa en la relación de causalidad positiva entre la medida del legislador y el fin que se propone, la cual puede definirse como un modo correlativo y antagónico a la causalidad negativa del concepto de intervención de derecho fundamental.

Sobre el Principio de Necesidad, Bernal (2014) hace referencia a que “toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna posible con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir al alcance del objetivo propuesto” (p. 269). La estructura argumentativa consiste en analizar la elección de los medios alternativos ya que presupone al menos la existencia de un medio alternativo a la medida adoptada por el legislador, el análisis de la idoneidad equivalente o mayor de los medios alternativos y la búsqueda de un medio más benigno en virtud del derecho fundamental afectado.

Finalmente, sobre el Principio de Proporcionalidad, en un sentido estricto argumenta el autor que “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, 2014, p. 288). Esto quiere decir, que las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que esto implica para sus titulares y para el Estado. Finalmente, señala que el Principio de Proporcionalidad en sentido estricto se conoce como el de ponderación y su estructura argumentativa consiste en:

- a) Determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir, la importancia de la intervención en el derecho fundamental e importancia de realizar del fin perseguido; y,
- b) Realizar la comparación de dichas magnitudes a fin de determinar si la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental.

Clérico (2014) realiza un análisis del examen de proporcionalidad en un artículo titulado El Examen de Proporcionalidad Entre el Exceso por la Acción y la Insuficiencia por Omisión o Defecto, donde señala que “uno de los límites a la limitación de los derechos es el examen de proporcionalidad en sentido amplio” (p. 81). La autora destaca la validez de los derechos que a la vez limitaría el exceso de restricción al juez como también a una omisión. De la misma manera la autora coincide con Bernal (2007) en el sentido de que hay que observar las tres reglas o sub principios como son: de idoneidad, del medio alternativo o de necesidad, y de proporcionalidad en sentido estricto. La autora, plantea la posibilidad de realizar tres tipos de examen por cada sub principio: Primero.- el examen de idoneidad en la prohibición por exceso; segundo.- el examen de idoneidad en la prohibición por omisión o acción insuficiente; y, tercero.- la intensidad de la aplicación de la regla de la idoneidad en la prohibición por exceso y de prohibición por omisión o insuficiencia.

En la obra La proporcionalidad Entre el Delito y la Pena en el COIP, señala que la valoración e importancia de la proporcionalidad radica en que:

El legislador debe construir la norma penal, para encontrar la justa relación entre la lesión al bien jurídico y la sanción penal a imponerse, sin dejar de lado otros componentes imprescindibles como son la peligrosidad del sujeto activo del delito. (Santos, 2018)

Siendo así, el legislador tiene un rol fundamental en la determinación de los parámetros de las penas. Por otro lado, el autor destaca la primacía de los derechos fundamentales como son: el derecho a la vida, la libertad, la seguridad de la persona y la igualdad formal y material, lo que quiere decir, que para el caso ecuatoriano se debe observar rigurosamente lo que establece la Constitución en cuanto a los principios de aplicación de los derechos (Art. 11) y los derechos de libertad (Art. 66). Así mismo, señala que el principio de proporcionalidad tiene un rango constitucional.

La autora Clérico (2014) hace alusión al Art. 76 numeral 6 de la Constitución donde señala que “la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza” (p. 17). Manifiesta que este es un principio de valor normativo con rango constitucional, que por su carácter de supremacía debe ser cumplido de manera obligatoria lo que no da lugar a que el juez actúe con discrecionalidad y por lo tanto toda sentencia debe obligatoriamente determinar la pena con base en el

principio en cuestión y argumenta que la proporcionalidad está dada no en función de la regulación mínima o máxima de la sanción que contiene la norma penal sino en función de la pena que fija el legislador para cada tipo penal, lo que quiere decir, que en caso de que haya exceso en la aplicación de la pena es corresponsable tanto el juez como el legislador.

El fundamento del Principio de Proporcionalidad se deriva de estar los poderes públicos vinculados a los derechos fundamentales y, en consecuencia, no ser admisible para ellos una disminución de las posibilidades de actuación de los titulares de derechos fundamentales si no es en virtud de una causa justificada, y solamente en la medida necesaria para obtener el fin que justifica dicha causa. (Aldunate, 2008. p. 279)

Al referirse a la relevancia constitucional ella señala que éste principio representa una de las tantas garantías constitucionales y su aplicación debe hallarse expresamente desarrollada en la ley a fin de representar la tutela de los derechos de la persona contra la arbitrariedad y el abuso de poder que en este caso se encuentra contemplado el COIP a través de la tipificación de los delitos; sin embargo, al ser un principio tan importante en el derecho penal este debería estar desarrollado de manera que permita al juez tener, sino los elementos suficientes, al menos los básicos para la determinación de una pena. El COIP viene a ser el instrumento a través del cual el Estado cumple con el deber de “proteger y defender los derechos del procesado, ya que la proporcionalidad es la manifestación indudable de la misma justicia” (Clérico , 2014, p. 128).

Clérico (2014) señala tres parámetros para la determinación de la proporcionalidad que son: “la importancia del bien jurídico tutelado, la magnitud del daño causado o puesta en peligro del bien jurídico y la peligrosidad del delincuente” (p. 129). Sobre el primer caso establece que el bien jurídico protegido es “una unidad concreta y funcional, necesaria para la vida social” (Clérico, 2014, p.129), que sin embargo no todos los deben ser protegidos penalmente, sino aquellos catalogados de mayor importancia y que pueden ser violentados, lesionados o puestos en peligro y por tanto el legislador debe asignarle el justo valor. Para ello, se deben “ubicar 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 contribuyan a reconocer su valía” (Clérico, 2014, p.129). De esta manera “merecerá una pena mayor, cuando mayor sea el valor e importancia del bien jurídico protegido y una pena menor si el

valor del bien jurídico protegido es de menor jerarquía” (Clérico, 2014, p.129). Esto sin embargo está sujeto a las decisiones que se tomen en el seno de la Asamblea, donde priman análisis diversos, es así que por ejemplo para una persona quemar un bosque hasta puede ser necesario para la siembra, mientras que para otra este acto pone en peligro el futuro de un ecosistema y por tanto es un delito que debería tener una pena mayor.

En cuanto a la gravedad de la lesión del bien jurídico tutelado, la sanción debe responder a su importancia y al grado de afectación o puesta en peligro, pues, tales bienes representan un valor individual y social. Para ello, se considera tomar en cuenta el Principio de Lesividad, con base en 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.

Santos (2018) señala que “los antecedentes de peligrosidad del sujeto activo del delito son circunstancias que se relacionan con el cometimiento de ilícitos precedentes, los cuales deben ser tomados en cuenta por el legislador al momento de la formulación de la norma penal” (p. 43). En este sentido, la reincidencia es una de las manifestaciones de peligrosidad que ha sido observada en la elaboración de la ley penal. De esta manera se establece la respectiva diferencia de si un delito es cometido por primera vez, o si el sujeto activo es reincidente. De igual manera, la aplicación adecuada del Principio de Proporcionalidad debe concretarse en cada uno de los tipos penales con los siguientes requerimientos: a) exigencia de la menor injerencia posible o de mínima intervención, lo que significa que la sanción debe ser la menos grave posible observando el daño causado al bien jurídico; b) exigencia de fragmentariedad, esto es, que el legislador no está facultado para sancionar todas las conductas delictivas, sino aquellas susceptibles de protección penal; y, c) la exigencia de subsidiariedad, esto quiere decir que solo debe recurrirse como medio de *última ratio*, cuando los demás medios del ordenamiento jurídico no sean capaces de garantizar la tutela del bien jurídico.

Santos (2018) finalmente encuentra desproporción entre el delito y la sanción penal en el COIP, señala que “ciertos delitos que afectan bienes jurídicos relevantes o los ponen en riesgo se hallan sancionados con penas hasta cierto punto benignas, y que otros delitos que tutelan bienes jurídicos de menor relevancia se les ha asignado penas más severas” (p. 44). El autor hace referencia a los siguientes tipos penales: asesinato, aborto, violación y los

bienes jurídicos patrimoniales como estafa, robo, y peculado, enriquecimiento ilícito, cohecho, tipos penales a los que él considera que se debe sancionar con severidad por ser un servidor público quien comete el ilícito. La concusión, cuya sanción es de 3 a 5 años y 5 a 7 años si tiene agravantes aún es benigna según el autor, puesto que se verifica un abuso de autoridad.

Sobre los delitos por producción o tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización señala:

Las penas que contempla nuestra legislación penal en el COIP, no se compadecen con la importancia del bien jurídico tutelado como es la salud pública y la vida misma y que la gran escala, según él, que es de diez a trece años, no sería proporcional al daño causado. (Santos, 2018, p. 354)

Por otro lado, el mismo autor considera que:

Es benigna la pena de diez a doce años por los delitos de tránsito que causen la muerte, como consecuencia del estado de embriaguez del conductor que se halle bajo los efectos de sustancias estupefacientes psicotrópicas o preprados que las contengan. (Santos, 2018, p. 354)

En relación a la aplicación y modificación de las penas, el juez o el tribunal designado debe señalar con sujeción al Principio de Legalidad y posterior a un análisis exhaustivo y motivado de los hechos como de la responsabilidad del procesado más allá de la duda razonable una sanción tomando en cuenta las siguientes circunstancias:

- a) Escoger entre el máximo y el mínimo de la pena señalada para cada infracción según las circunstancias atenuantes y agravantes justificadas, es decir, que en este caso se debe utilizar dos parametros importantes: primero el rango de la pena establecido en el delito penal y segundo las circunstancias agravantes o atenuantes.
- b) Aplicar la pena en casos de tentativa, desistimiento y arrepentimiento eficaz. En este caso, lo que el juez debe observar es la conducta del individuo antes y después de la ejecución del delito, de manera que se analice la situación personal del individuo en el ilícito, pues, muchas veces las personas cometen

delitos llevados por una fuerza superior que no pueden controlar o por factores externos contrarios a su personalidad

- c) Modificar la pena en casos de reincidencia. Esta conducta demuestra que la persona involucrada en un delito tiende a ser recurrente al repetir tales actos y por lo tanto la forma de proceder es a través de la agravación de las penas, Por lo tanto, al juez no le queda otra opción que modificar la pena con la finalidad de incrementar el nivel coactivo para presionar al individuo a cambiar su conducta contraria al orden social.
- d) Aplicar la pena según el grado de participación, pues no, todas las personas cumplen el mismo rol dentro de un ilícito por lo que es necesario individualizar la conducta de cada sujeto y con base en ello determinar la pena.

Adicionalmente el juez o tribunal tiene la facultad de resolver la suspensión condicional de la pena y la aplicación de los regímenes de rehabilitación social en los casos y circunstancias señaladas en la ley (Santos, 2018, p. 189)

Es verdad que el Principio de Proporcionalidad se encuentra en la Constitución actual de la Republica del Ecuador; sin embargo, no se lo perfeccionado en su totalidad, de igual forma el COIP no avanza en su desarrollo final, es así que ha ido evolucionando a través del tiempo pero aún tiene que perfeccionarse.

Lo que busca el principio de proporcionalidad es la mínima intervención punitiva por parte del Estado, también se lo considera como principio de prohibición de exceso, en lo que exige la existencia de un marco de sanción coherente en la aplicación de las penas y en las medidas de seguridad por parte del Estado en su respeto a la Constitución e Instrumentos Internacionales garantías de derechos, ya que para un verdadero estado de derechos y justicia, es imprescindible la debida observancia de los principios constitucionales de limitación al “*ius puniendi*” garantizando una correcta administración de justicia.

Se considera que los jueces cuando dictan una sentencia, pueden aplicar el principio de proporcionalidad y es equívoco, puesto que se encuentran en una limitación a establecer la pena indicada por la legislatura para los tipos penales, es así como el Juez puede escoger

entre el mínimo y máximo de la pena, que se encuentra establecido en la ley, sin tomar en cuenta las atenuantes y agravantes que se hayan encontrado dentro del proceso, es así que de tal forma que entender mal la potestad discrecional del juzgador para sancionar con pena mínima o máxima, en una aparente observancia para la aplicación del principio de proporcionalidad, se traduciría en un fallo injusto e ilegal, por inobservancia de ley expresa.

En materia penal, lo que busca el Estado con el Principio de Proporcionalidad, es aplicar una pena conforme al delito o la lesión que ha sido provocada a un bien jurídico debidamente tutelado, para proteger a la sociedad, evitando que se señalen penas desproporcionadas, como se lo ha visto en otras legislaciones, en donde las penas han sido degradantes y rebasan en exceso su sanción.

En definitiva, la finalidad esencial es dar con los mecanismos necesarios que permitan, que se respete y se aplique el principio constitucional de proporcionalidad, de una forma correcta, y para que se logre se debe dar un giro conceptual, en donde se debe cambiar la mentalidad de los juzgadores y aplicadores de la administración de la justicia para que cumplan con sus competencias en las limitaciones que otorga la constitución y las leyes, para lo cual el juzgador en toda su atribución se debe limitar a imponer la pena establecida para cada delito, con una graduación de los límites que han sido fijados en la norma, tomando en consideración las atenuantes y agravantes dependiendo el caso.

Las atenuantes son todas aquellas circunstancias que revelan la poca peligrosidad del procesado que rodean al caso, pues lo que se busca a través de estas es minimizar la pena, esto siempre y cuando se cumpla con lo establecido en la ley para que no exista ninguna violación a los derechos fundamentales, es así que el Art, 44 del Código Orgánico Integral Penal en su inciso segundo establece que si se encuentran dos atenuantes de la pena, se aplicará el mínimo de lo que se encuentra tipificado, con la reducción de un tercio, cuando no se encuentren agravantes que modifiquen la infracción. Por lo tanto, cabe mencionar que se aplica el principio de proporcionalidad en el momento de dictar una sentencia se debe tomar en cuenta aquellas circunstancias del Art. 45 del mismo cuerpo legal el mismo que señala:

Artículo 45.- Circunstancias atenuantes de la infracción. - Son circunstancias atenuantes de la infracción penal: 1. Cometer infracciones penales contra la propiedad sin violencia, bajo

la influencia de circunstancias económicas apremiantes. 2. Actuar la persona infractora por temor intenso o bajo violencia. 3. Intentar, en forma voluntaria anular o disminuir las consecuencias de la infracción o brindar auxilio y ayuda inmediatos a la víctima por parte de la persona infractora. 4. Reparar de forma voluntaria el daño o indemnizar integralmente a la víctima. 5. Presentarse en forma voluntaria a las autoridades de justicia, pudiendo haber eludido su acción por fuga u ocultamiento. 6. Colaborar eficazmente con las autoridades en la investigación de la infracción. (COIP, 2018)

Haciendo mención a los mecanismos de aplicación de las atenuantes y agravantes, se consideran como tales las previstas en el COIP excluyendo de este análisis los elementos que integran la respectiva figura delictiva. De acuerdo a la referida norma legal esta especifica claramente en su artículo 44 que si existen al menos dos circunstancias atenuantes de la pena se impondrán el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción. Si existe al menos una circunstancia agravante no constitutivas o modificatorias de la infracción, se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio.

En ese sentido el Art. 41 del COIP establece que las personas participan en la infracción como autores o cómplices.

La autoría, (Art.42) a su vez se clasifica en directa y mediata. La primera se atribuye a quienes cometen la infracción como tal y quienes no impidan o procuren impedir que se evite su ejecución teniendo el deber jurídico de hacerlo. Mientras que la segunda, se aplica de la siguiente manera: a) Quienes instiguen o aconsejen a otra persona para que cometa una infracción, cuando se demuestre que tal acción ha determinado su comisión. b) Quienes ordenen la comisión de la infracción valiéndose de otra u otras personas, imputables o no, mediante precio, dádiva, promesa, ofrecimiento, orden o cualquier otro medio fraudulento, directo o indirecto. c) Quienes, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obliguen a un tercero a cometer la infracción, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin. d) Quienes ejerzan un poder de mando en la organización delictiva. (COIP, 2019)

Finalmente, el COIP señala que son coautores “quienes coadyuven a la ejecución de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente un acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción” (COIP, 2014). Estos parámetros sobre la participación permiten al juez determinar con mayor precisión el nivel de culpabilidad y por lo tanto sirven de base para la imposición de la pena.

Art. 46.- Atenuante trascendental.- A la persona procesada que suministre datos o informaciones precisas, verdaderas, comprobables y relevantes para la investigación, se le impondrá un tercio de la pena que le corresponda, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción. (COIP, 2018)

Se observa que las atenuantes son aquellas que permiten disminuir la gravedad del hecho cometido, que ayuda a bajar la responsabilidad penal como a su sanción correspondiente, por lo que en cuanto a la atenuante trascendental se puede decir que no afecta al hecho cometido, ya que sí existió, pero afecta en la sanción de la pena, y que afecta de una u otra forma en la consecuencia jurídica que es la pena.

Así también, se encuentra la cooperación eficaz y en nuestro Código Orgánico Integral Penal en su Art. 491 nos la menciona.

Artículo 491.- Cooperación eficaz. - Se entenderá por cooperación eficaz el acuerdo de suministro de datos, instrumentos, efectos, bienes o informaciones precisas, verídicas y comprobables, que contribuyan necesariamente al esclarecimiento de los hechos investigados o permitan la identificación de sus responsables o sirvan para prevenir, neutralizar o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad. (COIP, 2018)

Por lo que la cooperación eficaz se trata como un arreglo secreto o discreto entre el procesado y Fiscalía, el mismo que lleva consigo obligaciones por las partes, que deben encontrarse fuera de las actuaciones judiciales, que dispone la ley, y que se toma en cuenta en un archivo paralelo al de la fiscalía en su expediente de investigación principal, con el favor inter-partes y que surtan efectos reflejados dentro del proceso

Es así como nacen estas instituciones, reconociendo la ineficacia en la investigación y en sus etapas, buscando otorgar un beneficio al reo que colabora con la aplicación de la justicia, es por esta razón que pese a que estos mecanismos se fundamentan en colaboración al sistema judicial no se ha concluido el problema de la sanción y en relación a la proporcionalidad de la sanción, ya que queda una amplia interpretación para su aplicación y el criterio de valoración dependiendo a la información proporcionada.

Siguiendo con la determinación de la pena se da a entender como aquella que no interfiere en cuestiones extrañas, solo aplicada al delito imputado, y que deben existir argumentaciones relacionadas en la teoría de los fines de la pena, considerando los principios político

criminales, es decir, el principio de proporcionalidad, el mismo que permite analizar el problema de las directrices sancionadoras de nuestro sistema jurídico, para reclamar que entre el hecho cometido y su sanción penal, exista una debida proporcionalidad y así establecer su aplicación y presencia dentro del sistema penal, en observancia de cómo opera el mismo.

Lo que se busca con el principio de proporcionalidad, es que el sistema penal y su poder punitivo, debe aplicarse en sentido estricto por haber vulnerado los bienes jurídicos debidamente tutelados, conforme su proporción al hecho realizado.

Dentro de éste análisis el procedimiento abreviado tiene un carácter esencial en el sistema penal, en donde puede proponerse en las audiencias, desde la formulación de cargos hasta la de evaluación y preparatoria de juicio, cumpliendo con ciertos requisitos y características, en donde el procesado dé consentimiento en la aplicación del procedimiento, como de la misma forma su aceptación al cometimiento del hecho que se le atribuye.

Aguirre (2018), es un tratadista que se expresa a favor del procedimiento abreviado y sostiene que

Este procedimiento especial permite una eficaz concentración de los recursos y operadores de justicia en la persecución de los delitos más graves y que provocan mayor alarma social, y además evita el colapso del sistema penal producido por el fenómeno de inflación penal, tan común en Latinoamérica. (P.15)

Es por esta razón que con la aplicación del procedimiento abreviado no se mitigan los problemas ocasionados por la debida aplicación de la pena conforme a la proporcionalidad de la misma, puesto que éste procedimiento debe seguir reglas que permitan un debido proceso apegado a la Constitución y los instrumentos internacionales, pues, caso contrario, se seguiría en procedimiento ordinario, siendo necesario mencionar que la pluralidad de procesados no impide la aplicación del procedimiento abreviado.

Para lograr que la administración de justicia logre el efecto que se requiere y una correcta eficacia judicial, se requiere debidamente la aplicación de los principios constitucionales, es así que con los mismos no solo se evita juicios equívocos sino que también se alcanza dar fin al conflicto y mantener el respeto a la ley y a la Constitución, logrando la efectividad en

el sistema penal, la aplicación de los principios beneficia a la correcta administración de justicia y respeto de los derechos.

Es así como el juzgador debe estar consciente que sus decisiones se respaldan con su independencia, y su accionar se encuentra exclusivamente y únicamente en sujeción a los principios, por lo que las mismas decisiones no pueden encontrarse bajo presiones que vengan de poderes estatales, o de la misma Función Judicial, puesto que si así lo hiciera afectaría y provocaría un descrédito a sus decisiones judiciales, deslegitimaría su independencia e imparcialidad para una correcta aplicación de la justicia, porque de esa forma sus decisiones con la debida aplicación de los principios y en sí de la Proporcionalidad, sean respetados y debidamente motivados y que el único camino para ser analizados sea en la misma vía jurisdiccional, con los recursos de impugnación y observando el ordenamiento jurídico; así como también, respetando otros principios como también el de seguridad jurídica.

5 METODOLOGIA

La investigación se llevó a cabo con un enfoque cualitativo donde se analizaron conceptos, normas, procesos y procedimientos donde está presente el principio de proporcionalidad en la determinación de la pena.

El método utilizado es la hermenéutica mediante la cual se interpretaron los textos normativos relacionados con el principio de proporcionalidad y la aplicación de la pena. También se aplicó el método jurídico para el análisis de las normas internas del Estado ecuatoriano relacionadas con el tema.

La técnica utilizada fue la documental y el análisis de casos. La técnica documental se llevó a cabo a través de tres momentos distintos: primero se revisó información doctrinaria como sustento de la proporcionalidad en la determinación de la pena; segundo, se revisaron las normas nacionales e internacionales donde está presente la proporcionalidad y su aplicación. En el análisis se seleccionaron 10 casos, dos por cada delito.

Los delitos seleccionados fueron: ingreso de artículos prohibidos, tráfico ilícito de sustancias catalogadas de sujetas a fiscalización, robo, muerte culposa y homicidio. El proceso se realizó mediante un análisis comparativo sobre el procedimiento, el delito, las circunstancias agravantes y atenuantes tomadas en cuenta para determinar el tipo penal y la sanción. También se hizo un comparativo de las penas y la motivación con la cual se sustenta la determinación de la pena a imponerse.

Luego del análisis comparativo se realizó un análisis de la proporcionalidad de la pena, teniendo presente los fundamentos teóricos y normativos, para tratar de explicar y comprender la razón por la cual se aplicaron las penas.

6 RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En el presente apartado se realiza el análisis de proporcionalidad de cinco tipos penales contemplados en el COIP: ingreso de artículos prohibidos (Art. 275); tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización (Art. 220); robo (Art.189), muerte culposa en delitos de tránsito (Art.377) y homicidio (144 y 39).

6.1 Ingreso de artículos prohibidos

No DE CASO	1 (10281-2017-01092)	2 (10281-2018- 02652)
PROCEDIMIENTO	Abreviado	Abreviado
DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS	En el Centro de Privación de la libertad de Adultos Mayores de Ibarra en celda N° 3, en donde se efectúa la requisa de las instalaciones y se encuentra un teléfono celular marca Sony, de propiedad del señor Jaen Meza Ángel Simón, quien fue sancionado inmediatamente.	El ciudadano Hernández Ruiz Álvaro David, es encontrado en posesión de un teléfono celular marca Samsung Galaxy J1, en el Centro de Privación de libertad de personas adultas en conflicto con la Ley, el día miércoles 26 de diciembre del 2018, cuando se realizaba un operativo de rutina.
DELITO	Art, 275 del COIP Ingreso de artículos prohibidos inc. Final.	Art, 275 del COIP Ingreso de artículos prohibidos inc. Final.
AGRAVANTES	No se considera como tal, pero agrava las condiciones del sentenciado.	No se considera como tal, pero agrava las condiciones del sentenciado.
ATENUANTES	No se presentan. Se somete al procedimiento abreviado lo que le da posibilidad de acordar la pena con el fiscal.	No se presentan. Se somete al procedimiento abreviado lo que le da posibilidad de acordar la pena con el fiscal.
PENA	8 meses de privación de la libertad	4 meses de privación de libertad
MOTIVACIÓN	Posesión de artículos prohibidos de acuerdo con el artículo 275 del COIP, tipificado y sancionado por	Posesión de artículos prohibidos de acuerdo con el artículo 275 del COIP, tipificado y sancionado por el

	el mismo. La motivación gira alrededor de que se establece el nexo causal entre la materialidad de la infracción y la responsabilidad del imputado.	mismo. La motivación gira alrededor de confirmar la tenencia del celular en el cambuche y por lo tanto se establece la responsabilidad en el ilícito.
--	---	---

En los dos casos la situación es similar, es decir, que se encuentra en posesión un teléfono celular, la única diferencia entre los dos aparatos es la marca. Sin embargo, la diferencia de la pena entre el primero y el segundo es de 4 meses. En los dos casos los imputados se someten al procedimiento abreviado contemplado en el Art. 636 al 639 del COIP en donde con respecto a la pena el Art. 366 contempla que “la pena sugerida será el resultado del análisis de los hechos imputados y aceptados y de la aplicación de circunstancias atenuantes, conforme lo previsto en este Código, sin que la rebaja sea menor al tercio de la pena mínima prevista en el tipo penal” (COIP, 2018).

El cuarto inciso del citado artículo señala que “la o el fiscal solicitará por escrito o de forma oral el sometimiento a procedimiento abreviado a la o al juzgador competente, acreditando todos los requisitos previstos, así como la determinación de la pena reducida acordada” (COIP, 2018). Se observa que, en los dos casos, la pena es propuesta por la Fiscalía y el Tribunal acoge su pedido. Por lo tanto, la diferencia de los 4 meses en uno y otro caso, viene a ser una cuestión del fiscal, cuyo argumento no se expresa en ninguna de las dos sentencias. No obstante, se observa que varía en un 50% de una pena a otra, lo que quiere decir que la decisión judicial, pese a que el tiempo es de 4 meses, tiene una diferencia significativa, cuya decisión como se ha explicado se produce por propuesta de fiscalía y lo que el juez hace es acogerla sin mayor análisis al respecto.

En este caso se encuentra que el análisis del juez está orientado a establecer la conexión entre la existencia del teléfono y la posesión del infractor. En ningún momento se analiza la finalidad de la posesión del aparato, lo que podría conducir o a agravar o atenuar la pena, pues, la finalidad de disponer de un dispositivo electrónico es importante; sin embargo, tanto el COIP, como el juez se limitan a actuar con base en el contenido de prohibición. Como se verá más adelante, el juez en el caso de intento de homicidio, dice que la posesión de una navaja en sí misma no representa peligro, pero cuenta mucho la intención, por ello la Sala Multicompetente, tomando en consideración esa diferencia les condena a 4 años.

6.2 Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización

No DE CASO	3 (10281-2016-00559)	4 (10281-2017- 00245)
PROCEDIMIENTO	Ordinario	Ordinario
DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS	Con fecha del 04 de abril del 2016, mientras miembros policiales se encontraban realizando el control en el control policial Mascarilla y en el lugar localizan un vehículo tipo Jeep conducido por Jácome Guerrero Manolo Ernesto en compañía del señor Guapacho Sánchez Carlos Homero, luego de presentarse como Agentes antinarcóticos se procede a la revisión del vehículo con el can de nombre Danny, quien da señal de alerta en la parte trasera del vehículo con doble fondo en el cual se encontraba 48 paquetes tipo ladrillo cubierto con cinta embalaje posiblemente marihuana.	Con fecha del 11 de febrero del 2017, en el control policial San Gerónimo se procede a detener la marcha del vehículo de la “Cooperativa Valle del Chota” disco N.º 21, con placa número IAK-509, conducido por el ciudadano Guerrón Castro José Aníbal y como ayudante el señor Muñoz Carlos Fernando, procediendo a la requisa de los pasajeros y del interior del vehículo se encuentra en el portamaletas de los asientos 35-36 una maleta color plomo con celeste, luego de requerirse la presencia del propietario Chamba Augusto Gualberto, se encuentran tres paquetes de forma ovalada envueltos con cinta de embalaje color café y en su interior una sustancia granulada color blanquecino posiblemente coacina.
DELITO	Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.	Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.
AGRAVANTES	No se presentan.	No se presentan.
ATENUANTES	Se solicita, pero no se conceden.	En la primera instancia se menciona su existencia, pero en la práctica no se aplica. En segunda instancia se aplican y reduce la condena.
PENA	Diez años de privación de libertad para el señor Carlos Homero, Guapacho Sánchez y multa de 40	En primera instancia se le da una pena de doce años, sin embargo, en la apelación se reduce a seis años,

	<p>salarios básicos unificados del trabajador. Por ser autor directo del delito de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización (marihuana), en el sub tipo de transporte tipificado y sancionado en el Art. 220 del COIP, numeral 1 literal d) en relación al numeral 10 del artículo 70 del COIP.</p> <p>En cuanto al procesado Manolo Ernesto Jácome Guerrero se ratifica su inocencia.</p>	ocho meses de privación de libertad y 20 salarios básicos del trabajador.
MOTIVACIÓN	<p>La motivación gira alrededor de que el autor participó en el transporte de sustancias estupefacientes catalogadas a fiscalización. Los argumentos son ambiguos a la hora de determinar la responsabilidad material de la infracción, el nexo causal con el imputado y el daño ocasionado. Es decir, el daño causado es la salud y el buen vivir.</p>	Se fundamenta en demostrar la participación del imputado en la materialidad de la infracción y la participación en el hecho delictivo.

En este caso a pesar de que el delito es el mismo, la diferencia está en que en Mascarilla se encuentran 48 paquetes, mientras que en San Jerónimo se encuentran 3 paquetes. La conducta de los imputados es de colaborar con la justicia y aunque, el señor Guapacho no pide disculpas, aporta con información suficiente que permite establecer la responsabilidad penal.

En el primer caso se analiza la materialidad de la infracción, la existencia del nexo causal en relación con el Art. 70 numeral 10 que define la forma como se ha de imponer la multa. El Art. 220 del COIP señala que en el delito antes mencionado la pena puede ir de 10 a 13 años, es decir, el Juez le da la pena más baja, 10 años, considerando que la cantidad de marihuana que transportaban era de alta escala esto es de: 23806 gramos. El tribunal considera que “no se han podido justificar las circunstancias atenuantes generales, establecidas en el Art. 45, numerales 5 y 6 del COIP, puesto que el señor Guapacho fue detenido en delito flagrante de sustancias catalogadas como sujetas a fiscalización” (fj.111b). El Tribunal argumenta con

base en el Art, 44 del COIP, que para modificar la pena por la presencia de circunstancias atenuantes, imperiosamente deben concurrir dos de estas circunstancias” (fs.111).

En el segundo caso, para el señor Carlos Alberto Chamba Chamba, la pena es de 8 años y seis meses y multa de veinte salarios mínimos, es decir, que la pena se aplica utilizando la Resolución N.º 001 del CONSEP donde la gran escala para cocaína debe ser mayor a 2000 y en el presente caso el peso dio 3.000 gramos, es decir, que la pena según el Art. 220 del COIP debió haber sido entre 10 y 13 años; sin embargo, el tribunal considera atenuantes por “reconocer su participación en el hecho punible, dar un testimonio verdadero y creíble, en cuando a su participación en el hecho y colaborar de esta forma con la justicia, incluso solicitando pública disculpa”(fs. 59); por ello la sentencia se reduce.

Según Santos (2018) la resolución N° 12-2015, de la Corte Nacional de Justicia que señala cuando se trate de concurso real de infracciones, previsto en los Arts. 20 y 55 del COIP, en relación al tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, resolvió que:

Al tratarse de las descripciones típica contenidas en el Código Integral Penal, artículo 220.1, la persona que con un acto incurra en uno o más verbos rectores, con sustancias estupefacentes, sicotrópicas o preparados que las contengan, distintos y en cantidad iguales o diferentes, será sancionada con el pena privativa de libertad acumulada según sea la sustancia o psicotrópica o estupefaciente, o preparado que la contenga, y su cantidad, pena que no excederá del máximo establecido en el artículo 55 del COIP. (Santos, 2018, p. 357)

Para Santos (2018) dicha resolución violenta el Principio de Constitucionalidad que debe existir entre el delito y la pena, además de atentar contra la progresividad de los derechos (p. 357). Añade el autor que la acumulación de penas violenta el Derecho a la Libertad por el cual el ser humano ha luchado por toda su vida. El autor hace una crítica y dice que la acumulación de penas en el concurso real de infracciones, sin una base científica va en contra de la rehabilitación y reinserción social del delincuente. También se cuestiona la resolución en el sentido de que en caso de que una persona trafique con cantidades mínima, mediana y alta que por ley permiten acogerse al procedimiento abreviado, de acuerdo con la resolución no se aplicaría de manera que hay una contradicción con el Art. 635 del COIP, es decir, que con ello se vulnera uno de los fines del derecho penal contemporáneo que es el de prevención general positiva y más bien se prefiere el castigo conforme la teoría del derecho penal del

enemigo que, según Santos (2018) se empeña en aislarle al delincuente del entorno social porque se lo considera un delincuente (p. 359).

Bajo este contexto lo apropiado para imponer una pena debería ser que se aplique el concurso ideal de infracciones, “puesto que los delitos son subsumibles en la misma conducta, mas no pueden considerarse como delitos autónomos e independientes” (Santos, 2018, p. 360), es decir, que la tendencia que se observa es la aplicación del derecho penal del enemigo, más no la del derecho general positivo o del garantismo penal. Los casos son bastante ilustradores: mientras en el primero, la sanción es de diez años y 40 salarios básicos del trabajador ($394 \times 40 = 15760$), es decir, que por cada año de prisión además tiene que obtener un aproximado de 1500 dólares sin condiciones de poder trabajar, aparte de los gastos en los que incurre la familia o deja de percibir.

La conducta solo se analiza desde el punto de vista de la infracción y no hace relación alguna con el trasfondo de su situación. Lai (2012), señala que “para evaluar la gravedad de un delito de tráfico y posteriormente decidir una pena proporcionada, se deberían examinar también el papel desempeñado por el autor del delito, sus ganancias y motivaciones, y el tipo y la cantidad de drogas” (p. 15). Por otro lado, señala que tienen efectos socioeconómicos en los grupos marginados, pues, las penas no solo que son desproporcionadas sino también ineficaces y representan un factor de incidencia en la superpoblación de las prisiones y la sobrecarga de los sistemas de justicia penal de todo el mundo. En los casos anteriores lo que se ha penalizado es el transporte y la dimensión de la pena se ha definido en función de la cantidad transportada; sin embargo, no se analiza la relación que tiene con la salud y el buen vivir que es el bien jurídico tutelado en este caso, puesto que no hay vínculo directo entre la persona que transporta y la persona que consume, pues, en ninguno de los dos casos se encuentra que haya distribución y menos promoción de su consumo. La fiscalía o los jueces nunca preguntaron, averiguaron o tomaron medidas de la otra persona que aparece en el caso del señor Guapacho, no les interesó conocer qué rol jugaba dentro de la comisión del delito.

Ivonne Rojas (2010) señala que “el Derecho Penal debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos, según el grado de afectación al bien jurídico” (p. 89). Lo que llama la atención en este caso es que el transporte de sustancias sujetas a fiscalización este tipificado en el mismo delito que contempla la distribución, el

expendio, etc. Por otro lado, se señala que no se puede reconocer la atenuante puesto que el señor Guapacho no se auto inculpa y reconoce su participación en el ilícito, pero se pasa por alto que el procesado es inocente hasta que se demuestre lo contrario y la demostración la debe hacer el Estado y no él; en tal sentido, la colaboración con la justicia no necesariamente tiene que estar ligada a auto inculparse sino más bien a acceder el procesado a no obstaculizar en el proceso y a colaborar con la información que le sea requerida que si la hizo, pero no se tomó en cuenta. Para Santos (2018) sin embargo la salud como bien jurídico tutelado es muy importante dentro de la sociedad y por lo tanto, “las penas que contempla nuestra legislación penal en el COIP no se compadecen con la importancia del bien jurídico tutelado, la salud pública y la vida misma” (p. 354) y que la gran escala, según él, que es de diez a trece años, no sería proporcional al daño causado. Esto demuestra que el tráfico de drogas está visto como un delito que lesiona sustancialmente los valores de la sociedad ecuatoriana.

6.3 Robo

No DE CASO	5 (10281-2016-00534)	6 (10281-2016- 00733)
Procedimiento	Directo	Directo
DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS	El 31 de julio del 2015 se pone en conocimiento de las autoridades policiales por parte de la señora Diana Aguirre Castillo, que el día 29 de julio del 2015 ella dejo su domicilio para trasladarse al cantón Pimampiro y que a su regreso el día viernes 31 de julio del 2015, observó que le habían sustraído un televisor plasma de 32 pulgadas, un lote de joyas valorado en 3000 dólares aproximadamente y 50 dólares en efectivo. Luego de la revisión al domicilio se encontraron huellas dactilares del señor Mármol Aldaz Jorge Javier.	El 6 de mayo del 2016 aproximadamente a las 16:00, personal policial se traslada a las calles Obispo Jesús Yerovi y Dr. Raúl Montalvo, donde tomaron contacto con el señor Kevin Alexander Hidalgo Chapí, quien había denunciado la sustracción de un teléfono celular de su propiedad y los de su amiga, por parte del señor Holger Moposita, mediante amenazas y con la participación de dos señoritas. Luego de su detención el señor Moposita se comunica con las dos señoritas y acceden a devolver los teléfonos en la Playita.
DELITO	Robo, Art. 189 inciso 2	Robo, Art. 189 inciso 2 en calidad de coautor.

AGRAVANTES	Se considera reincidencia en primera instancia, lo que agrava la pena del imputado.	El imputado es sentenciado por reincidencia, lo que agrava la pena al máximo más un tercio.
ATENUANTES	En apelación se cambia el delito de robo por hurto y se reduce sustancialmente la pena.	No hay atenuantes.
PENA	Un año de privación de libertad y multa de 3 remuneraciones básicas del trabajador.	Cuatro años y ocho meses de privación de libertad y multa de 13 salarios básicos unificados del trabajador.
MOTIVACIÓN	Gira alrededor de establecer la materialidad de la infracción, en el hurto, que el mismo autor reconoce, lo que facilita al Juez la posibilidad de establecer la materialidad de la infracción y el nexo causal.	Se fundamenta en la participación del imputado en el delito de robo en calidad de coautor y la gravedad del daño que consiste en robo con amenazas.

En este caso, se encuentra que a pesar de ser mayor el robo en el primer caso, se puede evidenciar que la pena es mucho menor (1 año) en relación con el robo del celular que es de 4 años y 8 meses. En el primer caso el Tribunal llega a la conclusión de que el delito que cometió Javier Aldaz es robo y, por lo tanto, lo sentencian a seis años y ocho meses de privación de libertad, y la multa de doce salarios mínimos del trabajador.

En la apelación, el Tribunal llega a la conclusión de que no se usó la fuerza y por lo tanto el delito es el de tipificado en el Art. 196 del COIP. - Hurto, por ello la sentencia es de un año y tres salarios básicos unificados del trabajador. En este caso hay un aspecto importante y es que al no ser robo sino hurto son dos delitos diferentes y por ello el Tribunal de segunda instancia reduce sustancialmente la pena ya que no aplica la reincidencia que tuviera en cuenta el Tribunal de primera instancia.

En el segundo caso, la sentencia del tribunal se fundamenta en el delito tipificado en el Art. 189 del COIP. - Robo. - cuando el robo se produce únicamente con fuerza en las cosas, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. que, a pesar de que el ciudadano Moposita es considerado cómplice, su acto es reincidente, pues, según el Tribunal

fue sentenciado dentro del proceso N.º 17782-2015-0908 de la Unidad Judicial de Garantías Penales de Pichincha, por el delito de robo con sentencia condenatoria, donde se le impuso la sentencia de 6 meses de privación de libertad. El elemento fundamental que hace la diferencia en los dos casos es que en el primer caso el sentenciado, en la apelación pudo justificar de que no hubo fuerza; mientras que, en el segundo caso, los testigos que lo reconocieron afirmaron que la apropiación del teléfono se produjo a través de amenazas, es decir la diferencia de pena obedece más bien al cambio en el tipo penal, de robo a hurto.

Según Santos (2018), hay una tendencia que considera que los delitos que afectan al patrimonio deberían ser tratados en el ámbito civil; sin embargo, el autor señala que las penas establecidas en esta clase de ilícitos son carentes de proporcionalidad (p. 350), lo que no especifica el autor es en qué sentido, pues, la carencia de la proporcionalidad puede ir hacia arriba o hacia abajo. Sin embargo, como se puede apreciar, por ejemplo, una persona que es privada de su libertad y tiene que pagar los costos de una pena pecuniaria vienen a agravar su situación teniendo presente que el privado de la libertad no tiene acceso al trabajo y su permanencia en un centro de reclusión representan costos para la familia, incluyendo las costas procesales del juicio, es decir, que además de imponer una pena de privación de libertad, se adiciona una pecuniaria, aunque conceptualmente no se considere como tal, contiene un doble efecto para el procesado.

6.4 Muerte culposa. Tránsito

No DE CASO	7 (10281-2016-01297)	8 (10281-2017- 01189)
PROCEDIMIENTO	Abreviado	Directo
DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS	El día 28 de agosto del 2016, en la panamericano norte, el ciudadano Fuel Mejía Jefferson Paúl, conduciendo una motocicleta color azul que perdió pista a la altura del Rio Tahuando, que produjo la caída de los pasajeros, la señora López Guaian Denisse Brigitte quien falleció producto del accidente y la	El día 29 de junio del 2015, se produce un accidente de tránsito por pérdida de carril con un muerto y un herido, en el lugar se encontraban dos cuerpos policiales de Ambuquí y la Sgto. Ligia Rivera dando primeros auxilios al herido, Marco Vinicio Rodríguez Borja (conductor), para el posterior traslado al Hospital San Vicente de Paul, y verificando el

	niña Fuel López Jade Ixchel, quien resultó herida por la misma causa.	estado de salud de la señora Cintia Caterine Carabalí Ayala la misma que se encontraba sin signos vitales.
DELITO	Muerte culposa, sancionado y tipificado por el Art. 377 inc. 1 COIP.	Muerte culposa, sancionado y tipificado por el Art. 377 inc. 1 COIP.
AGRAVANTES	No existen	No existen.
ATENUANTES	Se atenúa la pena en virtud de la pena natural.	Se atenúa la pena en virtud de la pena natural.
PENA	Presentarse durante ocho meses ante el Juez de Garantías Penales a quien corresponda el control de la suspensión de la pena privativa de libertad.	Pena Natural que consiste en: A) trabajo comunitario en la Fundación Francisco de la calle, b) Suspensión de la licencia de conducir durante ocho meses a contarse desde la ejecutoria de esta sentencia y c) multa de tres remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general, la multa deberá ser cancelada mientras dure la condena.
MOTIVACIÓN	La sentencia se fundamenta en un delito culposo que es el resultado de la inobservancia, la negligencia y la imprudencia en el momento de conducir.	La sentencia se fundamenta en que el delito culposo es el resultado de la inobservancia y negligencia en el momento de conducir.

En el primer caso se observa que la pena al señor Jefferson Paul Mejía, de ocho meses, se define por la muerte de la madre la señora Daniza Brigitte Lopez Guajàn quien viajaba en la motocicleta junto con la hija del señor Jefferson. El Tribunal, luego del análisis y por pedido de su defensor y al no haber oposición de la Fiscalía decide la suspensión condicional de la pena con base en el Art. 631 del COIP, el cual señala que la persona sentenciada durante el período que dure la suspensión condicional de la pena cumplirá con las siguientes condiciones:

1. Residir en un lugar o domicilio determinado e informar cualquier cambio del mismo a la autoridad competente que establezca la o el juzgador.
2. Abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas.
3. No salir del país sin previa autorización de la o el juez de garantías penitenciarias.
4. Someterse a un tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza.
5. Tener o ejercer un trabajo, profesión, oficio, empleo o voluntariamente realizar trabajos comunitarios.
6. Asistir a algún programa educativo o de capacitación.
7. Reparar los daños o pagar una determinada suma a la víctima a título de reparación integral o garantizar debidamente su pago.
8. Presentarse periódicamente ante la autoridad designada por la o el juzgador y en su caso, acreditar el cumplimiento de las condiciones impuestas.
9. No ser reincidente.
10. No tener instrucción fiscal por nuevo delito. (COIP, 2014)

Pese a que no se analiza el Principio de Proporcionalidad el Tribunal si considera algunos aspectos fundamentales para aliviar las condiciones del sentenciado y esto es que primero, la pena que se le da es de ocho meses y la multa proporcional de 3 SBU del trabajador. Para dictar la sentencia el juzgador también considera las atenuantes citadas en el Art. 45, numerales 4 y 6.

En el segundo caso, se observa que el señor Marco Vinicio Rodríguez Borja, como resultado del accidente queda viudo porque la víctima es su esposa la señora Cinthia Catherine Carabalí Ayala; por lo tanto, el juez le impone la pena natural que integra tres elementos que son: trabajo comunitario por 240 horas, suspensión de licencia de conducir y multa de tres RBU. En la sentencia se observa que el Tribunal analiza el Principio de Proporcionalidad, es decir, que se hace un razonamiento previo para la imposición de la pena, lo cual cumple con lo que establecen algunos tratadistas con respecto a la proporcionalidad.

Santos (2018) considera que cuando se produzca la muerte y el conductor se halle bajo los efectos del alcohol o sustancias estupefacientes sujetas a fiscalización la pena establecida en el COIP en el Art. 376 es benigna, puesto que el conductor “a sabiendas de que debe conducir y por tanto respetar la vida y la integridad de las personas física de los demás, ingiere licor o consume estupefacientes incurre en un delito provocado con dolo eventual” (p.355); Sin embargo, en los casos antes descritos las dos personas que cometieron el ilícito también fueron víctimas puesto que perdieron a sus seres queridos, por lo que el Tribunal los sentencia bajo el Art. 372 del COIP.

Si bien en los casos analizados se aplica la pena natural no se puede dejar de mencionar que en las contravenciones de tránsito se aplica una sanción que contiene tres elementos

constitutivos: privación de libertad, multa y reducción de puntos en la licencia. Castañeda (2015), en su investigación sobre Las Sanciones en las Contravenciones de Tránsito Vulnera el Principio de Proporcionalidad afirma que “al aplicarse tres sanciones por una sola infracción se vulnera el Principio de Proporcionalidad establecido en la Constitución de la República en el Art. 76 numeral 6” (p. 63). Por otro lado, vale señalar lo que ha sido manifestado por muchos penalistas que el incremento de las penas no resuelve el problema que se ataca.

6.5 Homicidio

No DE CASO	9 (10332-2017-00229)	10 (10281-2017- 01189)
PROCEDIMIENTO	Ordinario	Ordinario
DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS	El día 30 de noviembre del 2011, efectivos policiales se trasladan a la comunidad Perafán de la parroquia Imantag del cantón Cotacachi, ya en el lugar constatan la presencia de un cadáver de nombres Edwin Manuel Morales Perugachi quien fue apuñalado tres veces por el ciudadano de nombre José Antonio Guitarra Zuguli.	El día 17 de diciembre del 2017 el cuerpo de policías de Lita para posteriormente trasladarse a la comunidad Palo Amarillo donde se comunican con la señora Janeth Yépez Pozo, quien manifiesta que su padre el señor Francisco Pio Yépez quien se había presentado con cortes en el cuello, quien inmediatamente fue trasladado al sub centro de salud de San Juan de Lachas y posteriormente al Hospital San Vicente de Paul, la victima señala a su agresor al señor Pasuy Flores Issac Jónas y el señor Minda Benalcázar Walter Marcelo, quienes fueron arrestados inmediatamente.
DELITO	Homicidio	Homicidio
AGRAVANTES	No se presentan.	En la apelación se declara culpable al infractor y se establece la pena de tres años y cuatro meses.

ATENUANTES	No se presentan.	En primera instancia se lo declara inocente, pero en la segunda se lo declara culpable.
PENA	Cuatro años de privación de libertad.	Tres años y cuatro meses de privación de libertad y multa de diez salarios básicos unificados del trabajador.
MOTIVACIÓN	La motivación gira en establecer la materialidad de la infracción que es el homicidio, y la responsabilidad del imputado.	La motivación en primera instancia se centra en que no hay infracción y que es el resultado de una riña y que el delincuente hace uso de la navaja que es instrumento personal que porta en la actividad de los gallos. En apelación el análisis se centra en que la posesión de la navaja y la lesión son intrascendentes y lo que es imputable es la intención que hay de causar daño, sin importar cuan pequeño sea el instrumento utilizado.

En el caso de los procesados Pasuy Flores Isaac Jonás, el Tribunal de Primera Instancia llega a determinar que el ilícito que se cometió, corresponde a un delito del ejercicio privado de la acción, puesto que el agredido señor Francisco Pío Yépez, resultó por una pelea de gallos, y que la navaja con la que el señor Pasuy Flores Isaac Jonàs le causó las heridas forma parte de su instrumental para preparar a los gallos. La fiscalía por su parte alegó tentativa de homicidio, pero prevaleció la decisión del Tribunal de Garantías Penales, no obstante, fiscalía apela y la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia, revoca la sentencia dictada por la primera instancia y declara a Isaac Jonás Pazuy Flores, autor directo del delito de tentativa de homicidio, conforme los artículos 144 y 39 del COIP en concordancia con el Art. 42, numeral uno, por lo cual le impone la pena de tres años y cuatro meses y una multa de diez salarios básicos unificados del trabajador.

La decisión varía por el concepto del delito, pues, en primera instancia el Tribunal argumenta que a pesar de que las tres heridas han sido producidas en el cuello de la víctima y al ser estas superficiales, así como por no representar gravedad, ni poner en probabilidad de muerte a la víctima, y al ser la navaja pequeña y de uso en la actividad de los gallos, considera que

no tuvo intención de matar a la víctima, sino que su intención fue dirigida a lesionarlo. En cambio, la Sala Multicompetente llega a la conclusión de tentativa de homicidio con base en el siguiente argumento:

No es exacto que el delito de lesiones absorba la tentativa de homicidio, y que, por lo mismo, solo se deba ser sancionado el culpable por las lesiones; por el contrario, cuando hay propósito de matar, el homicidio en grado de tentativa, absorbe el delito de lesiones. El que no mata, a pesar de haber empleado actos idóneos para hacerlo y de haberse empleado con el fin determinado de dar muerte, es responsable de homicidio en grado de tentativa, ya que este delito, si no se basa en el resultado, si se funda, en contra del agente, en su intención de homicida. En el delito de lesiones la intención debe interpretarse como el propósito general de dañar la integridad corporal de las personas, sin que el agente del delito haya tenido la voluntad de matar, pues si tuvo esta finalidad se estará en presencia de una verdadera tentativa de homicidio, de donde resulta que el elemento intencional de lesiones contiene en sí mismo uno negativo que consiste en la ausencia de voluntad del homicida. De aquí que el dolo de las lesiones es excluido por la intención directa de matar que lleva la tentativa de homicidio, y es una cuestión de hecho establecer cuando concurre este propósito, el cual, ciertamente, no puede deducirse de la naturaleza de las lesiones inferidas, pues son las circunstancias del caso las únicas que puedan señalar si el autor quiso ir más allá y deseó la muerte de la víctima. (fs. 111).

De lo anterior se puede evidenciar así mismo que el análisis no se realiza en función de la proporcionalidad de la pena sino en la naturaleza de los hechos y la intención de causar daño. Esto termina agravando la condición del sentenciado, mientras que en el tribunal de primera instancia es ratificada su inocencia, en la Sala Multicompetente se declara culpable y en consecuencia se lo sanciona por tentativa de asesinato.

En el caso del señor José Antonio Guitarra Zuguli el Tribunal lo condena a 8 años de reclusión ordinaria mientras que la Sala Multicompetente reduce a 4 años la pena. Los argumentos del Tribunal se realizan en base al momento de cometer los hechos comparan el delito entre el Código Penal anterior y el COIP, de lo cual llegan a la conclusión de que la pena más benigna es la de ocho años establecida en el Código Penal anterior que va de ocho a diez años, pese a considerar dos atenuantes que son: ejemplar conducta observada por el culpado con posterioridad a la infracción y conducta que revele que se trata de un tipo peligroso, la sentencia se mantiene en los ocho años. La Sala Multicompetente en cambio considera que:

Las atenuantes también llamadas eximentes incompletas, son causas que atenúan la pena por ser menor la culpabilidad, para que puedan apreciarse deben concurrir los elementos esenciales de eximentes respectiva. Dentro de las circunstancias modificativas en general se encuentran las circunstancias atenuantes, que tienen como efecto disminuir la pena de acuerdo a las reglas previamente establecidas, En nuestra legislación, (...) estas circunstancias son accidentales, pues no dependen de las características del delito sino de su gravedad, (fs. 111).

De esta manera la sala considera que no se modificó la pena, pues, el Tribunal a quo ha establecido que “la conducta del procesado es conforme al Art. 449 del Código Penal, con las circunstancias atenuantes 6 y 7 del Art. 29 Ibidem, debiendo modificarse la pena impuesta por el Tribunal Penal conforme lo dispone el Art, 72 del Código Penal” (fs. 111). Se observa un análisis justo de la Sala Multicompetente ya que en realidad la decisión anterior no modificaba la pena, solo la mantenía el mínimo establecido 8 años, pese a que contemplan las dos condiciones que justifican que se apliquen la atenuante.

Con relación a este caso se produce un beneficio de rebaja del 50% de la pena del procesado de ocho a cuatro años, lo que es significativo dentro del delito de tentativa de asesinato; sin embargo, se debe señalar que la gravedad del daño es mayor que el primer caso, puesto que la víctima recibe tres puñaladas que le producen la muerte. Como se relata, el señor Manuel María Morales ha sido abordado por el procesado José Guitarra Sugulí, quien luego de increparle de porqué mantenía una relación amorosa con su cónyuge la Sra. Laura Méndez Cabezas, ha procedido a agredirle con un arma corto punzante asestándole con un cuchillo varias puñaladas en su humanidad, mismas que posteriormente le han causado la muerte (fs. 106).

7 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

7.1 CONCLUSIONES

De la investigación se ha llegado a las siguientes conclusiones:

El Principio de Proporcionalidad tiene como fin analizar si las leyes penales, establece la comunicación entre el daño causado a un bien jurídico protegido, a través de que se ha cometido un acto típico, antijurídico y culpable con la pena que ha de imponerse al autor del acto, por lo que trata de inspeccionar si en la ley penal existe una aplicación lógica, racional,

sustentada en estudios de profesionales que se hallan directamente relacionados con el tratamiento del delito, quienes están en mejores condiciones de proponer sus criterios sobre una base científica y técnica, que justifique la aplicación de una pena a un determinado delito y reciba una pena justa y proporcional al daño causado.

El Principio de Proporcionalidad está ligado a la teoría de los derechos fundamentales y el garantismo propuesto por Ferrajoli; por lo tanto, siendo la Constitución la norma fundamental para definir el grado de intervención penal que se debe realizar a un derecho fundamental cuya finalidad debe ser limitar un derecho en busca de un beneficio mayor.

Ferrajoli, Roxin, Bernal, Zafaroni, Robert Alexy, entre otros, coinciden en que para la aplicación del Principio de Proporcionalidad deben observarse los tres sub principios que son: idoneidad, necesidad o medio alternativo y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Cada uno de ellos según Bernal contiene sus propias técnicas de argumentación para su aplicación.

En el Código Orgánico Integral Penal, según Santos (2018) es inadecuado el Principio de Proporcionalidad, es decir que hay desproporción en algunos delitos, puesto que algunos producen mayor daño a la sociedad como el tráfico de drogas, el asesinato y la sanción es laxa, en comparación con las penas establecidas para quien violenta la libertad de expresión y que la base para establecer la sanción debe ser el bien jurídico tutelado.

En los casos revisados, las sentencias no contienen un apartado claro y preciso que se refiera a la determinación de la pena. Luego del establecimiento del nexo causal y la declaración de culpable, inmediatamente se pasa a dictar sentencia sin motivación alguna sobre los parámetros que conducen al juez a determinar la pena de privación de libertad y la pena punitiva. Pese a que el COIP en el Art. 70 establece los parámetros para la aplicación de las multas, esto no se describe y en algunos casos ni siquiera se cita para su establecimiento.

De los casos revisados, solo uno hace un análisis previo del Principio de Proporcionalidad a la hora de determinar la pena, los demás si bien contienen razonamientos sobre el daño causado no lo hacen en la misma medida sobre la proporcionalidad de la pena, es decir que el análisis se centra en el bien jurídico tutelado, lo cual está bien, pero se deja a la imaginación del sentenciado los fundamentos con los cuales se determina la pena, y más

bien se escuda en lo que establece el COIP que, al menos en el caso de drogas contiene penas privativas de libertad y pecuniarias excesivas y además difíciles de establecer la relación entre el daño causado y la conducta del individuo.

7.2 RECOMENDACIONES

Una primera recomendación es incluir el principio de proporcionalidad dentro de las garantías del derecho al debido proceso; pues, en el caso ecuatoriano, hasta la actualidad, no ha sido desarrollado apropiadamente en la norma jurídica secundaria, por parte de quienes tienen la facultad para hacer leyes, esto es la Función legislativa, pues, se ha tergiversado incluso su sentido, ya que los jueces interpretan las normas penales, a efecto de imponer una pena proporcional, llegando a confundir al principio de proporcionalidad, con la facultad que tiene el juzgador para manejarse dentro de los límites fijados por la norma legal, procediendo con cierta discrecionalidad, al momento de imponer una sanción.

Es recomendable que las sentencias deben llevar luego de la declaración de culpabilidad un apartado claro y preciso que diga “Determinación de la pena” en el deberá establecerse con claridad los principios rectores para cuantificar el tiempo de la privación de la libertad, la pena pecuniaria y las otras medidas que conducirán a la reinserción social del individuo. Esta determinación de la pena, como se observa en algunas sentencias, debe partir del análisis del daño ocasionado y del bien jurídico tutelado en cada caso, bajo la perspectiva de que lo que se busca es un sistema de justicia restaurativa, donde el sentenciado tenga la oportunidad de rehacer su vida, cuyo eje central debe ser la proporcionalidad.

En cada proceso de juzgamiento se deben aplicar las técnicas recomendadas por Bernal Pulido y tener en cuenta los siguientes requerimientos: a) exigencia de la menor injerencia posible o de mínima intervención, lo que significa que la sanción debe ser la menos grave posible, observando el daño causado al bien jurídico; b) exigencia de fragmentariedad, esto es que el legislador no está facultado para sancionar todas las conductas delictivas, sino aquellos susceptibles de protección penal; y c) la exigencia de subsidiariedad, esto quiere decir que solo debe recurrirse como medio de *última ratio*, cuando los demás medios del ordenamiento jurídico no sean capaces de garantizar la tutela del bien jurídico tutelado.

En la legislación penal ecuatoriana necesariamente debe ser revisada y ajustada de manera que se institucionalice un verdadero Estado de Derecho, donde la justicia penal tenga instrumentos técnicos para aplicar el Principio de Proporcionalidad y esté enfocada en promover la justicia restaurativa, que en lugar de incrementar el tiempo de las penas y de justificar un estado punitivo, debe analizar opciones de aplicación de penas alternativas.

Se debe profundizar, en el derecho penal, sobre la posibilidad de desarrollar sistemas de alternativas a la privación de libertad, puesto que su aplicación está por demás demostrado que no ha logrado la restauración social, sino que tiene fuertes impactos en las condiciones de vida del infractor pues generalmente provienen de los estratos sociales más complejos y difíciles, ya sea por su condición económica, social o cultural.

8 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abril, K. (2013). *El principio constitucional de proporcionalidad punitiva: juzgamiento de la tgenencia de estupefacientes en el cantón Cuenca*. Cuenca: Tesis de pregrado en formato PDF Universidad de Cuenca.
- Alexy, R. (2008). La fórmula del peso. En M. Carbonell, *Argumentación jurídica. El uso de la ponderación y la proporcionalidad* (pág. 387). Quito: Editoria Jurídica.
- Avila, R. (2012). *Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano*. Quito: UASB.
- Baño, J. C. (2010). *EL Principio de Proporcionalidad en la Justicia Constitucional*. Quito: USB.
- Beccaria, C. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas*. Madrid: Committee.
- Bernal, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernal, C. (2014). El Principio de Proporcionalidad de la Legislación Penal. En M. Carbonell, *Argumentación Jurídica: El uso de la Ponderación y la Proporcionalidad* (págs. 267-304). Quito: Editorial Jurídica.
- C.R.E. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito.
- Carbonell, M. (2008). El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales. En M. Carbonell, *El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales* (pág. 9). Quito: Ed.
- Clérico, L. (2014). El examen de proporcionalidad: entre el exeso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. En M. Carbonella , *Argumentación jurídica: El uso de la ponderación y la proporcionalidad* (págs. 169-221). Quito: EditoriaJuridica.
- COIP. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Constitución Política de Ecuador. (2008). *Constitución Política de Ecaudor*. Montecristi: Ediciones Legales.
- Corte Constitucional. (2013). Sentencia N° 037-13-SCN-CC. Quito.

- Corte Constitucional. (2015). Sentencia N° 047-15-SIN-CC. Quito.
- Corte Constitucional. (2016). Sentencia N° 025-16-SIN-CC. Quito.
- Cusi, J. (2018). El principio de proporcionalidad en el proceso penal. *Revista Boliviana de Literatura Jurídica*, 1-8.
- Ferrajoli, L. (2006). Garantías y Derecho Penal. En J. Sotomayor, *Garantismo y Derecho Penal* (págs. 3-9). Bogotá: TEMIS S.A. .
- Fioravanti, M. (2014). *Constitucionalismo Experiencias Históricas y Tendencias Actuales*. Madrid: Trotta.
- Gavilanes, M. (2013). *La aplicación constitucional del Principio de Proporcionalidad en las sanciones penales*. Quito: Tesis de grado sin publicar USFQ.
- Lai, G. (2012). Drogas crimen y castigo proporcionalidad de las penas por delitos de drogas. *International Drug Policy Consortium*, 1-16.
- Lopera, G. (2014). Principio de Proporcionalidad y Control Constitucional de las Leyes Penales. En M. Carbonell, *Argumentación Jurídica: El uso de la Ponderación y La Proporcionalidad* (pág. 223). Quito: Editorial Jurídico.
- Lorca, I. (2014). *Principio de Proporcionalidad y Neoconstitucionalismo*. Medellín: Sello Editorial.
- Rojas, Y. (7 de Noviembre de 2016). *Ciencias Penales*. Obtenido de Ciencias Penales: http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/7_la-proporcionalidad-en-las-penas.pdf
- Santos, J. (2018). *La proporcionalidad entre el delito y la sanción penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Sapag, M. (2008). *El Principio de Proporcionalidad y de Razonabilidad como límite Constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado*. Cundinamarca: Díkaion.
- Sierra, H. (2011). *Sentencia T-799 de 21 de octubre de 2o II, M.P.* Bogotá.
- Valarezo, M. (2012). *Proporcionalidad entre Penas y Delitos*. Quito.
- Villaverde, I. (2014). La Resolución de Conflictos entre Derechos Fundamentales. El Principio de Proporcionalidad. En M. Carbonell, *Argumentación Jurídica: El uso de la Ponderación y La Proporcionalidad* (pág. 153). Quito: Editorial Jurídica.
- Yenissey, I. (2010). Proporcionalidad en las penas. *Pensamiento Penal*. Sentencia N° 10281-2015-01189 (Tribunal de Garantías Penales de Imbabura 29 de Junio de 2015).

Sentencia N° 10281-2016-00559 (Tribunal de Garantías Penales de Imbabura 5 de Abril de 2016).

Sentencia N° 10281-2016-00733 (Tribunal de Garantías Penales de Imbabura 30 de Septiembre de 2016).

Sentencia N° 10281-2016-01297 (Tribunal de Garantías Penales de Imbabura 28 de Agosto de 2016).

Sentencia N° 10281-2017-00245 (Tribunal de Garantías Penales de Imbabura 13 de Febrero de 2017).

Sentencia N° 10281-2017-01092 (Unidad Judicial de Garantías Penales con Sede en el Cantón Ibarra 27 de Julio de 2017).

Sentencia N° 10281-2017-01995 (Tribunal de Garantías Penales de Imbabura 18 de Diciembre de 2017).

Sentencia N° 10281-2018-02652 (Tribunal de Garantías Penales de Imbabura 27 de Diciembre de 2018).

Sentencia N° 10332-2017-00229 (Tribunal de Garantías Penales Imbabura 04 de Abril de 2017).

Sentencia N° , 10281-2016-00559 (Tribunal de Garantías Penales de Imbabura 05 de Abril de 2016).