



**UNIVERSIDAD LAICA VICENTE ROCAFUERTE DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO
CARRERA DE DERECHO**

**PROYECTO DE INVESTIGACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA
REPÚBLICA**

TÍTULO:

**“APLICACIÓN ADECUADA DE LA SANCIÓN NO PRIVATIVA DE
LIBERTAD DENTRO DE LA NORMATIVIDAD PENAL DE SERVICIO
COMUNITARIO”**

TUTOR:

DR. ARIEL SEPÚLVEDA SOTO MSc.

EGRESADAS:

**GEOVANNA FRANCO FRANCO CABEZAS
GABRIELA MERCEDES PINCAY MORÁN**

GUAYAQUIL – ECUADOR

2015 - 2016

CAPÍTULO I

El problema a investigar.

1.1. Tema

Aplicación adecuada de la sanción no privativa de libertad dentro de la normativa Penal de servicio comunitario.

1.2. Planteamiento del problema

La pena es el recurso que utiliza el Estado para reaccionar frente al delito, expresándose como la "*restricción de derechos del responsable*". Por ello, el Derecho que regula los delitos se denomina habitualmente Derecho Penal. La pena también se define como una sanción que produce la pérdida o restricción de derechos personales, contemplada en la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional, mediante un proceso, al individuo responsable de la comisión de un delito.¹

El origen etimológico de pena deriva del término en latín *poena* y posee una connotación de dolor causado por un castigo.

El Derecho Penal moderno aplica principios como el de proporcionalidad entre el delito y la pena buscando que la pena sirva para la rehabilitación del infractor.

Las penas se clasifican en penas restrictivas de libertad y restrictivas de los derechos de propiedad. Las penas restrictivas de libertad son: privativas de libertad, semi privativas de libertad y no privativas de libertad. Las juezas, jueces, o tribunales podrán imponer una o más

¹ Wikipedia <https://es.wikipedia.org/wiki/Pena> 11/04/2015 laus Roxin, Derecho Penal Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Madrid, 1997, pp. 267-270.

penas, según la gravedad de la infracción y la culpabilidad de la persona, respetando siempre el principio de proporcionalidad.

Dentro de las penas no privativas de libertad en la legislación universal podemos encontrar la de servicios comunitarios, entendidos como la cooperación voluntaria y personalísima no remunerada.

En la legislación ecuatoriana podemos encontrar la pena no privativa de libertad del Servicio comunitario establecido en el Artículo 60 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, que indica: "*Obligación de prestar un servicio comunitario*", y el Artículo 63 del cuerpo de ley antes mencionado, determina: "*Consiste en el trabajo personal no remunerado que se realiza en cumplimiento de una sentencia y que en ningún caso superará las doscientas cuarenta horas. En caso de infracciones sancionadas con penas de hasta seis meses de restricción de libertad, el servicio comunitario no se realizará por más de ciento veinte horas, respetando las siguientes reglas:*

1. *Que se ejecuten en beneficio de la comunidad o como mecanismo de reparación a la víctima y en ningún caso para realizar actividades de seguridad, vigilancia para generar plusvalía o utilidad económica.*
2. *Que el tiempo para su ejecución no impida la subsistencia de la persona con condena, pudiendo ejecutarlo en tal caso después de su horario de trabajo, los fines de semana y feriados.*
3. *Que su duración diaria no exceda de tres horas ni sea menor a quince horas semanales.*
4. *Que sea acorde con las aptitudes de las personas con discapacidades que hayan sido condenadas.*"²

También la encontramos en el Código de la Niñez y Adolescencia en el Capítulo III Medidas Socioeducativas no Privativas y Privativas de Libertad, en el Artículo 378 numeral 4 que señala lo siguiente: "*Servicio a la comunidad.- Son actividades concretas de beneficio comunitario que*

² Código Orgánico Integral Pena, Asamblea Nacional, 10/02/2014

*impone el juzgador, para que el adolescente las realice sin menoscabo de su integridad y dignidad, ni afectación de sus obligaciones académicas o laborales, tomando en consideración su edad, sus aptitudes, habilidades y destrezas, y el beneficio socioeducativo que reportan”.*³

El problema radica que tanto la normativa penal para adultos como para adolescentes, se establece la sanción de servicio comunitario no se determina qué y cómo debe cumplirse.

El Código Orgánico Integral Penal, hace un avance en particular por lo menos una autoridad que controle las sanciones provenientes de la aplicación de las sanciones por una conducta tipificada en la normativa penal y establece un régimen de penas no privativas de libertad y determina que exista un organismo técnico que es responsable de la administración, ejecución y verificación de las medidas y penas no privativas de libertad, dándole la capacidad de coordinar con las distintas entidades del sector público.

Es decir recién a partir del 10 de Agosto del 2014 se ha designado un organismo que dentro de sus funciones tiene la facultad de poder aplicar, controlar, coordinar la aplicación de la sanción y la medida socio educativa no privativa de la libertad, como es el servicio comunitario.

No existe reglamentación, ni estructuración donde se cumplirá la sanción estudiada, siendo éste y más requerimientos que van a salir como fruto en esta investigación.

1.3. Formulación del problema.

La sanción no privativa de libertad de servicio a la comunidad no tiene una estructura ni reglamentación lo que hace que su aplicación no tenga

³ Código de la Niñez y Adolescencia, Congreso Nacional, 03/01/2003

los efectos de rehabilitación, reinserción e integración a la colectividad y la sociedad no se nutre de ella.

1.4. Delimitación del problema

OBJETO DE INVESTIGACIÓN: Procesos de seguimiento de la aplicación de la sanción no privativa de la libertad de servicio a la comunidad.

CAMPO DE ACCIÓN: Derecho Penal, Derecho Penal de Tránsito, Derecho de Penitenciarias, Derecho de la Niñez y Adolescencia, Derecho Constitucional, que actualmente se encuentra compensado en el Código Orgánico Integral Penal, Libro I, II, y III.

LUGAR: Unidades Judiciales Penales, Unidades Judiciales de Flagrancia, Centro de Mediación del Consejo de la judicatura de la ciudad de Guayaquil.

TIEMPO: 2014

1.5. Justificación de la investigación

La investigación se justifica por cuanto las penas privativas de libertad así como la intervención penal son de última ratio, que en derecho es llevar a la esfera de aplicación del derecho penal el mínimo de conductas transgresoras.

La teoría sintética de la evolución darwiniana, en la evolución del *ius puniendi* establece que no ha sido lineal, pacífica y que por demás no apunta a límites concretos afirmando que el Derecho Penal "*camina hacia su propia tumba y será reemplazado por un nuevo derecho correccional construido sobre bases positivistas*" y nuestro estudio camina a investigar estos postulados en la aplicación de una sanción no privativa de libertad.

Muchos tratadistas han abordado este tema y emitido sus conceptualizaciones por lo que nuestra valoración toma en cuenta varios

conceptos entre los que se encuentran el de JAKO para el cual *"La pena es la reacción ante una violación de la norma"*, también resulta interesante el emitido por HOWES quien señalaba que *"La pena es un mal infringido por la autoridad pública a quien ha hecho u omitido lo que esa misma autoridad considera una transgresión de la Ley a fin de que la voluntad de los hombres esté por ello mismo, mejor dispuesta a la obediencia"* y finalmente valoramos el concepto que consideramos más acabado que fue el emitido por VIVES ANTÓN Y COBO DEL ROSAL al señalar que *"La pena es el castigo consistente en la privación de un bien jurídico (puede ser la libertad, parte del patrimonio o la vida) por la autoridad legalmente determinada a quien tras el debido proceso (garantías esenciales del proceso penal) aparece como responsable de una infracción del derecho, y a causa de dicha infracción debe ser responsable penalmente de la misma"*.

Evidentemente este último concepto agrupa todos los elementos que debe tenerse en cuenta para aplicar una pena justa, humana y equitativa como en derecho corresponde, pero no podemos olvidar que son los operadores del derecho y más concretamente los jueces quienes deben tener en cuenta estos elementos para que la pena no se desnaturalice y solo sea apreciada como una acción vindicativa y finalmente se convierta en un mero castigo.

Existen teorías que afirman que la intervención penal no es positiva en el infractor. Lejos de socializarse se estigmatiza, mancha en vez de limpiar. Crea la pena, en la persona del delincuente una desviación sugiriéndole un comportamiento futuro de acuerdo a su nuevo status. Como diría ANTONIO PABLOS GARCÍA *"a menudo no es la comisión de un delito el obstáculo real para la reinserción del infractor, sino el hecho de haber padecido una pena"*⁴, entonces la pena o sanción de servicio a la comunidad justifica su existencia y por ende se justifica el objeto de la investigación.

⁴ Monografías, <http://www.monografias.com/>

En cuanto a la función de la pena, es decir, el para qué se impone una pena, hay que tener en cuenta que no puede diferir de la función del Derecho Penal y que por tanto su función es la protección de los bienes jurídicos más importantes de los ataques más intolerables. En este sentido la función de la pena es la prevención del delito y no la realización de una justicia ideal, la pena de servicios comunitarios tienen una función y esa es la que vamos a investigar, definir y proyectar.

Definido los objetivos penales debemos involucrarnos en la experiencia en cuánto y cómo se la aplica, de un estudio a *priori* podemos observar que en algunas dependencias policiales y hasta judiciales hacen que un sancionado con esta pena haga trabajos comunitarios como pena no privativa de libertad, pero no hay políticas estatales para que éste trabajo cumpla un objetivo, una meta y sirva de provecho para organismos gubernamentales o no gubernamentales que sirven a la sociedad, para que sea reinsertado el condenado a una comunidad productiva.

El Código Orgánico Integral Penal trae ciertos parámetros de autoridad, encargado de aplicar esta sanción no privativa de libertad de servicio a la comunidad, pero se queda en enunciados que pretendemos y encontramos justificativos para enfocar este problema y darles soluciones posibles para el efectivo cumplimiento.

1.6. Sistematización de la investigación

Mediante sub preguntas que surgen del problema sinterizaremos la investigación de la siguiente forma:

- ¿Considera usted que el servicio comunitario siendo una pena no privativa de libertad, garantiza una rehabilitación social?
- ¿Cree usted que la aplicación del servicio comunitario es la más empleada al momento de sancionar una conducta?

- ¿Cree usted que la privación de la libertad garantiza la rehabilitación de las personas impuestas sentencias condenatorias?
- ¿Cree usted que la privación de la libertad afecta de alguna manera a las personas que cometen delitos por primera vez?
- ¿Cree usted que si el sentenciado se encuadra en los delitos que permite la suspensión condicional de la pena privativa de libertad, y cumple con las condiciones debe el Juez suspender la ejecución de esta pena?
- ¿Cree usted que con el nuevo modelo de justicia a través del Sistema Informático de Trámite Judicial (SATJE) el cual permite verificar si el procesado tiene algún antecedente judicial, ha disminuido el otorgamiento de suspensiones condicionales de la pena y la aplicación de la pena de trabajo comunitario?
- ¿Cree usted que la mayoría de las personas sentenciadas a quienes se les aplicaron la suspensión condicional de la pena han cumplido con el total de horas de su servicio a la comunidad?
- ¿Existe coordinación entre las Instituciones públicas y los operadores de Justicia para la prestación de Trabajo Comunitario?
- ¿Se hace un seguimiento a la pena no privativa de libertad de servicio comunitario que fija el Juez?
- ¿Está usted de acuerdo en que se cree un observatorio de control de trabajo comunitario, con el fin de que la ciudadanía sienta y evidencie la reparación del daño causado en su propia localidad?

1.7. Objetivos generales de la investigación

Investigar la estructura jurídica e institucional con la que cuenta el Estado ecuatoriano para el cumplimiento de la sanción no privativa de libertad de servicio comunitario.

1.8. Objetivos específicos de la investigación

Determinar las penas existentes en la legislación ecuatoriana.

Recaudar información sobre la aplicación de la pena no privativa de libertad de servicio comunitario.

1.9. Límites de la investigación

Legales: La investigación se encuadra en el Código Orgánico Integral Penal.

Área: Limitaremos la investigación a un derecho de los sentenciados a cumplir la pena alternativa a la prisión con el servicio comunitario.

Temporal: En relación al tiempo la haremos en el año 2014 -2015.

Espacial: La investigación tendrá como escenario la ciudad de Guayaquil y el cantón Milagro.

Jurisdiccional: La investigación tendrá como escenarios la Judicatura de Garantías Penales y de Adolescentes Infractores.

1.10. Identificación de las variables

Variable Independiente.

Anteproyecto de aplicación adecuada de la sanción no privativa de libertad dentro de la normatividad penal de servicio comunitario.

Variables dependientes

1. Optimizando su aplicación,
2. Beneficiando al sancionado y a la colectividad,
3. Aportando a los objetivos del Plan Nacional del Buen Vivir.

1.11. Hipótesis: general y particulares.

Anteproyecto de aplicación adecuada de la sanción no privativa de libertad dentro de la normatividad penal de servicio comunitario, optimizando su aplicación, beneficiando al sancionado y a la colectividad; y, aportando a los objetivos del Plan Nacional del Buen Vivir.

1.12 Operacionalización de las variables

Variable Independiente	Definición conceptual	Indicador
Ante proyecto de aplicación adecuada de la sanción no privativa de libertad dentro de la normativa Penal de servicio comunitario.	Un proyecto de ley, en términos generales, es la propuesta de ley presentada ante el órgano legislativo competente (Asamblea), y que aún no ha sido aprobada o ratificada por el mismo.	Elaboración del texto jurídico para el envío a la autoridad competente.

Variable dependiente	Definición conceptual	Indicador
Optimizando su aplicación.	Acción y efecto de optimizar, buscar la mejor manera de realizar una actividad, en este caso de la aplicación de la sanción de servicio comunitario.	Aplicación adecuada de la sanción no privativa de la libertad dentro de la normativa penal de servicio comunitario.

Variable dependiente	Definición conceptual	Indicador
Beneficiando al sancionado y a la colectividad.	La sanción de servicio comunitario trae implícitos beneficiarios, aquel que no cumple pena privativa de libertad y la institución o colectivo que se beneficia del trabajo del sancionado.	Instituciones y colectivos que se adhieran a la disponibilidad de acoger a los sancionados con la pena de servicio comunitario.

Variable dependiente	Definición conceptual	Indicador
Aportando a los objetivos del plan nacional del buen vivir.	El Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017 (impulsado por el gobierno del Presidente Rafael Correa Delgado) es un instrumento creado para articular las políticas públicas con la gestión y la inversión pública. El Plan cuenta con 12 Estrategias Nacionales; 12 Objetivos Nacionales.	Los objetivos que se cumplan en la ejecución de los innumerados de la aplicación adecuada de la sanción no privativa de libertad dentro de la normativa Penal de servicio comunitario.

CAPITULO II

FUNDAMENTACIÓN TEORICA

2.1. Antecedentes referenciales y de investigación

Los antecedentes para la investigación nos llevan a encontrar diversas medidas alternativas a la prisión que tienen como epicentro el trabajo. Así, tenemos la figura del *Community Service* (de origen inglés), el trabajo libre (de origen suizo) y el trabajo educativo (propio de los países socialistas).

Teniendo en cuenta que de las tres figuras arriba señaladas, la que ha tenido mayor acogida ha sido la del *Community Service*, en lo que atañe al desarrollo de esta ponencia sólo se hará referencia a esta última.

Si bien, *Tamarit Sumalla* afirma que esta sanción ya había sido prevista en el siglo XIX en algunos Estados Alemanes y en el Código penal noruego de 1902, siendo desarrollada especialmente en el ámbito anglosajón, fue el ordenamiento británico el que lo reguló y desarrolló ampliamente y mejor. Así, bajo la denominación de "*Community Service Orders* se reguló la prestación de beneficios a la comunidad en la *Criminal Justice Act.* de 1972 a propuesta del Informe Wootton. A la actualidad, se halla prevista como una sanción autónoma, que se aplica a delitos de mediana gravedad, donde la pena de multa aparece como demasiado leve y la de privación de libertad como demasiado grave, por lo que los tribunales la utilizan como la más grave de las sanciones no privativas de libertad.

Posteriormente, en la Resolución del Consejo de Europa del 9 de marzo de 1976, se recogió la sanción de prestación de servicios a la comunidad, recomendando a los legisladores de los países miembros que la incorporarán como alternativa a la prisión. De allí en adelante, diversos países recogieron en sus ordenamientos jurídicos esta figura, tanto en Europa como en diversas partes del mundo. Así, tenemos a: Francia,

Italia, Inglaterra, Portugal, España, Holanda, Dinamarca, Alemania, Finlandia, Luxemburgo, Australia, Canadá, Estados Unidos, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Perú y Paraguay (recientemente en el año 1997).⁵

El Código penal francés, regula al “trabajo de interés general” como una pena sustitutiva para aquellos delitos castigados con penas de prisión de dos meses a cinco años. Esta pena puede aplicarse siempre y cuando se cuente con el consentimiento del interesado y en provecho de una colectividad pública, de un establecimiento público o de una asociación. Es importante señalar que la mayoría de puestos de trabajo se hallan especialmente vinculados con el medio ambiente.

Italia, por su parte reconoce el “trabajo al servicio social” en la ley del 26 de julio de 1975, que regula las “Normas sobre el Ordenamiento Penitenciario y Limitativas de la Libertad”. Debe recalcarse, que la prueba al servicio social es una medida sustitutiva que se aplica a penas privativas de libertad menores de 3 años y, siempre que se haya dado inicio a la ejecución de la pena privativa de libertad.

En Portugal, la prestación de servicios a la comunidad se halla regulada como una pena alternativa a la pena privativa de libertad, conforme a su Código penal. Esta pena se utiliza para sustituir penas cortas (menores a tres meses). El trabajo asignado se podrá desarrollar en instituciones de Derecho público e incluso de Derecho privado que el juez considere de interés para la colectividad.

Respecto a la regulación de la pena de prestación de servicios a la comunidad en los diversos países europeos, señala *Asúa Batarrita*, que en todos los casos, la característica común es que suele tipificarse para aquellos delitos de gravedad baja o media, respecto de los cuales la prisión se percibe como pena excesiva y al mismo tiempo se considera no conveniente la remisión condicional de la pena o suspensión del fallo. Agrega, también *Cid Moliné*, que es una constante común el hecho que

⁵ Dr. Angel Maza López, <http://angelitomaza.blogspot.com/>

se excluya su aplicación a personas con graves problemas de alcohol o drogas por tratarse de personas con poca costumbre al trabajo y mucho más necesitadas de tratamiento, con problemas psiquiátricos, y delitos producidos a un nivel importante de violencia.

En Perú, el Código penal tiene prevista la pena de prestación de servicios a la comunidad, como una pena autónoma, en su artículo 34. Los antecedentes de este artículo, se remontan al Código penal brasileño de 1984.

Boldova Pasamar afirma que con esta pena se persigue evitar algunos de los inconvenientes de las penas privativas de libertad, y de modo especial el que implica la separación del delincuente de la sociedad, haciéndosele participe al mismo tiempo de los intereses públicos al tener que cooperar en actividades que tienen ese carácter.

Por su parte, *Asúa Barrita* señala que la finalidad de la pena de prestación de servicios a la comunidad es la de facilitar la reinserción del condenado, evitando la cárcel e implicando a la colectividad social en la ejecución de sanciones.

Mapelli Caffarena y *Terradillos Basoco* consideran, además, que con esta pena no sólo se evita la segregación del condenado, sino que se estimula en él la solidaridad con los demás mediante una serie de ocupaciones, fundamentalmente en el campo de la asistencia social.

Es nuestro parecer que la pena de prestación de servicios a la comunidad tiene una finalidad preventiva especial, principalmente. En este sentido, se busca la reinserción del sentenciado mediante la realización de labores en beneficio de la comunidad. Dentro de este marco, el trabajo constituye un medio rehabilitador en sí mismo.⁶

Creemos que el ansiado fin resocializador, que se busca con toda pena que asume criterios preventivos especiales, ve en la pena de prestación de servicios a la comunidad la vía más idónea, ya que el condenado

⁶ Dr. Angel Maza López, <http://angelitomaza.blogspot.com/>

desarrolla labores de interés social en libertad (sin perjudicar por tanto su vida cotidiana), que le permite a su vez afianzar sus sentimientos de solidaridad y recapacitar respecto de su actuar delictivo (más aun cuando la labor impuesta tiene relación directa con el bien jurídico lesionado por el sentenciado). Cabrá esperar una eficacia superior, afirma *Mantovani*, cuando mayor sea el “contrapeso”, por decirlo de alguna manera, que el trabajo a desarrollar tenga que ver con el tipo de delito cometido como ejemplo sírvanos la prestación de un trabajo en hospitales o asistenciales para los autores de accidentes de tráfico culposos o de delitos menores contra la integridad física.

De otro lado, respecto a la aplicación de la pena privativa de libertad, la pena de prestación de servicios a la comunidad (como el resto de medidas alternativas a la prisión) tiene por finalidad reducir el uso de la cárcel, esto es, hacer uso de la prisión (conforme a criterios de proporcionalidad y subsidiariedad) sólo en última ratio. Esto quiere decir, que sólo deberá recurrirse a la pena privativa de libertad cuando se trate de los delitos más graves, es decir, de aquellos delitos que afecten los bienes jurídicos más importantes en un Estado social y democrático de Derecho.

Otros antecedentes podemos mencionar lo aplicado en la legislación de niñez y adolescencia denominada Justicia restaurativa, como una alternativa al sistema de justicia penal, la justicia restaurativa ha sido asumida, en buena parte de las legislaciones y sistemas penales para adolescentes de los países de América Latina, como un complemento del sistema de justicia penal que se materializa en la aplicación de principio y del desarrollo de programas para favorecer las 3 R que delinean el enfoque: **La responsabilidad** del ofensor, la **reparación** a la víctima o restauración a la comunidad y **la reintegración** social del ofensor, además de la disminución de la reincidencia, la celeridad en los procesos de administración de justicia y los beneficios colectivos que se les atribuyen en términos de la recomposición del tejido social.

Aunque la justicia restaurativa hunde sus raíces en prácticas ancestrales de diversas partes del mundo y hoy en día se desarrolla naturalmente en comunidades indígenas, en Occidente apenas comienza a posesionarse como una forma de aplicación legal comunitaria, especialmente en legislaciones y sistemas judiciales juveniles, mientras la opinión pública y campos del conocimiento la criminología cuestiona la efectividad de los sistemas penales clásicos punitivos y rehabilitadores.

En términos generales, la justicia restaurativa se define como un nuevo movimiento en el campo de la victimología y la criminología que conoce que el delito causa daños a las personas y a las comunidades e insiste en que la justicia debe reparar esos daños y permitir a los afectados participar en los procesos.

Por consiguiente los programas buscan habilitar a la víctima, al ofensor y a los miembros de las comunidades, partes interesadas primarias y secundarias para que estén directamente involucradas en dar una respuesta al delito, con el apoyo de profesionales del sistema de administración de justicia que operan como garantes y facilitadores de un proceso cuyo objetivo principal es la reparación de los daños mediante acuerdos que pueden incluir respuestas de diversa naturaleza: reparación , restitución, garantía de no repetición , conciliación, servicio a la comunidad, entre otras.

Según preceptos de la moderna criminología, sostiene que este enfoque:

- Reconoce que el delito afecta en primera instancia las relaciones humanas.
- Reconoce que en todo delito hay víctimas primarias y secundarias.
- Busca atender las necesidades de las víctimas, ofensores y comunidades.
- Propone dar respuesta al delito por la vía del diálogo restaurativo y la voluntad, con un mínimo de coerción.

- Otorga a la comunidad las funciones de cooperación y soporte, pero también de veeduría y control social mediante la generación de seguimiento y supervisión de acuerdos.
- Reconoce que en ocasiones es necesaria la intervención de autoridades externas al proceso.
- Pone el énfasis en la construcción de valores y de una ética de la responsabilidad, antes que en la seguridad.
- Defiende la idea de que no hay un modelo único de justicia restaurativa y cada programa debe responder a particularidades de contexto.
- Ayuda a crecer emocionalmente al adolescente responsable del delito, al darle oportunidad de conocer el contexto personal de la persona agraviada y restablecer su relación con ella y con la comunidad.
- Rescata los recursos personales del adolescente y de la víctima para afrontar las consecuencias del delito en el marco de un diálogo restaurativo de medidas reparatoras en beneficio de la comunidad restaurativo o de medidas reparatoras en beneficio de la comunidad.
- Reduce en forma significativa los costos para el sistema de administración de justicia y permite que ésta se centre en los delitos de mayor gravedad e impacto social.
- Genera en la comunidad mayor confianza y respeto por el sistema de administración de justicia gracias al proceso participativo abierto de las partes afectadas.

Respecto al adolescente, se espera que:

- Asuma responsabilidad en el delito y el deber de reparar los daños causados.
- Reflexione sobre su conducta y las razones y circunstancias que la proporcionaron.

- Revalúe sus actuaciones, no por el temor a la sanción, sino por la confrontación con sus consecuencias sobre otros.
- Se reconozca como sujetos de derechos, y por extensión reconozca los derechos de los demás.
- Supere el estigma del delito y restaure las relaciones con su comunidad mediante la reparación del daño.

En relación con la víctima, que:

- Sea reparada por el daño que se le ocasionó.
- Asuma un papel activo en el proceso, planteado abiertamente sus afecciones, necesidades y demandas de reparación.
- No sufra nueva victimización y rompa con estigmas y perjuicios que amenazan con perpetuar su condición de víctima.

Finalmente, con relación a la comunidad se busca que:

- Participe en el diálogo restaurativo y genere espacios de seguridad para la víctima, el ofensor y sus familiares.
- Asuma una reflexión activa sobre las bases sociales propiciadoras de la violencia y el delito y emprenda acciones de transformación (ejemplo sobre prácticas de exclusión y estereotipos).
- Aporte escenarios para hacer efectivos los acuerdos de reparación (p. ej. Para las medidas de trabajo comunitario).
- Genere espacios de reintegración para el ofensor.

2.2. Marco teórico referencial

2.2.1 Origen del derecho penal

En una época primitiva, anterior a la organización de los pueblos en ciudades, estados o imperios, no se puede hablar propiamente de la existencia de un Derecho Penal, pero sí existía la venganza, siendo ésta algo parecida a la pena y que cumplía su función.

Varios autores coinciden en que la venganza debió ser la primera manifestación de la Justicia Penal, teniendo la pena un sentido individualista. La venganza también se puede visualizar, no sólo como una manifestación o equivalente de la pena, sino como una guerra entre grupos sociales, siendo éstos organismos políticos primarios dotados de un rudimentario sistema de prohibiciones y sanciones.

Pero esta venganza, ya sea individual o realizada por un grupo familiar contra otro, no puede considerarse como una auténtica forma de reacción propiamente penal, ya que ostenta un carácter puramente personal o familiar, permaneciendo el resto de la sociedad indiferente a ella. Sólo cuando la sociedad se pronuncia a favor del vengador, se pone de su parte y le ayuda, reconociendo la legitimidad de su reacción, es cuando ya se puede hablar de la venganza equivalente de la pena.

La venganza dio lugar a sangrientos enfrentamientos y al exterminio de numerosas familias. Para evitar este mal, surgió una institución, a primera vista cruel y bárbara, pero que supuso un considerable avance estableciendo límites a la venganza:

El Talión, en virtud del muy conocido principio "ojo por ojo, diente por diente", o principio talional, no podía responderse a la ofensa con un mal superior al inferido a la víctima.

Otra importante limitación al primitivo sistema de la venganza fue la Composición, calificada como el "primer progreso en área punitiva", mediante la cual el ofensor y su familia rescataban del ofendido y su familia el derecho de venganza mediante el pago de una cantidad. "La enardecida venganza de sangre entre las tribus, se concilia, la reconciliación, basada sobre la reparación en metálico a la tribu ofendida, negociada primero, se convierte después en obligatoria. Así nace el segundo grado en el desenvolvimiento de la pena: el sistema de composición."

2.2.2. Periodo primitivo.

Las primeras manifestaciones más destacadas del periodo primitivo fueron:

- Tabú
- Venganza privada

Tabú.- Los primitivos crean una serie de prohibiciones basado en creencias religiosas y mágicas. El castigo para quién violase el tabú tenía carácter colectivo recaía sobre él y sobre los demás integrantes de su tribu.

Venganza.- Cuando se hacía víctima de un delito o acto criminal a un individuo de otro grupo, la víctima y sus parientes castigaban por mano propia al autor y a su grupo familiar, causando un mal mayor que el recibido.

No había proporción entre la ofensa y el castigo, la magnitud era ilimitada. Esta enemistad entre grupos se llamó para los germanos *Faida*, esto llevó a la guerra.

Expulsión de la paz que es similar al destierro, el autor del delito era expulsado de su grupo y privado de la protección familiar, dejándolo privado a la venganza del ofendido y sus parientes.

La idea de la venganza es un movimiento natural y por mucho tiempo se consideró esta idea no sólo como natural, sino como legítima y necesaria. La venganza privada era realizada de familia a familia, de tribu a tribu, de clan a clan, por lo que se afirma que la responsabilidad penal, antes que individual, fue social.

Este período se caracteriza por que la acción penalizadora no se ejerce como función política del Estado, sino que el ofensor es víctima de una reacción desorbitada y sin medida, sin que la sociedad como organización política intervenga para nada. Es una reacción punitiva entre el ofendido y el ofensor, o entre un grupo familiar y el ofensor.

Al final de la primera edad de piedra, Paleolítico, nace un orden fundado en principios que se concretó en la ley del Talión, la cual, al no permitir hacerle al ofensor mayor mal que el que había causado, constituye un avance en las instituciones represivas. De esta ley se desconoce el lugar y tiempo exacto de su nacimiento.

La ley del Talión reza así: *"Alma por alma, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, llaga por llaga, cardenal por cardenal"* esto es, *"tal pena cual delito"* que es lo que significa la palabra *"Talión"*.

Esta ley se encontraba escrita en el código Hammurabi, 1927 a 2000 años antes de Cristo y con mayor desarrollo y perfección en algunas legislaciones antiguas, tales como la hebrea, la griega y la romana.

La aplicación de esta ley, creó grandes conflictos, ya que no siempre era posible hacer cumplir al reo tal pena cual delito, en algunos delitos de lasciva, contra la propiedad o contra la honestidad, o en circunstancias especiales, como la de que el agresor le cortara un brazo a un manco o sacara un ojo a un tuerto.

La composición nace con el fin de evitar inconvenientes surgidos por la aplicación del Talión. Mediante ésta se buscaba reparar el daño con una suma de dinero negociable, como precio de la sangre. Con esta ley el agresor estaba obligado a reparar los daños por medio de recursos monetarios y el agredido estaba en la obligación de aceptar la indemnización, con el fin de renunciar a la venganza.

La composición: consiste en reemplazar la pena por el pago de una cantidad de dinero. En principio fue voluntaria y luego pasó a ser legal, es decir obligatoria, no pudiendo la víctima recurrir a la venganza.

Es el antecedente de la actual indemnización civil de los daños materiales o morales causados por el delito.

Esta transformación de la pena en una reparación pecuniaria y privada, fue la fuente de los delitos privados que existían en muchas legislaciones, como la romana y más tarde los pueblos germánicos.

La venganza privada desaparece poco a poco, bajo las influencias de las ideas de la Iglesia, al derecho de asilo, a la tregua de Dios y a un mayor y creciente poder público el cual brindaba mejores garantías al individuo; asegurando por medio de la defensa pública la defensa de la sociedad y se encargó de satisfacer los deseos de venganza de los ofendidos.

2.2.3. Primeras limitaciones a la venganza.

La Ley de Talión, los antecedentes de aplicación se dieron en el Código de Hamurabi, en las XII Tablas y en la Ley Mosaica. La ley establece la proporción entre el daño sufrido y la pena a aplicar. La pena debe ser igual al daño sufrido por la víctima, "ojo por ojo, diente por diente" si los delitos no producían daño físico.

La Composición: consiste en reemplazar la pena por el pago de una cantidad de dinero. En principio fue voluntaria y luego pasó a ser legal, es decir obligatoria, no pudiendo la víctima recurrir a la venganza.

Es el antecedente de la actual indemnización civil por los daños materiales o morales causados por el delito.

2.2.4. Instauración de la justicia política

Derecho Penal Romano, en los primeros tiempos aplicaron la venganza, la ley de Talión, composición, etc., se destacó la facultad punitiva del *Pater Familiao*.

En la Monarquía se hace la distinción entre delitos públicos: *CRIMINA PUBLICA*, que son los que vulneraban el orden público y delitos privados: estos eran castigados por el Pater Familiao *DELICTA PRIVATA*.

En las penas públicas se aplicaba *EL SUPPLICIUM*: ejecución de culpables y la pena *DAMNUM*: paga de dinero.

En la República por el incremento de delitos públicos aparece la *PROVOCATIO AD POPULUM* era un recurso procesal por el cual el condenado a muerte podría lograr que la sentencia del magistrado fuese

sometida a juicio del pueblo, es decir hay más garantías para el procesado; se pasa de un sistema de la "*cognitio*" (acusación y sentencia a cargo del Estado) al sistema de la "*acusatio*" (acusación popular y sentencia a cargo del Estado).

Durante el Imperio se aumentan las facultades estatales y el magistrado toma a su cargo los pasos del proceso penal: acusación, aporte de pruebas y sentencia "*cognitio extraordinaria*".

También en este derecho subjetivo, se distinguió entre delito doloso y culposo desarrollando doctrinas de imputabilidad y culpabilidad y se admitió la analogía.

En el derecho penal germánico existió la venganza "*blutacho*" o venganza de la sangre; tenía carácter colectivo.

También existía la pérdida de la paz, posteriormente surge La Composición que es un derecho objetivo, con respecto al proceso penal se destacaron dos medios de prueba: el juramento y el juicio de Dios con el combate judicial y la prueba de fuego, en éste se sometía al acusado a una prueba y si salía triunfante era porque Dios lo había ayudado.

El derecho penal Canónico alcanzó esplendor en la época de los Papas Gregorio VII, Alejandro III e Inocencio III.

Afirmó la naturaleza pública del derecho penal sostenida por el Derecho Romano.

El poder punitivo se ejercía en nombre de Dios.

Confundió lo ilícito con lo inmoral o el pecado, considero delito los actos que si bien atacaban las ideas de la Iglesia no afectaban la vida civil como la herejía.

Desconoció el principio de reserva, y el poder de los jueces careció de límites; implantó la tregua de Dios (especie de asilo otorgado por los templos) lo cual limitó a la venganza privada porque violar la tregua era considerado Sacrilegio, tenía carácter subjetivo ya que se aplicó los principios romanos de la imputabilidad y de la culpabilidad. No ejecutaba las penas de muerte ni de mutilación cuando correspondiesen

se entregaba al condenado a las autoridades legislativas Derecho penal europeo hasta mediados del siglo XVIII.

Con la caída del Imperio Romano de Occidente (Edad Media) se produce la fusión del Derecho Romano con el Germánico y el Canónico, comienza una evolución que desemboca en la Recepción del Derecho Romano en donde se vuelve a estudiar el derecho Romano y se incorporan las instituciones del mismo a las legislaciones de los pueblos europeos.

Año 1.100 a 1.250 surge en Italia los Glosadores juristas que estudian y aclaran los textos romanos especialmente el Justiniano.

1.250 a 1.450 los Postglosadores estudian profundamente el Derecho Romano, preparan el camino del reconocimiento del este derecho y el de la recepción.

Posteriormente los trabajos se hacen más amplios y sistemáticos, destacándose Julio CLARO 1525-1575 Y Próspero Farinaccio 1544-1616.

Recepción en España se manifestó con Las Siete Partidas Del Rey Alfonso X (1256-1265) aquí se establece el carácter público del Derecho Penal, la existencia de personas inimputables; la distinción entre hechos culposos y dolosos y la existencia de una categoría de hechos justificados, por ejemplo: caso fortuito; las penas para los delitos eran muy severas, habían disposiciones que establecían el tormento y la forma de aplicarlos.

Recepción en Alemania, la Bambergensis fue una ordenanza criminal, preparada por Schowarzenberg 1507.

La Carolina por ella se logra una efectiva afirmación del carácter estatal de la actividad punitiva y se da fijeza al derecho penal.

Fue elaborada en las Dietas de Augsburgo 1530 y de Regensburg 1532 y surgió de varios proyectos cuya base fue la Bambergensis y estuvo vigente desde 1532 año en que la aprobó Carlos V hasta 1870.

Cuenta con 219 artículos, 70 son sobre derecho penal; prodiga la pena de muerte y establece como cumplirla; acepta la interpretación y aplicación analógica de la leyes penales; es de carácter subjetivo pues admite la tentativa y distingue entre dolo y culpa.

2.2.5. Las escuelas del derecho penal

- Escuela Clásica: Francisco Carrara.

Considera a la ley como un dogma, como algo que no admite discusión, porque emana de una ley suprema del orden.

El método: deductivo, va de lo general (la norma penal) a lo particular (al individuo que se le va a aplicar la pena). Además estaba basado en razonamientos lógicos, partiendo de principio superior y abstracto.

El delito: era la transgresión a la ley del estado, no interesaba la conducta en sí, sino en la medida en que ella contribuyera una transgresión a la ley.

La imputabilidad o responsabilidad, establece que el hombre es responsable de sus actos porque los ejecuta libremente de albedrío y la responsabilidad fundada en esa libertad es la responsabilidad moral.

La sanción: esta escuela ve a la pena como un modo de proteger el orden jurídico.

La pena tiene carácter retributivo por el daño que el individuo causó a la sociedad.

- Escuela positiva: Enrique Ferri.

Encaró aspectos sociológicos, Garófalo se encargó de los elementos jurídicos y Lombroso aportó conocimientos médicos.

El método: era inductivo y experimental, que es el estudio de hechos concretos y del individuo estudió un determinado número de actos delictivos y la personalidad de sus autores, con esos datos experimentales, empíricos se elabora una norma penal adecuada a esa realidad, va desde lo particular a lo general.

El delito: es un fenómeno natural, no es un acto jurídico, es un hecho humano concreto producto de la convivencia de los hombres en sociedad.

La imputabilidad: niegan el libre albedrío, sostienen un fatalismo, un determinismo propio de los fenómenos naturales. El individuo delinque porque existe en él una cierta peligrosidad o una tendencia natural para

delinquir y se lo hace responsable porque esos actos perjudican a la sociedad en la que vive.

La sanción: no tiene carácter de pena sino de cumple la función de una medida de seguridad, preservar el bienestar de la sociedad y readaptar al delincuente al medio social, desaparece la distinción entre pena y medidas de seguridad.

- Escuela de la política criminal.

Nace como una necesidad de armonizar aquellos postulados extremos, exagerados y luego poder llevarlo a la práctica, proponiendo una modificación de las leyes vigentes.

El método: reforma de legislaciones vigentes, hay que tener en cuenta las disciplinas que integran la enciclopedia criminológica, en cuanto a la elaboración para las ciencias normativas que tienen por objeto el estudio de normas penales el método deductivo que se rigen por el deber ser.

Para las ciencias causales-explicativas que tienen por objeto el estudio del delito y del delincuente el método inductivo, experimental, empírico regido por el ser, en cuanto a la aplicación es el método deductivo.

El delito: este era un hecho humano, un fenómeno natural que el hecho carecía de importancia en tanto y en cuanto la ley no lo definiera como delito.

La imputabilidad: parte de la responsabilidad moral de libre albedrío, admitiendo la existencia de individuos más peligrosos igualmente aquellos individuos que tengan sus facultades mentales que carezcan de la libertad de discernir.

La sanción: en principio tiene carácter retributivo (pena – castigo), a la vez persigue la protección de ciertos bienes jurídicos (reconocidos y tutelados por la ley).

Se sostuvo la conveniencia de eliminar las legislaciones positivas las condenas de corta duración procurando la libertad del individuo (mediante la condena y libertad condicional). Influencia de la escuela de la política criminal sobre las instituciones.

Reside fundamentalmente en su concepción acerca de la imputabilidad y de la sanción.

2.3. Orígenes y evolución del derecho penal Ecuatoriano

Según Von Liszt, “la evolución de la pena recorre cuatro grandes hitos, que se refieren a lo siguiente: 1.- La expiación como sacrificio de la divinidad; 2.- Privación de la paz, unida a la venganza de la sangre; 3.- Compensación; y, 4.- Pena pública, que adopta históricamente diversas formas y se propone realizar fines diversos.” Pero todas estas distinciones, aunque fundadas en ciertos hechos, tienen mucho de ideales, pues no se dan en rigurosa sucesión en el mismo tiempo ni en todos los pueblos. La historia de la legislación penal estudia la marcha del concepto del delito y de la pena. Las normas punitivas antiguas son las más numerosas de todas las ramas del derecho, especialmente el Derecho Romano. Podemos decir, mejor aún, que las normas penales son las más abundantes en la legislación antigua y primitiva. “La historia antigua tiene su asiento principal en la legislación de los pueblos orientales y en la Roma de los primeros tiempos, que se caracterizan por la enorme penetración religiosa y por la crueldad en la pena”. Ejemplos típicos son el Código de Manú, el Pentateuco en la legislación de Israel, en el Talmud. Los libros sagrados de Egipto tienen también una gran penetración religiosa.

El derecho penal de la Roma Antigua, también se encuentra profundamente influenciado por el sentimiento religioso. El derecho de castigar es una delegación del poder divino en los sacerdotes. La pena según tal definición no es otro caso que la venganza de los dioses por el delito y la pena ha de ser grande para que sufra el delincuente y mejor se calmen los dioses. El Derecho Griego estaba penetrado de una gran dosis de crueldad en las penas.

En Atenas, Dracon se caracterizó por su severidad: todo delito debía tener, según él, la pena de muerte. Pero la legislación de Dracon tiene un

gran sentido estatal: se preocupó de poner límites a la venganza privada y dársela al Estado. Se distingue entre delito público y delito privado.⁷

En el Derecho Penal Griego, cuando se establece la venganza pública, se implanta un criterio tendiente a dar a la pena un fundamento laico y moral. En el Derecho Penal Romano, en la época imperial, superando un tanto el teísmo, la pena tiene por objeto un fin humano: el de la conservación y tranquilidad social. El Derecho Romano clasifica a los delitos en *crimina* y *delicta privata*. Los primeros son los que van contra la sociedad y los segundos, contra los particulares, contra el orden privado. En el primer caso, la pena se propone la intimidación, la enmienda y expiación del delincuente. Los romanos se opusieron a la crueldad de las penas, que venía del oriente, y que recibió a través de Grecia, una tendencia de hacerlas menos severas. En España, posteriormente al Fuero Juzgo tenemos el Fuero Real, que establece tres clases de penas: la multa, el destierro y la muerte. A continuación, hay que considerar Las Partidas; no se nota en ellas progreso y, por el contrario, se nota un retroceso a instituciones penales ya desechadas. En la edad media, caracterizada por el espantoso dominio religioso en la labor gubernativa de los Estados, y en el pensamiento social fuertemente fanatizado, lo que indudablemente tuvo preocupantes alcances en el ámbito de la persecución del delito, que antes que una forma de precautelar la seguridad social, era una forma de combatir a los enemigos políticos y a la herejía, aplicando penas crueles a los presuntos culpables, y cometiendo en nombre de la justicia y de la iglesia católica algunos de los más escalofriantes crímenes de que conoce la humanidad, a tal punto que en pleno siglo XX desde El Vaticano la iglesia pidió perdón a la humanidad por tan aberrantes crímenes. Hasta hoy se recuerda los temibles Tribunales de la Santa Inquisición que sembraron el terror en los países europeos, llegando incluso a algunos confines del mundo. Basta recordar las fatuas

⁷ Wikipedia <https://es.wikipedia.org/wiki/Pena> 11/04/2015 laus Roxin, Derecho Penal Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Madrid, 1997.

acusaciones que se hicieron en contra de ciertos aborígenes como Atahualpa, juzgándola con base en las leyes españolas, y acusándolo de idólatra, fratricida, polígamo, entre otros “delitos” que no eran otra cosa que las expresiones culturales propias del sistema incásico del cual él era su Rey. Era evidente que bajo la pretensión punitiva de la Colonia Española a nombre de quien actuaban los ignorantes y bárbaros conquistadores, subyacía el ánimo político de descabezar al pueblo Inca para someterlo con tales prácticas sanguinarias al yugo español que buscaba ante todo saciar su sed de oro y de gloria. A partir de las ideas promovidas por el Movimiento de la Ilustración en Francia, y con las inquietudes por el establecimiento de los sistemas constitucionales como forma de gobierno de los diferentes estados, surge también la preocupación esencial por el reconocimiento de derecho fundamental a los ciudadanos, de cuyo aseguramiento, inmanencia y garantía debía encargarse el Estado. Pero no debemos olvidar que el sistema republicano francés se levantó sobre una montaña de cabezas guillotizadas de la nobleza europea, y sobre las más infames violaciones de derechos humanos que a nombre del pueblo tantas veces infamado cometieron los revolucionarios franceses. Las ideas penales han tenido una notoria evolución en la edad moderna, donde poco a poco se ha ido dejando de lado la idea de la venganza pública como fundamento de la pena, y se ha adoptado la necesidad social de rehabilitar al delincuente para que retorne a la vida en sociedad, aunque en muchos casos se ha convertido en una mera teoría, que en la realidad ha continuado con los viejos sistemas que buscaban la destrucción moral, física y psicológica del delincuente, a través de la aplicación de duras penas infames y crueles, y de su aislamiento en los verdaderos infiernos que se constituyen las cárceles contemporáneas, que no difieren en muchos de los sistemas de tormento de prisioneros que se aplicaban en la edad media, o si no, basta mirar las ominosas prisiones de Guantánamo, donde los derechos humanos de los prisioneros, bajo los conceptos del derecho penal del enemigo, son insignificantes frente a la sed de venganza y

punición del poderoso imperio norteamericano, que considera como enemigos capitales a todos quienes ha catalogado, con fundamento o sin él, como terroristas. En los tiempos actuales el Derecho Penal es considerado como un sistema protector de la sociedad, haciendo hincapié en el papel preventivo del mismo, aplicando el principio de mínima intervención penal, y trasladando buena parte del hacer represivo y de control a órganos de jurisdicción administrativa o de carácter contravencional, promoviendo como máximo principio el de rehabilitación del reo para la vida en sociedad, a través de la aplicación de sanciones socialmente constructivas que sustituyan a las clásicas penas privativas de libertad, al menos en cuanto así lo permita la personalidad del reo, su escaso o nulo nivel de peligrosidad y sus necesidades y posibilidades de rehabilitación social. Obviamente que habrá casos en los que es imposible la aplicación de sanciones alternativas en razón de la peligrosidad del delincuente y la necesidad de seguridad social de su entorno. Esto es sin duda una respuesta al rotundo fracaso de la cárcel como falso medio de rehabilitación.

2.4. Definiciones de la pena

La pena, como categoría sustancial e imprescindible del derecho penal, muy concretamente significa: "Disminución de un bien jurídico con que se amenaza y que se aplica a quien viola un precepto legal".

Para Cabanellas, la pena es una "Sanción, previamente establecida por ley, para quien comete un delito o falta, también especificados". El mismo Cabanellas, dice que "Etimológicamente «pena» procede del latín poena, derivado a su vez del griego poine o penan, donde significa dolor, trabajo, fatiga, sufrimiento."

Según el Dr. Manuel Sánchez Zuraty, la pena es la "Sanción establecida en la ley para castigar los delitos tipificados legalmente." ⁸

⁸ Revista Jurídica, <http://www.justiciarestaurativa.org/>

Recopilando todas estas definiciones, se puede llegar a la conclusión que la pena se erige como la consecuencia inmediata del delito que recae sobre el autor de la acción punible. La pena en general significa sufrimiento, castigo, dolor para el reo, buscando que de esta manera compense el mal causado, así como enmiende su conducta, cuando se trata de penas orientadas a la rehabilitación del reo, pues en otros casos se aplican penas tan drásticas, como la pena de muerte, que significa la eliminación del reo, como medida para lograr el temor de los demás hombres a incurrir en las normas penales, así como para lograr la prevalencia de la vida en sociedad, aunque este segundo objetivo, es absolutamente secundario, pues está comprobado que penas tan drásticas, lo único que buscan es sembrar en los demás ciudadanos un temor tan grande que definitivamente los haga disuadir ante la eventual tentación de delinquir. Las penas, que pueden ser pecuniarias o privativas de libertad, tienen una función represiva (de compensación del mal causado) y de prevención (intimidación para posibles delincuentes futuros). Preventivas son también las medidas de seguridad: reclusión de locos o dementes, confinamiento, confiscación de objetos peligrosos o nocivos, vigilancia de la policía, medidas tutelares en relación con menores, entre otras. Es forzoso que la pena esté establecida por la ley con anterioridad a la comisión del hecho delictivo, y obliga a su ejecución una vez que haya recaído sentencia firme dictada por el tribunal competente. Son varios los criterios clasificatorios de las penas. El que resulta admitido con mayor frecuencia por las legislaciones es el que distingue entre penas graves, que sancionan la comisión de delitos, y penas leves aplicables a las faltas. Las penas pueden ser privativas de libertad, que suponen el internamiento del reo en un centro penitenciario, y pueden tener diversa duración según lo que establezca la ley para cada delito. A menudo los sistemas dan a estas penas diferentes denominaciones, dada su distinta duración. Se habla así, por ejemplo, de reclusión, prisión y arresto. También es posible la privación de libertad en el propio domicilio del reo, como sucede en el denominado arresto

domiciliario. Igualmente, cabe la posibilidad de que la condena al reo no suponga privación de libertad pero sí su reducción, lo que sucede, por ejemplo, en la denominada pena de extrañamiento, que supone la expulsión del condenado del territorio nacional por el tiempo que dure la condena; o la pena de destierro, que supone la prohibición del penado de entrar en puntos concretos del territorio nacional detallados en la sentencia. En ocasiones, la ley puede sancionar la comisión de un determinado delito o falta, restringiendo al reo el ejercicio de determinados derechos, como por ejemplo ocurre con la suspensión de un cargo público, la suspensión del derecho de sufragio o la privación del permiso de conducción de vehículos de motor. En no pocas legislaciones las penas se gradúan según criterios legales, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso concreto que se juzga. La ley fija un tope máximo y otro mínimo dentro de los cuales el juez tiene un margen para actuar. Por ejemplo, en un delito que tiene asignada una pena privativa de libertad, el juez o bien el tribunal, atendiendo a la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes, al grado de participación del autor (autor, cómplice o encubridor), puede graduar la pena dentro de esos márgenes que establece la ley (de 10 a 20 años, por ejemplo). Con ello se trata de acomodar lo máximo posible la sanción impuesta por la ley a las circunstancias del caso concreto que se juzga. La naturaleza jurídica de la pena radica en su carácter esencial de medio para castigar el acto injusto cometido por una persona en contra del derecho individual o colectivo garantizado por el Estado.

2.5. Funciones de la pena en general.

Ya en 1966 ROXIN señaló que la pregunta acerca del sentido de la pena estatal “no se trata en primer término de un problema teórico, ni por tanto de reflexiones como las que se suelen hacer en otros campos sobre el sentido de esta o aquella manifestación de la vida, sino de un tema de la actualidad práctica”.⁹ Sin

⁹ Dr. Angel Maza López, <http://angelitomaza.blogspot.com/>

embargo, la discusión doctrinal sobre la función de la pena parece seguir siendo vista como una cuestión teórica sin mucha importancia práctica. En los ambientes universitarios se respira la idea de que la exposición sobre las diversas teorías que se encargan de responder a esta cuestión podría servir, en todo caso, como una clase inicial en el dictado de la Parte General del Derecho penal, pero las conclusiones a las que se puede llegar con esta discusión no repercuten finalmente en los concretos criterios de imputación jurídico-penales. A este parecer, que niega la utilidad práctica del conocimiento teórico, no cabe más que calificarlo de completamente infundado. Para ello bastaría con traer a colación la conocida afirmación de que no hay nada más práctico que una buena teoría.

La función de la pena debe informar todo el sistema penal, de manera tal que, de una u otra manera, tiene que influir en su operatividad. Tanto la previsión legal de la pena, como su imposición judicial y ejecución deben tener como punto de partida la función que la sanción penal cumple. En el plano legislativo, la determinación de la función de la pena permitiría, en primer lugar, hacer un juicio crítico sobre la legitimidad de la pena legalmente establecida. Una pena que no se ajuste a su función, no podrá aceptarse aunque se encuentre prevista en la ley. Así, por ejemplo, si la función de la pena es la sola retribución, resultará legítimo castigar a una persona por la comisión de un delito aunque en el momento de la sentencia este delito se encuentre despenalizado, lo cual desde la lógica de la prevención general resultaría claramente improcedente. Pero, además, la función de la pena es también relevante para discutir los marcos penales previstos en la ley, en la medida que si se entiende, por ejemplo, que la función de la pena es la resocialización, difícilmente podrán considerarse legítimas penas privativas de libertad como la cadena perpetua que niegan la posibilidad de reinserción social del condenado.

La misma relación de coherencia con la función de la pena debe observarse en su imposición judicial. Así, por ejemplo, en una concepción

retributiva de la pena, la pena adecuada al hecho solamente será aquella que se corresponda con la culpabilidad del autor, sin importar si con ello se contribuye o no a la prevención general o a la resocialización del delincuente. Por el contrario, en una visión preventivo-general de la pena, el juez se guiará por los fines de intimidación, imponiendo la pena como confirmación de la amenaza penal y dejando de lado, en principio, consideraciones referidas a la culpabilidad del autor. Por el contrario, si el criterio rector del juez fuese la resocialización del reo, entonces podría encontrar legitimidad a la aplicación de una pena indeterminada que sólo terminaría si es que se cumple la finalidad de una efectiva resocialización del reo.

La fase de ejecución de la pena tampoco es ajena a la determinación de la función que cumple la pena. Muchos aspectos de la ejecución penal dependerán de dicha determinación. Así, por ejemplo, las medidas alternativas a la pena privativa de la libertad de corta duración sólo podrían explicarse desde la perspectiva resocializadora de la pena (o, para ser más exactos, no desocializadora), ya que el hecho de evitar que el condenado vaya a prisión por poco tiempo se sustentaría en impedir el efecto de una desocialización carcelaria. Por el contrario, estas medidas alternativas, así como diversos beneficios penitenciarios como la liberación condicional, la redención de penas por trabajo o incluso la semi libertad no podrían tener aceptación en una visión retributiva de la pena, pues el condenado tendría que cumplir siempre la pena que se le ha impuesto judicialmente. Desde esta comprensión de la pena, el delincuente no podría ser exonerado del cumplimiento de pena impuesta sin afectar el valor Justicia.

En atención a lo brevemente dicho en este apartado introductorio, puede llegarse a la conclusión de que la función de la pena no puede ser considerada una discusión teórica sin ninguna utilidad práctica. Todo lo contrario: de la respuesta a esta cuestión general depende el tratamiento de muchos problemas específicos del Derecho penal y finalmente la

propia coherencia del sistema punitivo. Me animaría a decir que se trata del tema general con mayores consecuencias prácticas en la lucha contra la criminalidad, por lo que su estudio no puede ser tomado como una cuestión simplemente teórica o introductoria.

2.6. Teorías absolutistas, relativas y mixtas sobre la pena.

El principal medio de que dispone el Estado como reacción frente al delito es la pena en el sentido de "restricción de derechos del responsable". El orden jurídico prevé además las denominadas "medidas de seguridad" destinadas a paliar situaciones respecto de las cuales el uso de las penas no resulta plausible. De manera que el sistema de reacciones penales se integra con dos clases de instrumentos; penas y medidas de seguridad. Desde la antigüedad se discuten acerca del fin de la pena fundamentalmente tres concepciones que en sus más variadas combinaciones continúan hoy caracterizando la discusión, así, para explicar estos remedios incluidos en la legislación penal se ofrecen estas diversas teorías que parten de puntos de vista retributivos o preventivos, puros o mixtos que se encargan de fundamentar de diverso modo y de explicar los presupuestos que condicionan el ejercicio del "ius puniendi"¹⁰ y la finalidad perseguida por el Estado con la incriminación penal.

- Teorías absolutas de la pena.
- Teorías relativas de la pena.
- Teorías mixtas o de la unión.

Teorías absolutas de la pena.

Son aquellas que sostienen que la pena halla su justificación en sí misma, sin que pueda ser considerada como un medio para fines ulteriores. "Absoluta" porque en ésta teoría el sentido de la pena es independiente de su efecto social, se "suelta" de él. El primer punto de vista es *La teoría*

¹⁰ Wikipedia, https://es.wikipedia.org/wiki/Ius_puniendi

de la justa retribución, desarrollada por Kant, para quien la pena "debe ser" aun cuando el estado y la sociedad ya no existan, y Hegel cuya fundamentación de la pena pública, fue la base que permitió la sistematización de la teoría del delito, (elaborada a partir de la teoría de las normas de Binding) concibe al delito como la negación del derecho, y a la pena, como la negación de la negación, como anulación del delito, como restablecimiento del derecho, entiende que la superación del delito es el castigo. En coincidencia con Kant, tampoco Hegel reconoce finalidades de prevención, como el mejoramiento y la intimidación, como fines de la pena. Esta construcción gravitó decisivamente en relación a la ulterior evolución del Derecho penal y, debido a que no existen aún alternativas consolidadas, actualmente conservan relativa vigencia. En la jurisprudencia la teoría de la retribución ha tenido un importante papel hasta hace poco tiempo.

Esta concepción recibe su característica de "absoluta" debido a que ve el sentido de la pena no en la prosecución de alguna finalidad social útil, sino que sostiene que dicho sentido radica en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal, o sea que agota todo el fin de la pena en la retribución misma, explicada por Kant ¹¹como un imperativo categórico emergente de la idea de justicia y fundamentada dialécticamente por Hegel como la negación de la negación del Derecho. Así, niega una concepción del castigo que se fundamente en razones de utilidad social que ilícitamente convierta al hombre en un "medio" instrumental en beneficio de la sociedad ya que tanto para Binding como para todos los defensores de la teoría de la retribución, las concepciones preventivas resultan incompatibles con la dignidad humana porque sólo cabe motivar con el castigo a los animales, respecto de los seres humanos la única motivación admisible es la que surge de la propia norma, concebida como una orden; no matarás, que precede a la descripción legal al que matare a otro, se le

¹¹ Wikipedia, https://es.wikipedia.org/wiki/Immanuel_Kant

impondrá una pena cuya existencia es independiente de la sanción. El mal de la pena está justificado por el mal del delito, es concebida como un mal que debe sufrir el delincuente para compensar el mal causado con su comportamiento, pensamiento que reconoce como antecedente la Ley del Talión. Ella niega o aniquila al delito, restableciendo el derecho lesionado, ha de imponerse por el delito aunque resulte innecesaria para el bien de la sociedad, aunque no se logre un efecto intimidatorio ni exista riesgo alguno de reincidencia debe igualmente aplicarse. Esto no significa que las teorías retribucionistas no asignen función alguna a la pena: por una u otra vía le atribuyen la función de realización de justicia. La opinión más generalizada afirma que la pena presupone la reprochabilidad del comportamiento sometido a ella y expresa esa reprochabilidad. Es concebida por ésta teoría como reacción por lo sucedido y desvinculada del porvenir ya que su fin es reparar el delito y no evitar delitos futuros. Esto explica la sólida interconexión establecida entre las teorías del delito y la pena:

- a) El fin de la pena es restablecer el orden alterado por el delito.
- b) El delito, condición de la pena, exige la realización de un comportamiento contrario a la norma, más, la existencia de culpabilidad en el autor del mismo.
- c) El sistema se basa en el libre albedrío siendo culpable aquél sujeto que pudiendo motivarse en el respeto de la norma optó por la opción contraria y delinquirió.

El haberse mantenido al margen de las exigencias que le plantaba el orden jurídico, no obstante haber podido ajustarse a ellas (el haber podido obrar de otro modo) es el criterio generalmente aceptado sobre el cual se fundamenta el juicio de culpabilidad. d) La medida de la pena depende de la gravedad del hecho realizado y el grado de culpabilidad del autor, estableciéndose así un criterio de proporcionalidad entre el delito y la pena.

Algunas objeciones a las tesis retributivas:
Las críticas formuladas a esta teoría explican su progresiva decadencia

que se pone de manifiesto en virtud de que la misma ha sido abandonada por la doctrina penal contemporánea al menos en su perfil ortodoxo de concepción absoluta.

En relación al fundamento y límite del "ius puniendi":

- Fundamenta el "para que" del castigo pero no explica ¿cuándo? el Estado debe hacerlo.

- No fija un límite en cuanto al contenido de la potestad penal estatal.

- Presupone la necesidad de la pena que debería en realidad justificar; llevada al extremo concluiría en que debe castigarse al delincuente aunque ello no resulte necesario en el caso concreto.

Imposibilidad de verificar el libre albedrío:

- Presupone el libre albedrío o libertad de voluntad respecto de lo cual se sostiene que es irracional fundamentar el derecho del Estado a imponer penas en la existencia de una culpabilidad basada en él debido a que la libertad de voluntad del autor no es empíricamente demostrable.

La retribución como pago del mal con el mal. La racionalización de la venganza

- El pago o la devolución de un mal corresponden al arraigado impulso de venganza humano. La afirmación de que con la pena se ejerce una retribución fáctica solamente puede justificarse en la medida en que ella impide los actos de justicia por propia mano.

- Se entiende que el criterio retributivo no puede ser absoluto debido a que resulta evidente que no toda culpabilidad debe ser castigada ya que la pena, en el caso concreto, puede producir efectos contraproducentes (no explica ¿cuándo? el Estado debe aplicar la pena).

- La idea de retribución compensadora es vulnerable debido a que la pena no borra el mal causado por el delito sino que en realidad añade un segundo mal, "el criterio talionario no permite recuperar el ojo de la víctima quitando un ojo al autor". Más allá de las críticas a la teoría hasta aquí expuesta, el Derecho penal contemporáneo no ha evolucionado hacia un abandono total de los puntos de vista retributivos debido, fundamentalmente, a la fragilidad de las teorías preventivas propuestas

como alternativas. La sistematización de los presupuestos de punibilidad, formulados por la escuela clásica desde perspectivas retributivas se ve como un conjunto de garantías del gobernado frente al Estado y en los modelos propuestos en su reemplazo parecería estar corriendo riesgo, ello origina un rechazo de éstos, además, la circunstancia de que no se haya formulado aun ningún sistema que ofrezca presupuestos de incriminación (teoría del delito) diferentes a los enunciados como consecuencia de la concepción retributiva, da más fuerza a la sensación de que el abandono de dichas teorías produciría inseguridad jurídica. Además, debe concederse a esta teoría la virtud de haber concebido a la pena como una reacción proporcional al delito cometido, estableciendo un límite a la pretensión punitiva estatal.

2.6.1 Teorías relativas de la pena

Las teorías preventivas renuncian a ofrecer fundamentos éticos a la pena, ella será entendida como un medio para la obtención de ulteriores objetivos, como un instrumento de motivación, un remedio para impedir el delito. Para explicar su utilidad, en relación a la prevención de la criminalidad, se busca apoyo científico.

Teorías de la prevención especial: Desarrollada por diversas corrientes de pensamiento penal, como la escuela alemana de Liszt, el positivismo criminológico italiano, el correccionalismo y la escuela de la defensa social. Aunque cada una de ellas presente matices, resulta factible enunciar sus principales formulaciones. Es la posición extrema contraria a la teoría de la retribución.

Según éste punto de vista preventivo-especial, el fin de la pena es disuadir al autor de futuros hechos punibles, es decir, evitar las reincidencias (versión moderna de la teoría) y sólo es indispensable aquella pena que se necesite para lograrlo, se procurará readaptar al autor mediante tratamientos de resocialización. Así, la necesidad de prevención especial es la que legitima la pena, según Von Liszt; "sólo la

pena necesaria es justa". Se habla de "relativa" porque su finalidad está referida a la "evitación del delito". La prevención especial no quiere retribuir el hecho pasado, no mira el pasado, sino que ve la justificación de la pena en que debe prevenir nuevos delitos del autor. Esta concepción, influenciada por el determinismo, no admite la libertad de voluntad, niega que la culpabilidad pueda ser fundamento y medida de la pena. Von Liszt se dedicó a clasificar delincuentes considerando que la eficacia de la incriminación exige que ella se adapte a cada sujeto, procurando corregir, intimidar o inocuizar, según la personalidad de cada individuo sobre el que la pena deba cumplir su función preventiva, de modo que para dicho autor la prevención especial actúa de tres maneras:

- Corrigiendo al corregible: resocialización
- Intimidando al intimidable
- Haciendo inofensivos a quienes no son corregibles ni intimidables.

La necesidad de la pena es la que fundamenta en esta teoría de la imposición.

Pese a que existen razones para considerarlo concepción dominante, éste punto de vista también es vulnerable.

Algunas objeciones a la teoría de la prevención especial:

En cuanto al fundamento y límites del "ius puniendi".

- El ideal de corrección explica el fin que persigue la pena pero no contiene ninguna justificación del "ius puniendi".
- No sirve para fundamentar la conminación de penas, sino en todo caso, para fundamentar la aplicación y ejecución de penas.
- No posibilitan una delimitación del ius puniendi ¹²en cuanto a su contenido.

Resulta válido cuestionar el derecho del Estado a someter a tratamiento contra su voluntad a una persona, especialmente si es adulta, porque puede traducirse en una manipulación de la personalidad para obligarla a

¹² Diccionario Jurídico, <http://www.diccionariojuridico.mx/?pag=vertermino&id=998>

dejar de ser lo que quiere. La imposición coactiva de un proceso de resocialización entra en contradicción con la idea de un estado de derecho que exige pluralismo. Así, el fin de resocialización será de tan poca precisión que podría ampliar incontroladamente el poder del Estado en el campo del Derecho Penal. Incluso debería perseguirse un tratamiento hasta que se dé la definitiva corrección, aún a riesgo de que la duración sea indefinida.

Imposibilidad de determinar la necesidad de la pena.

- En la mayoría de los casos, nuestros conocimientos empíricos no bastan para delimitar la necesidad de la pena, lo que resulta extensivo a lo relativo a naturaleza y quantum de la pena. En aquellos supuestos en que resulte posible determinar la falta de necesidad de prevención especial la única conclusión viable sería la impunidad, o sea;

*delincuentes primarios y ocasionales: Porque no manifiestan peligro de volver a delinquir.

*delitos graves: en ciertos casos no hay peligro de repetición

*delitos cometidos en situaciones excepcionales: porque casi con seguridad no se volverán a repetir.

*delincuentes habituales: a veces no hay posibilidad de resociabilizarlos.

*delincuentes por convicción: se dificulta la resocialización debido a que para que la misma resulte viable es indispensable la colaboración del delincuente y no cabe su imposición coactiva, no podría aplicársele por la fuerza. - En el ámbito de individualización de la pena, surgen nuevas objeciones por la imposibilidad de predecir los efectos del tratamiento (si la pena se prolonga hasta que el tratamiento tenga éxito, el condenado queda a merced de la intervención estatal).

Ilegitimidad de la resocialización coactiva:

- El Estado o la sociedad no tienen derecho alguno que les permita readaptar a según las reglas socialmente impuestas, en forma coactiva, al autor de un delito determinado. - No se puede, además, agotar el sentido de la pena en la readaptación social del condenado y el propósito de evitar la reincidencia.

La razón por la cual la teoría de la prevención especial quedó detenida en su evolución, no logrando superar las críticas apuntadas, se relacionan con su prematuro abandono de los conocimientos de las ciencias sociales y de la investigación empírica para construir las categorías de autor que debían servir de base al sistema.

Teorías de la prevención general: Tiene origen científico en Feuerbach, concibe a la pena como una amenaza que por medio de las leyes se dirige a toda la colectividad con el fin de limitar al peligro derivado de la delincuencia latente en su seno. Esta coacción formulada en abstracto se concretiza en la sentencia, cuando el juez refuerza la prevención general al condenar al autor debido a que por éste acto está anunciando a los demás lo que les ocurrirá si realizan idéntica conducta (por eso, la lógica de éste criterio exige que las penas sean cumplidas, de lo contrario, el fin intimidatorio se ve afectado). Así, en su formulación pura, estas concepciones no se fijan en los efectos que la pena puede surtir sobre el autor mismo, de manera que, "prevención general", significa también evitación de los delitos mediante la producción de efectos sobre la generalidad. Estas teorías suelen ser identificadas con el aspecto intimidatorio de las penas ya que su justificación estará dada por su fin de evitar la comisión de hechos punibles respecto de sus potenciales autores. La prevención general actúa no sólo con la conminación general de penas, sino que adquiere mayor efectividad con su imposición y ejecución. La conminación penal debe intimidar y la ejecución penal debe confirmar la seriedad de la amenaza. Según Feuerbach; La ejecución de la pena tiene lugar "para que...la amenaza de la ley sea una verdadera amenaza". Esta teoría parece presentar la ventaja de no tener que recurrir al criterio clásico de la culpabilidad sino al de motivabilidad del autor. Así, el tipo penal consiste en la descripción de la conducta prohibida y su fin es motivar (mediante la amenaza con una pena) para que esa conducta no se realice.

Teoría de la prevención general positiva:

La prevención general puede ser entendida de un modo diverso al precedentemente expuesto. Por una parte, puede manifestarse por la vía de la intimidación a los posibles delincuentes (prevención general negativa), y, por la otra, como preavalecimiento o afirmación del derecho a los ojos de la colectividad. Así se adjudica a la pena ya un fin de conservación del orden, o de conservación del derecho, o para fortalecer la pretensión de validez de las normas jurídicas en la conciencia de la generalidad, o bien reforzar las costumbres sociales y la fidelidad al derecho o como afirmación de la conciencia social de la norma.

Algunas objeciones a la teoría de la prevención general

En cuanto al fundamento del "ius puniendi"

- Esta formulación encierra el peligro de su intrínseca debilidad para fundamentar cuándo es legítimo que el Estado use la pena, deja sin resolver la pregunta siguiente; ¿frente a qué supuestos tiene el Estado la facultad de intimidar?. Ello explica su tendencia a favorecer el "terror penal" (como ocurrió en la baja Edad Media con la práctica de las ejecuciones ejemplares)

- Tampoco aporta datos acerca de ¿cuáles son los comportamientos esperados y cuáles los indeseables?

En cuanto al límite del "ius puniendi"

- Podría terminar en una tendencia al terror estatal porque podría conducir a un Derecho Penal más ocupado por su propia eficacia que por servir a todos los ciudadanos. - No es posible determinar cuál es el énfasis punitivo que es necesario aplicar al delincuente para lograr el efecto intimidatorio en el resto del tejido social.

Indemostrabilidad de la coacción psicológica

- Las suposiciones sobre el efecto intimidatorio de las penas ejemplares sólo pueden pretender el status de una cuestión de fe.

- Es muy difícil verificar cual es el efecto preventivo general de la pena. La idea de que la intensidad de la amenaza es proporcional al efecto preventivo resulta, al menos, dudosa.

Utilización del delincuente para amedrentar a otros hombres.

- El interés público en la evitación de delitos no basta para justificar, respecto del afectado, lo que la pena a él le ocasiona: la garantía de la dignidad humana prohíbe utilizar al hombre como medio para los fines de otros hombres.
- Es impugnable en sí mismo un criterio que utiliza al hombre de esa forma ya que no se lo castiga por su acción sino por comportamientos que se supone que otros hombres pueden realizar, asumiendo sentido la objeción kantiana a que los seres humanos sean manejados como instrumentos para prevenir las intenciones de otros.

Las impugnaciones a la teoría de la prevención general tampoco han provocado que el Derecho penal haya podido despojarse totalmente de este punto de vista. Es importante señalar que fueron precisamente ópticas de prevención general las que dieron lugar a uno de los más modernos intentos por fundamentar el sistema penal: partiendo de la concepción de Luhmann de que el Derecho es instrumento de estabilización social, se ha explicado la denominada "prevención general positiva".

2.6.2. Teorías mixtas o de la unión.

La polémica entre teorías absolutas y relativas de la pena evidencia que existe más de un fin de la pena ya que ninguna de las mencionadas concepciones agota el fundamento para su explicación. De allí se derivan teorías de la unión que procuran articular una síntesis entre las doctrinas en pugna. Parten del supuesto realista de que no es posible adoptar una fundamentación desde las formas puras precedentemente señaladas porque ellas ofrecen varios flancos a la crítica. Surgen así teorías pluridimensionales de la pena que suponen una combinación de fines preventivos y retributivos e intentan configurar un sistema que recoja los efectos más positivos de cada una de las concepciones puras hasta aquí analizadas.

Los intentos para presentar una fundamentación coherente de la pena, que contemple al mismo tiempo las teorías absolutas y las relativas, son

variados. Además, éstas "teorías de la unión" son dominantes en el Derecho penal contemporáneo. Algunos autores señalan que su existencia pone en evidencia una crisis cuya manifestación más evidente es la ausencia de respuestas doctrinarias y legislativas armónicas para justificar el "ius puniendi" estatal, "con todas las consecuencias de inseguridad que de allí se derivan". Comúnmente las teorías mixtas le asignan al Derecho Penal la función de protección a la sociedad, sin embargo, tal función no reviste iguales características en todas las teorías. Pueden reconocerse dos grupos de fundamentaciones:

- Aquellas que postulan que la protección de la sociedad ha de basarse en la retribución justa y que los fines de la prevención sólo juegan un papel complementario dentro del marco de la retribución.
- Las que sostienen que fundamento de la pena es la defensa de la sociedad, y a la retribución corresponde únicamente la función de límite máximo de las exigencias de la prevención, impidiendo que conduzcan a una pena superior a la merecida por el hecho cometido.

En ambos casos, la protección de la sociedad es entendida en el sentido de protección de bienes jurídicos y las conminaciones penales se justifican sólo, y siempre, por la necesidad de protección de bienes jurídicos.

En algunos exponentes de éstas teorías mixtas, la prevención general se presenta como la forma concreta de protección de bienes jurídicos en virtud de que el fin de protección de bienes jurídicos, por sí solo, no legitima la pena.-

Se sostiene que el criterio unificador se concreta en la afirmación de que cada concepción tiene influencia diversa según el momento en que se la considere. De modo que el criterio preventivo general es el que más gravita a nivel legislativo, es decir cuando se sanciona la norma que prevé sanción para todo aquel que realice determinado comportamiento. Los puntos de vista retributivo pasarían a primer plano durante el proceso y especialmente en la individualización judicial de la pena, ya que al

sentencia debe establecerse considerando preferentemente la gravedad del hecho cometido y la culpabilidad del autor. Pasarían a segundo plano consideraciones preventivas especiales vinculadas a la personalidad del autor u al pronóstico de reincidencia, limitándose la influencia de la prevención general a una función residual, relacionada con evitar la imposición de una pena tan reducida que suponga efectos contraproducentes para el control social. La teoría de más incidencia durante la ejecución sería la prevención especial en su versión moderna, debido a que el sistema penitenciario debe orientarse al logro de la readaptación social del condenado.

En resumen: la teoría de la pena aquí sostenida puede ser resumida de la siguiente manera; la pena sirve a finalidades de prevención especial y general. Es limitada en su monto mediante la medida de la culpabilidad, pero puede no alcanzar esta medida, en tanto esto sea necesario para las necesidades de prevención especial y no se opongan a ello requisitos mínimos de prevención general.

2.7. Función de la pena en Ecuador

El poder estatal reacciona frente al delito con una pena de restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como un efecto jurídico de sus acciones u omisiones punibles; siendo la sumatoria total de pruebas que han producido una sentencia condenatoria.

La pena se deriva del latín poena que da a notar una expresión de dolor causado por un castigo, cuya finalidad es la prevención general para la comisión de los delitos. Se dice que es necesario separar al responsable de la infracción, de la criminalidad que está en la calle: se dice que es una forma de proteger a la sociedad civil de los malos elementos, y por ende pretende disuadir a quienes andan apartados de la ley y por tanto reeducarlos, rehabilitarlos e insertarlos al seno de la sociedad.

El Código Orgánico Integral ¹³ como un instrumento penal moderno aboga por la proporcionalidad entre el delito y la pena; sin embargo contiene normas que sirven para la suspensión condicional de la pena, bajo ciertos parámetros como la reparación integral a las víctimas; no volver a cometer otra infracción entre otras y hasta se sustituye la pena por medidas comunitarias cuando el delito es menor. Diremos que la pena de cárcel no es sinónimo de venganza, de revancha ni de odio, sino más bien de rehabilitación; más sucede que nuestras cárceles son escuelas de perfeccionamiento del delito.

Mucho falta invertir en los centros de rehabilitación, que si hubiere el poder político, los internos aprenderían muchas profesiones u oficios que serían la salvaguarda de la futura economía cuando obtengan su libertad, capaz de que ingresen nuevamente a una actividad lícita que sustentará a su familia. Claro está que la pena es la resultante del delito, y éste, es el resultado de la falta de trabajo, salud y educación, pilares fundamentales para un buen proceder.

Pregunto, ¿qué hace una persona sin salud?; qué puede hacer sin trabajo y qué puede hacer sin educación; pues, estos elementos deben estar juntos en todos los seres humanos para poder discernir y entender lo que es bueno y lo que es malo, ya que hasta por ignorancia se adecúa la conducta a un tipo penal, cuya respuesta estadual es la cárcel que destruye no solamente al procesado sino a todo su entorno familiar.

La función de los penalistas consiste en decidir si en la colisión de derechos entre ciudadanos, se ha cometido una infracción penal, por lo cual la actividad de los operadores jurídicos radica en la resolución de los casos, objeto de su conocimiento, de forma técnica y racional, sobre la base de las disposiciones legales vigentes en el Estado al momento de la

¹³ Código Orgánico Integral Penal, Asamblea Nacional

realización de la conducta punible. Para lo cual se valen de la dogmática como **método** expositivo encargado de la construcción **sistemática** del delito a partir de la norma vigente en el Estado, orientado a servir de herramienta útil a los jueces y operadores jurídico-penales, que suministre sencillez a la aplicación de la ley, permita la consistencia de las decisiones, evitando las decisiones contradictorias, y constituya una garantía de los principios-derechos a la igualdad y seguridad jurídica de los ciudadanos, al brindarles pautas racionales que permitan la calculabilidad de las decisiones, el conocimiento de las razones (motivación) que llevan a la decisión de los casos penales, y el cumplimiento de la función pedagógica que encierra el principio-derecho de publicidad de las decisiones penales, de comunicarle a las partes en conflicto la solución de su caso y a la sociedad en general, cómo se resuelven los casos penales, de tal manera que puedan esperar confiadamente que casos similares se resuelvan de la misma forma y posean certeza de lo que se encuentra prohibido y los criterios empleados para administrar justicia.

2.8. Tipos de pena

- I. Graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario.
 - Delitos contra la humanidad
 - Trata de personas
 - Diversas formas de explotación
 - Delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario
- II. Delitos contra los derechos de libertad
 - Delitos contra la inviolabilidad de la vida
 - Delitos contra la integridad personal

- Delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar
- Contravenciones de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar
- Delitos contra la libertad personal
- Delitos contra la integridad sexual y reproductiva
- Delitos contra el derecho a la igualdad
- Delito de discriminación
- Delito de odio
- Delitos contra el derecho a la intimidad personal y familiar
- Delitos contra el derecho al honor y buen nombre
- Delitos contra la libertad de expresión y de culto
- Delitos contra el derecho a la propiedad
- Contravenciones contra el derecho de propiedad
- Delitos contra el derecho a la identidad
- Delitos contra la migración

III. Delitos contra los derechos del buen vivir

- Delitos contra el derecho a la salud
- Delitos por la producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización
- Delitos contra la seguridad de los activos de los sistemas de información y comunicación
- Delitos contra los derechos de los consumidores, usuarios y otros agentes del mercado
- Delitos contra el derecho a la cultura
- Delitos contra el derecho al trabajo y la Seguridad Social
- Contravención contra el derecho al trabajo

IV. Delitos contra el ambiente y la naturaleza o Pacha Mama

- Delitos contra la biodiversidad
- Contravención de maltrato y muerte de mascotas o animales de compañía

- Delitos contra los recursos naturales
- Delitos contra la gestión ambiental
- Delito contra los recursos naturales no renovables
- Delitos contra los recursos mineros
- Delitos contra la actividad hidrocarburífera, derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo y biocombustibles.

V. Delitos contra la responsabilidad ciudadana

- Delitos contra la tutela judicial efectiva
- Contravenciones contra la tutela judicial efectiva
- Delitos contra la eficiencia de la administración pública
- Contravenciones contra la eficiencia de la administración pública
- Delitos contra el régimen de desarrollo
- Delitos contra la administración aduanera
- Delitos contra el régimen monetario
- Delitos económicos
- Contravención de actos ilegales tendientes al alza de precios de productos sujetos a precio oficial
- Delitos contra el sistema financiero
- Delitos contra la fe pública
- Delitos contra los derechos de participación

VI. Delitos contra la estructura del Estado constitucional

- Delitos contra la seguridad pública
- Contravención contra la seguridad pública

VII. Terrorismo y su Financiación

VIII. Infracción de Tránsito

- Delitos culposos de tránsito
- Contravenciones de tránsito

IX. Contravenciones

2.8.1. Las penas no privativas de libertad.

Artículo 60.- Penas no privativas de libertad.- Son penas no privativas de libertad: 1. Tratamiento médico, psicológico, capacitación, programa o curso educativo.

2. Obligación de prestar un servicio comunitario.

3. Comparecencia periódica y personal ante la autoridad, en la frecuencia y en los plazos fijados en sentencia.

4. Suspensión de la autorización o licencia para conducir cualquier tipo de vehículo.

5. Prohibición de ejercer la patria potestad o guardas en general.

6. Inhabilitación para el ejercicio de profesión, empleo u oficio.

7. Prohibición de salir del domicilio o del lugar determinado en la sentencia.

8. Pérdida de puntos en la licencia de conducir en las infracciones de tránsito.

9. Restricción del derecho al porte o tenencia de armas.

10. Prohibición de aproximación o comunicación directa con la víctima, sus familiares u otras personas dispuestas en sentencia, en cualquier lugar donde se encuentren o por cualquier medio verbal, audiovisual, escrito, informático, telemático o soporte físico o virtual.

11. Prohibición de residir, concurrir o transitar en determinados lugares.

12. Expulsión y prohibición de retorno al territorio ecuatoriano para personas extranjeras.

13. Pérdida de los derechos de participación. La o el juzgador podrá imponer una o más de estas sanciones, sin perjuicio de las penas previstas en cada tipo penal.

2.8.2. La pena de servicio comunitario.

Artículo 63.- Servicio comunitario.- Consiste en el trabajo personal no remunerado que se realiza en cumplimiento de una sentencia y que en ningún caso superará las doscientas cuarenta horas. En caso de infracciones sancionadas con penas de hasta seis meses de restricción de libertad, el servicio comunitario no se realizará por más de ciento ochenta horas; en caso de contravenciones, por no más de ciento veinte horas, respetando las siguientes reglas:

1. Que se ejecuten en beneficio de la comunidad o como mecanismo de reparación a la víctima y en ningún caso para realizar actividades de seguridad, vigilancia para generar plusvalía o utilidad económica.
2. Que el tiempo para su ejecución no impida la subsistencia de la persona con condena, pudiendo ejecutarlo en tal caso después de su horario de trabajo, los fines de semana y feriados.
3. Que su duración diaria no exceda de tres horas ni sea menor a quince horas semanales.
4. Que sea acorde con las aptitudes de las personas con discapacidades que hayan sido condenadas.

El servicio comunitario es un servicio prestado, o actividad que es hecha por alguien o por un grupo de personas para beneficio del público o sus instituciones.

Los voluntarios pueden dar servicio a la comunidad, sin embargo, no todos los que proporcionan servicio comunitario son vistos o catalogados como voluntarios, ya que algunas personas que proporcionan servicio a la comunidad no lo están haciendo por su propia voluntad, sino que se ven obligados a hacerlo por alguna razón, como ser:

- como parte de las necesidades de la ciudadanía, en sustitución por ejemplo del servicio militar;

- por sanciones de justicia penal dictaminada por algún juez, y en muchos casos para evitar una sanción mayor de tipo económico o de tipo penal;
- para cumplir los requisitos de un curso, como el caso del llamado *aprendizaje en servicio*, o para cumplir con ciertos requisitos exigidos para la graduación;
- por alguna exigencia de una escuela o de una guardería o de una institución deportiva, que a veces requieren de los padres o responsables de quienes allí se inscriben, cierto número de horas de servicio no remunerado.

También hay personas que proporcionan servicio comunitario que reciben algún tipo de compensación a cambio de un año de su compromiso al servicio público, como [AmeriCorps](#) en [Estados Unidos](#) (quienes en este caso son llamados miembros en lugar de voluntarios).

2.9. Aplicabilidad de la pena de servicio comunitario

Los programas de servicio comunitario comenzaron a aplicarse en Estados Unidos con mujeres que cometían infracciones de tránsito en el condado de Alameda (California) en 1966, y varias iniciativas locales aparecieron posteriormente en diversos condados del país (Wright, 1991 en 40). Tal iniciativa, defendida y apoyada en parte por Justice Fellowship, obtuvo fondos de la legislatura de Indiana a fin de crear programas de servicio comunitario como alternativa viable al encarcelamiento en el Estado (Van Ness, 1986 en 194). Los legisladores consideraron que el programa podría ser una oportunidad para solucionar el problema de la superpoblación carcelaria en el Estado. Delincuentes no violentos, que de otro modo hubieran sido encarcelados, recibieron la posibilidad de realizar servicios comunitarios o hacer una reparación a sus víctimas en lugar del encarcelamiento. El interés acerca del programa original aumento de tal modo que el presupuesto destinado a programas

de servicio comunitario fue incrementado de sólo \$250.000 en 1980 a \$6 millones de dólares para 1985.

En el Reino Unido, el Parlamento promulgó, a principios de los '70, leyes que otorgaban a los tribunales facultades específicas a fin de poder ordenar el servicio comunitario como condena, y no sólo como condición para la libertad condicional (Wright, 1991 en 40). El servicio comunitario creció como parte del sistema de libertad condicional; y a los funcionarios de libertad condicional se les delegaba la exclusiva responsabilidad de asegurar el apoyo para los programas de servicio comunitario, además de organizarlos. A medida que estos programas ganaron el apoyo público, algunos especularon acerca de si el elemento reparador era el que lograba dicha atracción.

En nuestro país una de las particularidades que encontramos en el artículo 63 del Código Orgánico Integral Penal es el cumplimiento de la pena a través del servicio comunitario como medida sustitutiva de la sanción, entendiéndose al servicio comunitario como “el trabajo personal no remunerado que se realiza en cumplimiento de una sentencia y que en ningún caso superará las doscientas cuarenta horas”.

Como vemos, esta sanción es no privativa de la libertad y emerge en medio del sistema judicial como la alternativa, en mi criterio, efectiva dependiendo de la complejidad de la infracción de prestar una enseñanza y crear un estado de conciencia sobre el infractor.

A pesar de que el antiguo marco penal consideraba el servicio comunitario como una de las herramientas sustitutivas de la sanción sobre el infractor, en este nuevo texto legal, en el Código Orgánico Integral Penal, no solo se identifica la posibilidad de su aplicación, sino que de forma ilustrativa encontramos los modos y las circunstancias bajo las cuales los ciudadanos podemos requerir de la autoridad judicial su aplicación y sustitución, insisto, dependiendo de la complejidad o la gravedad de la falta del acto típico y antijurídico en tratamiento.

2.10. Experiencias en el sistema penal en la aplicación del servicio comunitario.

Hay ejemplos de programas de servicio comunitario conducidos tanto por parte de organizaciones sin fines de lucro, como por parte del gobierno. Prison Fellowship, una organización Cristiana sin fines de lucro, dirige su propio Proyecto de Servicio Comunitario (Van Ness, 1986 en 163). El Departamento de Libertad Condicional del Tribunal de Distrito en Washington ha dirigido un programa de servicio comunitario desde 1977 con la participación de, al menos, 150 instituciones de beneficencia y organismos gubernamentales .

El programa en Washington y otros programas similares describen al juez que dicta la sentencia ordenando servicio comunitario como condición para la libertad condicional, especificando la cantidad de horas de trabajo y el período de tiempo en que debe cumplirse la orden. Luego, el caso se envía a un coordinador de programa que ubica al sentenciado en el empleo adecuado. De no existir tal programa, se entrega al juez un informe previo a la sentencia, sugiriendo el servicio comunitario. En Washington, la orden típica requiere que el sentenciado realice entre cincuenta y doscientas horas de trabajo. Dado que el sentenciado trabajará en un lugar público, se realiza una cuidadosa selección a fin de asegurar la seguridad de los demás. Por lo general, los sentenciados no violentos son los elegidos para el programa. Si, por algún motivo, la orden no es cumplida, delincuente, coordinador de programa y funcionario de libertad condicional se reúnen a fin de conversar las razones de esto y algún medio alternativo para facilitar el cumplimiento de la misma. En algunas oportunidades, es necesario modificar la orden; puede que se transfiera al delincuente a otro trabajo, o el delincuente puede tener que presentarse nuevamente para recibir una sentencia alternativa.

Ejemplos de leyes del Reino Unido incluyen la Ley de Justicia Penal de

1972, que introdujo allí las órdenes de servicio comunitario. Sin embargo, la Ley no especificó que las órdenes deban ser más reparadoras que punitivas, lo que llevó a confusión. La Ley de 1982 alivió, en cierto modo, este problema autorizando a los tribunales a imponer una orden de servicio comunitario como sanción exclusiva.

Un programa de servicio comunitario en Bruselas, acepta casos del sistema de justicia de menores cuando las órdenes de servicio comunitario son impuestas al momento de dictar sentencia. Allí, las órdenes de servicio comunitario intentan lograr una proporcionalidad entre la seriedad del delito y la cantidad de horas a ser trabajadas, además de tener en cuenta otros factores. El programa de servicio comunitario funciona dentro de un modelo protector como alternativa frente a la institucionalización, lo que permite que las órdenes sean individualizadas, teniendo en cuenta qué es lo mejor para el menor.

Aquí en nuestro país tanto los abogados como para la ciudadanía, deben hacer uso de esta herramienta en defensa de los sentenciados, evitando su permanencia en la cárcel, cuando la magnitud o circunstancias de la infracción así lo ameriten. Sin embargo, es necesario crear un estado de conciencia ante el ciudadano infractor. No se puede ni debe tomar la sustitución de la medida como una mera evasión de permanecer algunos días en cárcel. No se cumpliría el espíritu de la norma, si no sirve realmente a la asimilación del infractor de la falta cometida y el daño que esta hace a nuestra sociedad.

Por estas circunstancias es tan importante que el servicio comunitario sea ejecutado en beneficio de la comunidad como mecanismo de reparación a la víctima, no pudiendo bajo ninguna circunstancia realizar actividades de seguridad, vigilancia, que deriven en la generación de plusvalía o utilidad económica. De igual manera, durante el tiempo en que se ejecute el servicio comunitario, no se debe impedir las acciones que lleven a la subsistencia del infractor, por lo que se deberá ejecutar después de su

horario de trabajo, los fines de semana y feriados. También se prevé un tiempo diario no mayor de tres horas ni menor a quince horas semanales y si la sanción es impuesta a una persona con capacidades especiales, el trabajo comunitario debe ser acorde a las aptitudes de dichas personas.

2.11. La sociedad y el estado en la aplicación de la pena de servicio comunitario.

Es tal el beneficio que presta esta modalidad de cumplimiento de sanciones, que en el marco del artículo 69 del Código Orgánico Integral Penal, incluso opera en situaciones de penas restrictivas de los derechos de propiedad, que en circunstancias que el infractor sancionado demuestre su incapacidad material para cancelar la multa impuesta, según el literal c) de este artículo, se podrá recurrir al servicio comunitario aplicado únicamente en las infracciones sancionadas con penas privativas de libertad de un día a seis meses.

Otros delitos bajo cuyas circunstancias se puede aplicar el servicio comunitario como medida de sanción son, por ejemplo, el identificado en el artículo 249 del Código Orgánico Integral Penal, referente al maltrato o muerte de mascotas o animales de compañía, o en general a todas las contravenciones de primera clase identificadas en el artículo 393 del Código Orgánico Integral Penal, las contravenciones ocasionadas en escenarios deportivos de masiva concurrencia, tal como lo identifica el artículo 397 del mismo cuerpo legal.

Esta modalidad que en algunas latitudes se la conoce como justicia restaurativa, no solo disminuye la población carcelaria sancionada por delitos menores, sino que además otorga un valor agregado, el darle la responsabilidad directa al infractor sobre la víctima y la comunidad toda.

2.12. Marco legal.

2.12.1. La Constitución de la República del Ecuador y las penas.

Derechos de libertad Art. 66 De la Constitución de la República reza lo siguiente: “Se reconoce y garantizará a las personas: 1. El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte. 2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios. 3. El derecho a la integridad personal, que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual. b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual. c) La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes. d) La prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos. 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación. 5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás. 6. El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones. 7. El derecho de toda persona agraviada por informaciones sin pruebas o inexactas, emitidas por medios de comunicación social, a la correspondiente rectificación, réplica o respuesta, en forma inmediata, obligatoria y gratuita, en el mismo espacio u horario. 8. El derecho a practicar, conservar, cambiar, profesar en público o en privado, su religión o sus creencias, y a difundirlas individual o colectivamente, con las restricciones que impone el respeto a los derechos. El Estado protegerá la práctica

religiosa voluntaria, así como la expresión de quienes no profesan religión alguna, y favorecerá un ambiente de pluralidad y tolerancia. 9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras. 10. El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener. 11. El derecho a guardar reserva sobre sus convicciones. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre las mismas. En ningún caso se podrá exigir o utilizar sin autorización del titular o de sus legítimos representantes, la información personal o de terceros sobre sus creencias religiosas, filiación o pensamiento político; ni sobre datos referentes a su salud y vida sexual, salvo por necesidades de atención médica. 12. El derecho a la objeción de conciencia, que no podrá menoscabar otros derechos, ni causar daño a las personas o a la naturaleza. Toda persona tiene derecho a negarse a usar la violencia y a participar en el servicio militar. 13. El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria. 14. El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. La prohibición de salir del país sólo podrá ser ordenada por juez competente. Las personas extranjeras no podrán ser devueltas o expulsadas a un país donde su vida, libertad, seguridad o integridad o la de sus familiares peligren por causa de su etnia, religión, nacionalidad, ideología, pertenencia a determinado grupo social, o por sus opiniones políticas. Se prohíbe la expulsión de colectivos de extranjeros. Los procesos migratorios deberán ser singularizados. 15. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental. 16. El derecho a la libertad de contratación. 17. El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley. 18. El derecho al honor y al

buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona. 19. El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley. 20. El derecho a la intimidad personal y familiar. 21. El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual; ésta no podrá ser retenida, abierta ni examinada, excepto en los casos previstos en la ley, previa intervención judicial y con la obligación de guardar el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen. Este derecho protege cualquier otro tipo o forma de comunicación. 22. El derecho a la inviolabilidad de domicilio. No se podrá ingresar en el domicilio de una persona, ni realizar inspecciones o registros sin su autorización o sin orden judicial, salvo delito flagrante, en los casos y forma que establezca la ley. 23. El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo. 24. El derecho a participar en la vida cultural de la comunidad. 25. El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características. 26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas. 27. El derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza. 28. El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales. 29. Los derechos de libertad también incluyen: a) El reconocimiento de que todas las

personas nacen libres. b) La prohibición de la esclavitud, la explotación, la servidumbre y el tráfico y la trata de seres humanos en todas sus formas. El Estado adoptará medidas de prevención y erradicación de la trata de personas, y de protección y reinserción social de las víctimas de la trata y de otras formas de violación de la libertad. c) Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias. d) Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley”.

De igual manera en nuestra Constitución de la República sobre los Derechos de protección en su artículo 75 establece que: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley. Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria. 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su

promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora. 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora. 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: 54 a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”. En la Constitución de la República en el Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: 1. La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la

comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva. 2. Ninguna persona podrá ser admitida en un centro de privación de libertad sin una orden escrita emitida por jueza o juez competente, salvo en caso de delito flagrante. Las personas procesadas o indiciadas en juicio penal que se hallen privadas de libertad permanecerán en centros de privación provisional de libertad legalmente establecidos. 3. Toda persona, en el momento de la detención, tendrá derecho a conocer en forma clara y en un lenguaje sencillo las razones de su detención, la identidad de la jueza o juez, o autoridad que la ordenó, la de quienes la ejecutan y la de las personas responsables del respectivo interrogatorio. 4. En el momento de la detención, la agente o el agente informará a la persona detenida de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la asistencia de una abogada o abogado, o de una defensora o defensor público en caso de que no pudiera designarlo por sí mismo, y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique. 56 5. Si la persona detenida fuera extranjera, quien lleve a cabo la detención informará inmediatamente al representante consular de su país. 6. Nadie podrá ser incomunicado. 7. El derecho de toda persona a la defensa incluye: a) Ser informada, de forma previa y detallada, en su lengua propia y en lenguaje sencillo de las acciones y procedimientos formulados en su contra, y de la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento. b) Acogerse al silencio. c) Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal. 8. Nadie podrá ser llamado a declarar en juicio penal contra su cónyuge, pareja o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, excepto en el caso de violencia intrafamiliar, sexual y de género. Serán admisibles las declaraciones

voluntarias de las víctimas de un delito o de los parientes de éstas, con independencia del grado de parentesco. Estas personas podrán plantear y proseguir la acción penal correspondiente. 9. Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto. 10. Sin excepción alguna, dictado el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria, la persona detenida recobrará inmediatamente su libertad, aun cuando estuviera pendiente cualquier consulta o recurso. 11. La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con las circunstancias, la personalidad de la persona infractora y las exigencias de reinserción social de la persona sentenciada.

2.12.2. Código de la Niñez y Adolescencia, la responsabilidad de los adolescentes infractores.

LIBRO CUARTO RESPONSABILIDAD DEL ADOLESCENTE INFRACTOR TITULO I DISPOSICIONES GENERALES.- Art. 305.- Inimputabilidad de los adolescentes.- Los adolescentes son penalmente inimputables y, por tanto, no serán juzgados por jueces penales ordinarios ni se les aplicarán las sanciones previstas en las leyes penales.

Art. 306.- Responsabilidad de los adolescentes.- Los adolescentes que cometan infracciones tipificadas en la ley penal estarán sujetos a medidas socio - educativas por su responsabilidad de acuerdo con las preceptos del presente Código.

Arts. 369. Art. 307.- Inimputabilidad y exención de responsabilidad de niños y niñas.- Los niños y niñas son absolutamente inimputables y

tampoco son responsables; por tanto, no están sujetos ni al juzgamiento ni a las medidas socio - educativas contempladas en este Código. Si un niño o niña es sorprendido en casos que puedan ser considerados de flagrancia según el artículo 326, será entregado a sus representantes legales y, de no tenerlos, a una entidad de atención. Se prohíbe su detención e internación preventiva. Cuando de las circunstancias del caso se derive la necesidad de tomar medidas de protección, éstas se tomarán respetando las condiciones y requisitos del presente Código.

Art. 308.- Principio de legalidad.- Los adolescentes únicamente podrán ser juzgados por actos considerados como delitos por la ley penal con anterioridad al hecho que se le atribuye y de acuerdo al procedimiento establecido en este Código. No se podrán tomar medidas si existen causas eximentes de responsabilidad según lo establecido en el Código Penal. La aplicación, ejecución y control de las medidas socio-educativas se ajustarán a las disposiciones de este Código.

Art. 309.- Objetivos de la investigación y de la determinación de la responsabilidad.- El proceso de juzgamiento, además de establecer el grado de participación del adolescente en el hecho del que se le acusa, tiene por finalidad investigar las circunstancias del hecho, la personalidad del adolescente y su conducta y el medio familiar y social en el que se desenvuelve, de manera que el Juez pueda, de acuerdo a las reglas establecidas en este Código, aplicar la medida socio - educativa más adecuada para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, promover la reintegración del adolescente y que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

Art. 310.- Responsabilidad de los adolescentes de las comunidades indígenas.- El juzgamiento y aplicación de medidas socio - educativas a los adolescentes infractores pertenecientes a comunidades indígenas, por hechos cometidos en sus comunidades, se ajustará a lo dispuesto en este Código.

TITULO II DE LOS DERECHOS Y GARANTIAS EN EL JUZGAMIENTO

Art. 311.- Presunción de inocencia.- Se presume la inocencia del adolescente y será tratado como tal mientras no se haya establecido conforme a derecho, en resolución ejecutoriada, la existencia del hecho punible y su responsabilidad en él.

Art. 312.- Derecho a ser informado.- Todo adolescente investigado, detenido o interrogado tiene derecho a ser informado de inmediato, personalmente y en su lengua materna, o mediante lenguaje de señas si hubiere deficiencia en la comunicación: 1. Sobre los motivos de la investigación, interrogatorio, detención, la autoridad que los ordenó, la identidad de quienes lo investigan, interrogan o detienen y las acciones iniciadas en su contra; y, 2. Sobre su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la presencia de un abogado y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique. El adolescente contará con la asistencia gratuita de un intérprete, si no comprende o no habla el idioma utilizado. En todos los casos, los representantes legales del investigado, interrogado o detenido, serán informados de inmediato.

Art. 313.- Derecho a la defensa.- El adolescente tiene derecho a una defensa profesional adecuada durante todas las instancias del proceso. Cuando no disponga de un defensor particular, se le asignará, en un plazo de veinticuatro horas, un defensor público especializado, quien asumirá el caso dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación de su asignación. La falta de defensor causará la nulidad de todo lo actuado en indefensión.

Art. 314.- Derecho a ser oído e interrogar.- En todas las etapas del proceso el adolescente sometido a juzgamiento tiene derecho: 1. Al libre y completo acceso a documentos y piezas del proceso; 2. A ser escuchado en cualquier instancia del proceso; y, 3. A interrogar directamente o por medio de su defensor y de manera oral, a los testigos y peritos, que estarán obligados a comparecer ante el Juez para este efecto. El

adolescente podrá ser oído e interrogar por lenguaje de señas en caso de tener discapacidad auditiva.

Art. 315.- Celeridad procesal.- Los jueces, Procuradores de Adolescentes Infractores, abogados y la Oficina Técnica de la Administración de Justicia deben impulsar con celeridad las actuaciones judiciales. Quienes retarden indebidamente el proceso seguido contra un adolescente, serán sancionados en la forma prevista en este Código, sin perjuicio de las penas contempladas en otras leyes.

Art. 316.- Derecho a ser instruido sobre las actuaciones procesales.- El adolescente tiene derecho a ser instruido con claridad y precisión por su defensor, el Procurador, el equipo, de la Oficina Técnica y especialmente por el Juez, acerca del significado, objetivos y consecuencias de cada una de las actuaciones y diligencias del proceso.

Art. 317.- Garantía de reserva.- Se respetará la vida privada e intimidad del adolescente en todas las instancias del proceso. Las causas en que se encuentre involucrado un adolescente se tramitarán reservadamente. A sus audiencias sólo podrán concurrir, además de los funcionarios judiciales que disponga el Juez, el Procurador de Adolescentes Infractores, los defensores, el adolescente, sus representantes legales y un familiar o una persona de confianza, si así lo solicitare el adolescente. Las demás personas que deban intervenir como testigos o peritos permanecerán en las audiencias el tiempo estrictamente necesario para rendir sus testimonios e informes y responder a los interrogatorios de las partes. Se prohíbe cualquier forma de difusión de informaciones que posibiliten la identificación del adolescente o sus familiares. Las personas naturales o jurídicas que contravengan lo dispuesto en este artículo serán sancionadas en la forma dispuesta en este Código y demás leyes. Los funcionarios judiciales, administrativos y de policía, guardarán el sigilo y la confidencialidad sobre los antecedentes penales y policiales de los adolescentes infractores, quienes al quedar en libertad tienen derecho a que su expediente sea cerrado y destruido. Se prohíbe hacer constar en

el récord policial ningún antecedente de infracciones cometidas mientras la persona era adolescente. Quién lo haga estará sujeto a las sanciones de ley.

Art. 318.- Garantías del debido proceso e impugnación.- Se reconocen en favor del adolescente sometido a juzgamiento todas las garantías del debido proceso. Las resoluciones judiciales son impugnables ante el superior y las medidas socio - educativas aplicadas son susceptibles de revisión, de conformidad con la ley.

Art. 319.- Garantías de proporcionalidad.- Se garantiza al adolescente infractor la debida proporcionalidad entre la infracción atribuida y la medida socio - educativa aplicada.

Art. 320.- Cosa juzgada.- Cualquier forma de terminación del proceso impide una nueva investigación o juzgamiento por el mismo hecho, aunque se modifique su calificación legal o se conozcan nuevas circunstancias. En consecuencia, ningún adolescente podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa.

Art. 321.- Excepcionalidad de la privación de la libertad: La privación de la libertad del adolescente sólo se dispondrá como último recurso, por orden escrita del Juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley. El internamiento preventivo podrá ser revocado en cualquier etapa del proceso, de oficio o a petición de parte.

Art. 322.- Separación de adultos.- El adolescente que se encuentre detenido, internado preventivamente o cumpliendo una medida de privación de libertad, lo hará en centros especializados que aseguren su separación de los adultos también detenidos.

TITULO III DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Art. 323.- Objeto.- Las medidas cautelares tienen por objeto asegurar la inmediación del adolescente inculcado con el proceso y su eventual responsabilidad civil o

la de su representante. Estas medidas son de aplicación restrictiva. Se prohíbe imponer medidas cautelares no previstas en este Código.

Art. 324.- Medidas cautelares de orden personal.- El Juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares de orden personal: 1. La permanencia del adolescente en su propio domicilio, con la vigilancia que el Juez disponga; 2. La obligación de someterse al cuidado de una persona o entidad de atención, que informarán regularmente al Juez sobre la conducta del adolescente; 3. La obligación de presentarse ante el Juez con la periodicidad que éste ordene; 4. La prohibición de ausentarse del país o de la localidad que señale el Juez; 5. La prohibición de concurrir a los lugares o reuniones que determine el Juez; 6. La prohibición de comunicarse con determinadas personas que el Juez señale, siempre que ello no afecte su derecho al medio familiar y a una adecuada defensa; y, 7. La privación de libertad, en los casos excepcionales que se señalan en los artículos siguientes.

Art. 325.- Condiciones para la medida cautelar de privación de libertad.- Para asegurar la inmediación del adolescente con el proceso, podrá procederse a su detención o su internamiento preventivo, con apego a las siguientes reglas: 1. La detención sólo procede en los casos de los artículos 328 y 329, por orden escrita y motivada de Juez competente; 2. Los adolescentes privados de la libertad serán conducidos a centros de internamiento de adolescentes infractores que garanticen su seguridad, bienestar y rehabilitación; 3. Se prohíbe cualquier forma de incomunicación de un adolescente privado de la libertad; y, 4. En todo caso de privación de la libertad se deberá verificar la edad del afectado y, en casos de duda, se aplicará la presunción del artículo 5 y se lo someterá a las disposiciones de este Código hasta que dicha presunción se destruya conforme a derecho. El funcionario que contravenga lo dispuesto en este artículo, será destituido de su cargo por la autoridad correspondiente.

Art. 326.- Motivos de aprehensión.- Los agentes de policía y cualquier persona pueden aprehender a un adolescente: a) Cuando es sorprendido en infracción flagrante de acción pública. Existe flagrancia cuando se aprehende al autor en el mismo momento de la comisión de la infracción o inmediatamente después de su comisión, si es aprehendido con armas, instrumentos, huellas o documentos relativos a la infracción recién cometida; b) Cuando se ha fugado de un centro especializado de internamiento en el que estaba cumpliendo una medida socio - educativa; y, c) Cuando el Juez competente ha ordenado la privación de la libertad. Ningún adolescente podrá ser detenido sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. Transcurrido dicho plazo sin que se resuelva sobre su detención, el Director o encargado del Centro de Internamiento, lo pondrá inmediatamente en libertad. Ningún niño puede ser detenido, ni siquiera en caso de infracción flagrante. En este evento, debe ser entregado de inmediato a sus representantes legales y, de no tenerlos, a una entidad de atención. Se prohíbe recibir a un niño en un Centro de Internamiento; y si de hecho sucediera, el Director del Centro será destituido de su cargo.

Art. 327.- Procedimiento en casos de aprehensión.- En los casos del artículo anterior, si la aprehensión del adolescente es realizada por agentes policiales, éstos deben remitirlo inmediatamente al Procurador de Adolescentes Infractores con informe pormenorizado de las circunstancias de la detención, las evidencias materiales y la identificación de los posibles testigos y de los aprehensores. Cuando ha sido practicada por cualquier otra persona, ésta debe entregarlo de inmediato a la unidad o agente policial más próximo, los que procederán en la forma señalada en el inciso anterior. Si el detenido muestra señales de maltrato físico, el Procurador dispondrá su traslado a un establecimiento de salud y abrirá la investigación para determinar la causa y tipo de las lesiones y sus responsables. Cuando el hecho que motivó la privación de libertad del adolescente no esté tipificado como infracción por la ley penal, el Procurador lo pondrá inmediatamente en libertad.

Art. 328.- Detención para investigación.- El Juez competente podrá ordenar la detención, hasta por veinticuatro horas, de un adolescente contra el cual haya presunciones fundadas de responsabilidad por actos ilícitos, cuando lo solicite el Procurador, con el objeto de investigar una infracción de acción pública y se justifique que es imprescindible para ello la presencia del adolescente.¹⁴

Art. 329.- Detención para asegurar la comparecencia.- El Procurador podrá pedir al Juez que ordene la detención de un adolescente, hasta por veinticuatro horas, para asegurar su comparecencia a la audiencia preliminar o a la de juzgamiento.

Art. 330.- El internamiento preventivo.- El Juez sólo podrá ordenar el internamiento preventivo de un adolescente en los siguientes casos, siempre que existan suficientes indicios sobre la existencia de una infracción de acción pública y su autoría y complicidad en la infracción investigada: a) Tratándose de adolescentes que no han cumplido catorce años de edad, en el juzgamiento de delitos de asesinato, homicidio, violación, plagio de personas o robo con resultado de muerte; y, b) De los adolescentes que han cumplido catorce años, en el juzgamiento de delitos sancionados en la legislación penal ordinaria con pena de reclusión. El internamiento preventivo puede ser revocado en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte.

Art. 331.- Duración del internamiento preventivo.- El internamiento preventivo no podrá exceder de noventa días, transcurridos los cuales el funcionario responsable del establecimiento en que ha sido internado, pondrá en libertad al adolescente de inmediato y sin necesidad de orden judicial previa. El incumplimiento de esta disposición por parte de dicho funcionario será sancionado con la destitución del cargo, sin perjuicio de su responsabilidad penal y civil.

¹⁴ Código Orgánico Integral Penal, Asamblea Nacional

Art. 332.- Medidas cautelares de orden patrimonial.- Para asegurar la responsabilidad civil, el Juez puede ordenar el secuestro, la retención o la prohibición de enajenar bienes del peculio profesional del adolescente inculcado, de conformidad con la ley; o de sus representantes legales o personas a cargo de su cuidado, en los términos de los artículos 2246, 2247 y 2248 del Código Civil.

Art. 333.- Responsabilidad civil.- Para la determinación de las indemnizaciones por daños y perjuicios se estará a las normas y procedimientos que sobre la responsabilidad civil se encuentran contenidas en el Código Civil.

2.13. Legislación internacional en relación a la penas.

En Cuba existen dos modalidades de trabajo comunitario denominadas “Trabajo Correccional con Internamiento” y “Trabajo Correccional sin Internamiento”. Se establecen inicialmente en los literales c) y ch) del Art. 28 del Código Penal Cubano.

El trabajo correccional con internamiento, según el Art. 32, constituye sanción “subsidiaria de la de privación de libertad que no exceda de cinco años y es aplicable cuando, por la índole del delito y sus circunstancias y por las características individuales del sancionado, existen razones fundadas para estimar que su reeducación es susceptible de obtenerse por medio del trabajo”. Dura el mismo tiempo de la sanción privativa de libertad que sustituye.

Siguiendo el Art. Art. 32 numeral 3, esta sanción lleva consigo las siguientes obligaciones:

a) “Demostrar, con su buena actitud en el centro de trabajo al que se le destina, que ha comprendido las consecuencias desfavorables derivadas del hecho delictivo cometido;

b) Emplear los ingresos provenientes de su trabajo para el cuidado y manutención de su familia, así como para el cumplimiento de las obligaciones impuestas en la sentencia y otras obligaciones legalmente establecidas”.

La sanción involucra visitas familiares y permisos de salida del centro de internamiento con el propósito de contribuir a su vinculación con la comunidad y su familia. Cuando el trabajo se cumple satisfactoriamente, el tribunal puede suspender en cualquier momento el cumplimiento de la sanción, previa petición del Ministerio del Interior. Al declarar cumplida la obligación, se elimina el registro de sus antecedentes penales.

“Si el sancionado se niega a cumplir las obligaciones inherentes a la sanción de trabajo correccional con internamiento o, durante su ejecución, las incumple u obstaculiza su cumplimiento, o es sancionado a privación de libertad por un nuevo delito, el tribunal dispondrá que sufra lo que le resta de la sanción de privación de libertad originalmente fijada, después de deducir de la misma el tiempo cumplido de aquélla”. (Art. 32.8 Código Penal de Cuba). El trabajo correccional sin internamiento lo regula el Art. 33 en sus nueve numerales. Igualmente “es subsidiaria de la de privación de libertad que no exceda de cinco años y es aplicable cuando, por la índole del delito y sus circunstancias y por las características individuales del sancionado, existen razones fundadas para estimar que, a los efectos de la penalidad del hecho, resulta suficiente que el fin reeducativo de esta sanción se logre por medio del trabajo”. Dura el mismo tiempo que la pena privativa de libertad que sustituye.

El tribunal impone al sancionado las obligaciones siguientes:

a) Poner de manifiesto, con una buena actitud en el centro de trabajo donde se le ubique, que ha comprendido los objetivos que se persiguen con la sanción;

b) Subvenir a las necesidades de su familia y satisfacer las responsabilidades civiles declaradas en la sentencia, así como otras obligaciones legalmente establecidas.

Salvo excepciones calificadas por el Tribunal, no se aplica esta sanción cuando el infractor haya resultado sancionado a privación de libertad por término mayor de un año o con multa superior a trescientas cuotas, durante los cinco años anteriores. En el lugar donde se cumpla la sanción, el penado realizará trabajos de menor remuneración y está prohibido de ejercer funciones de dirección, administrativas o docentes, ni tiene derecho a ascensos ni a aumentos de salario. La vigilancia queda a cargo de la administración y organizaciones de la institución donde se ejecuta el trabajo, por su parte la policía tiene el deber de coordinar e informar sobre el cumplimiento al tribunal que impuso la pena.

En caso que el sancionado reciba nueva condena de privación de libertad por otro delito o se niegue a cumplir afectivamente sus obligaciones en el trabajo o si de alguna manera obstaculiza el cumplimiento, el tribunal competente dispone que cumpla lo que falta de la pena, en un centro de privación de libertad.

La sanción de servicio a la comunidad en Chile.

En Chile esta sanción está prevista tanto en el Código Penal como en la Ley N° 20.084 que establece el Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la ley penal. En el Código Penal está prevista en su libro tercero referente a las faltas, es decir para infracciones consideradas leves. Concretamente el Art. 494 bis dispone: “Los autores de hurto serán castigados con prisión en su grado mínimo a medio y multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, si el valor de la cosa hurtada no pasa de media unidad tributaria mensual.

La falta de que trata este artículo se castigará con multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, si se encuentra en grado de frustrada. En estos casos, el tribunal podrá conmutar la multa por la realización de

trabajos determinados en beneficio de la comunidad, señalando expresamente el tipo de trabajo, el lugar donde deba realizarse, su duración y la persona o institución encargada de controlar su cumplimiento. Los trabajos se realizarán, de preferencia, sin afectar la jornada laboral o de estudio que tenga el infractor, con un máximo de ocho horas semanales. La no realización cabal y oportuna de los trabajos determinados por el tribunal dejará sin efecto la conmutación por el solo ministerio de la ley, y deberá cumplirse íntegramente la sanción primitivamente aplicada”. Como se aprecia, el trabajo en beneficio de la comunidad solamente podría aplicarse en caso que la falta de hurto quede en grado de frustrada, caso contrario no se puede conmutar y corresponde aplicar en la segunda variante la multa establecida. En consecuencia, no reemplaza la pena privativa de libertad sino la multa.

Respecto a la Ley N° 20.084, la sanción adopta el nombre de “servicios en beneficio de la comunidad”, y está prevista exclusivamente para adolescentes mayores de catorce años y menores de dieciocho. Precisamente el Art. 6 que habla sobre las sanciones que sustituyen las contempladas en el Código Penal, en el literal e) estatuye la “prestación de servicios en beneficio de la comunidad”. La definición la encontramos en el Art. 11 que prescribe:

“La sanción de prestación de servicios en beneficio de la comunidad consiste en la realización de actividades no remuneradas a favor de la colectividad o en beneficio de personas en situación de precariedad. La prestación de servicios en beneficio de la comunidad no podrá exceder en ningún caso de cuatro horas diarias y deberá ser compatible con la actividad educacional o laboral que el adolescente realice. La sanción tendrá una extensión mínima de 30 horas y máxima de 120. La imposición de esta sanción requerirá del acuerdo del condenado, debiendo, en su caso, ser sustituida por una sanción superior, no privativa de libertad”. La sanción está prevista para delitos sancionados con penas que no superen los tres años de privación de la libertad como hurtos simples

independientemente del valor de la cosa hurtada; robo en lugar no habitado, en bienes nacionales de uso público, de vehículos, el robo por sorpresa y las lesiones graves. Pero cuando concurren atenuantes que rebajen la pena, es posible aplicar el servicio comunitario en otros delitos más graves.

También es aplicable en caso que el tipo sea sancionado con multa, el infractor puede solicitar se conmute por la sanción de servicios en beneficio de la comunidad, a razón de 30 horas por cada tres unidades tributarias mensuales, así lo estipula el Art. 9 de la ley en estudio. Asimismo el Art. 10 establece la sanción de Reparación del Daño a la víctima, sea con dinero, con restitución o reposición de la cosa objeto de la infracción, o mediante servicio no remunerado a favor de la víctima, para cuyo caso se exige la aceptación previa del condenado y de la víctima. En caso de incumplimiento de la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, el juez podrá aplicar sustitutivamente la libertad asistida en cualquiera de sus formas por un período de hasta tres meses, así lo señala el Art. 52, numeral 3 de la ley en mención.

Lamentablemente en el proceso de servicio comunitario, la víctima no participa lo que genera un problema para lograr el efectivo cumplimiento de los fines de dicha sanción. Como es el de prevenir la reincidencia.

En Washington.- El juez que dicta la sentencia ordena servicio comunitario como condición para la libertad condicional, especificando la cantidad de horas de trabajo y el período de tiempo en que debe cumplirse la orden. Luego, el caso se envía a un coordinador de programa que ubica al delincuente en el empleo adecuado. De no existir tal programa, se entrega al juez un informe previo a la sentencia, sugiriendo el servicio comunitario. En Washington, la orden típica requiere que el delincuente realice entre cincuenta y doscientas horas de trabajo. Dado que el delincuente trabajará en un lugar público, se realiza una cuidadosa selección a fin de asegurar la seguridad de los demás. Por lo general, los delincuentes no violentos son los elegidos para el programa. Si, por algún

motivo, la orden no es cumplida, delincuente, coordinador de programa y funcionario de libertad condicional se reúnen a fin de conversar las razones de esto y algún medio alternativo para facilitar el cumplimiento de la misma. En algunas oportunidades, es necesario modificar la orden; puede que se transfiera al delincuente a otro trabajo, o el delincuente puede tener que presentarse nuevamente para recibir una sentencia alternativa.

Ejemplos de leyes del Reino Unido incluyen la Ley de Justicia Penal de 1972, que introdujo allí las órdenes de servicio comunitario. Sin embargo, la Ley no especificó que las órdenes deban ser más reparatoras que punitivas, lo que llevó a confusión. La Ley de 1982 alivió, en cierto modo, este problema autorizando a los tribunales a imponer una orden de servicio comunitario como sanción exclusiva.

Un programa de servicio comunitario en Bruselas, acepta casos del sistema de justicia de menores cuando las órdenes de servicio comunitario son impuestas al momento de dictar sentencia. Allí, las órdenes de servicio comunitario intentan lograr una proporcionalidad entre la seriedad del delito y la cantidad de horas a ser trabajadas, además de tener en cuenta otros factores. El programa de servicio comunitario funciona dentro de un modelo protector como alternativa frente a la institucionalización, lo que permite que las órdenes sean individualizadas, teniendo en cuenta qué es lo mejor para el menor. ¹⁵

2.14. Marco conceptual

SERVICIO COMUNITARIO:

Es un servicio prestado, o actividad que es hecha por alguien o por un grupo de personas para beneficio del público o sus instituciones.

¹⁵ Justicia Restaurativa, <http://www.justiciarestaurativa.org/intro/practices/communityservice>

Los voluntarios pueden dar servicio a la comunidad, sin embargo, no todos los que proporcionan servicio comunitario son vistos o catalogados como voluntarios, ya que algunas personas que proporcionan servicio a la comunidad no lo están haciendo por su propia voluntad, sino que se ven obligados a hacerlo por alguna razón.

SOCIEDAD:

El hombre es un ser social, está inmerso en la sociedad desde que nace hasta que muere. Pero resulta difícil dar una definición exacta de la sociedad, por eso presentaremos primero algunas definiciones:

"Reunión permanente de personas, pueblos o naciones que conviven y se relacionan bajo unas leyes comunes"

"Agrupación de individuos con el fin de cumplir las finalidades de la vida mediante la cooperación mutua"

"Sistema o conjunto de relaciones que se establecen entre los individuos y grupos con la finalidad de constituir cierto tipo de colectividad, estructurada en campos definidos de actuación en los que se regulan los procesos de pertenencia, adaptación, participación, comportamiento, autoridad, burocracia, conflicto y otros"

Consideramos más apropiada la definición que da Fichter, porque en ella se distingue mejor la sociedad del grupo, pues este último comprende solo una parte de la sociedad y también porque la cultura de una sociedad es más amplia que la de una persona o la de un grupo.

REINSERCIÓN:

Reintegración o nueva adaptación de una persona en la sociedad después de haber estado durante un tiempo al margen de ella.

REPARACION:

La reparación es la reposición por parte de un criminal de una pérdida causada a una víctima. La reparación monetaria es una forma común de reparación. La reparación, junto con la verdad y la justicia, es uno de los elementos principales que se buscan en un proceso de justicia transicional, en el que se busca implementar un nuevo orden durante un proceso de paz que se lleve a cabo por diferentes razones.

SANCION:

La sanción es un término legal, que tiene varias acepciones.

En primer lugar, se denomina sanción a la consecuencia o efecto de una conducta que constituye a la infracción de una norma jurídica. Dependiendo del tipo de norma incumplida o violada, puede haber sanciones penales o penas; sanciones civiles y sanciones administrativas.

PENA:

Es el recurso que utiliza el estado para reaccionar frente al delito, expresándose como la "restricción de derechos del responsable".

CAPITULO III

FUNDAMENTACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Metodología de la investigación.

Esta investigación es DESCRIPTIVA, porque describe un problema que requiere ser resuelto por el estado: la aplicación adecuada de la sanción no privativa de libertad dentro de la normativa Penal de trabajo comunitario, es CUALITATIVA, porque a través de la investigación de campos se consiguió datos probables y reales, que va a ser cuantificado y permite un conocimiento real y exacto de la realidad, de cuál es la experiencia en la aplicabilidad de la sanción estudiada, Finalmente esta investigación es CUANTITATIVA ya que la investigación no se conformará con la obtención de noticias y datos de una sola fuente, sino que buscará todas las que sean necesaria y aporten nuevos datos e informaciones, en especial si la calidad de la pena no privativa de libertad estudiada cumple con sus objetivos tanto para la sociedad como para el sancionado, si se logra reparar el daño causado a la sociedad, si la aplicación de ella permite concientizar al sancionado a fin de que no proceda nuevamente a acondicionar su conducta al tipo penal que conllevó la sanción y si su familia asimiló la sanción como tal o como una simple salida de eludir la prisión preventiva.

Tipo de Investigación.

Es bibliografía y documental, determinado porque la fuente de la investigación son los libros tanto físicos como virtuales y en la investigación de campo, se tomará contacto con las usuarias y usuarios de los Juzgados de garantías penales y penitenciarias, Juzgados de Adolescentes infractores, Fiscales de Adolescentes infractores y funcionarios del Ministerio de Justicia en Guayaquil, Funcionarios de las Organizaciones No Gubernamentales (ONG) de carácter voluntario y así

obtendremos suficiente información y conocimientos para desarrollar este tema, de acuerdo a los objetivos planteado inicialmente.

3.2. Población y muestra.

Para el trabajo de campo es necesario determinar la población donde se llevará a efecto, que siempre será un conjunto de elementos que presentan una característica común.

La modalidad de investigación de campo se hace en el sector judicial, que comprende el gremio de abogados, los Jueces de los Juzgados de Garantías Penales y Penitenciarios, Niñez y Adolescencia – Adolescentes Infractores de Fiscales de Adolescentes Infractores y Funcionarios del Ministerio de Justicia de Guayaquil, Funcionarios de Organizaciones no gubernamentales (ONG) de Guayaquil según las especificaciones del siguiente cuadro:

Cuadro No.

POBLACIÓN DE ESTUDIO	
Abogados	15.960
Jueces de Garantías Penales	40
Jueces de Niñez- Adolescentes Infractores y Fiscales de Adolescentes Infractores	10
Funcionarios del Ministerio de Justicia.	10
Funcionarios de ONG (voluntariado)	10
Total	16.630

Elaboración:

Muestra

Es un grupo o porción del universo que puede ser utilizado para demostrar las características de la totalidad. En nuestro caso es una cantidad de personas que encuestadas y/o entrevistadas para un estudio cuantitativo y cualitativo

Tamaño de la muestra

Constituye el número de sujetos que se seleccionan de una población o universo.

Para calcular la población objeto se aplicó la siguiente fórmula:

$$N = \frac{n}{(E)^2(N - 1) + 1}$$

N = Tamaño de la muestra

E = Coeficiente de error (0.09%)

n = Población universo

El tamaño de la muestra fue calculada con el 9% de margen de error lo que significa que la muestra sea representativa:

$$N = \frac{16.630}{(0.09)^2(16.630 - 1) + 1}$$

$$N = \frac{16.630}{(0.0081)(16629) + 1}$$

$$N = \frac{16.630}{13469}$$

N = 118

3.3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.

MÉTODOS	TÉCNICAS	INSTRUMENTOS
TEÓRICOS:		
Analítico Sintético	Fichado bibliográfico	Electrónicos
Inductivo Deductivo	Fichado bibliográfico	Propio del registro de fuentes
Histórico Lógico	Fichado bibliográfico	Propio de la expresión escrita
Sistemático	Informe	Propio de la expresión escrita
EMPÍRICOS:		
Recopilación de información	Encuestas	Guía de entrevistas
	Encuestas	Cuestionario
Criterio de expertos	Encuesta	Cuestionario
	Encuestas	Cuestionario

Matriz de encuesta



UNIVERSIDAD LAICA "VICENTE ROCAFUERTE" DE GUAYAQUIL FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO ENCUESTA

OBJETIVOS:

Investigar la estructura jurídica e institucional con la que cuenta el Estado ecuatoriano para el cumplimiento de la sanción no privativa de libertad de servicio a la comunidad.

INSTRUCTIVO:

La información proporcionada guardara la absoluta reserva, la misma que tiene un carácter académico. La información brindada es estrictamente confidencial. Gracias por su colaboración.

Nombre:

Cargo:

Información específica

No.	Pregunta	SI	NO
1	Según su experiencia, ¿Considera usted que el servicio comunitario siendo una pena no privativa de libertad, garantiza una rehabilitación social?		
2	Según su experiencia, ¿Cree usted que la aplicación del servicio comunitario es la más empleada al momento de sancionar una conducta?		
3	Según su experiencia, ¿Cree usted que la privación de la libertad garantiza la rehabilitación de las personas impuestas sentencias condenatorias?		

4	Según su experiencia, ¿Cree usted que la privación de la libertad afecta de alguna manera a las personas que cometen delitos por primera vez?		
5	Según su experiencia, ¿Cree usted que si el sentenciado se encuadra en los delitos que permite la suspensión condicional de la pena privativa de libertad, y cumple con las condiciones debe el Juez suspender la ejecución de esta pena?		
6	Según su experiencia, ¿Cree usted que con el nuevo modelo de justicia a través del Sistema (SATJE) el cual permite verificar si el procesado tiene algún antecedente judicial, ha disminuido el otorgamiento de suspensiones condicionales de la pena y la aplicación de la pena de trabajo comunitario		
7	Según su experiencia, ¿Cree usted que la mayoría de las personas sentenciadas a quienes se les aplicaron la suspensión condicional de la pena han cumplido con el total de horas de su servicio a la comunidad?		
8	¿Existe coordinación entre las Instituciones públicas y los operados de Justicia para la prestación de Trabajo Comunitario?		
9	¿Se hace un seguimiento a la pena no privativa de libertad de servicio comunitario que fija el Juez?		
10	¿Está usted de acuerdo en que se cree una Unidad de control de cumplimiento del servicio comunitario, para que la ciudadanía pueda palpar y evidenciar la reparación del daño causado en su propia localidad?		

3.4 Tratamiento de la Información –procesamiento y análisis.

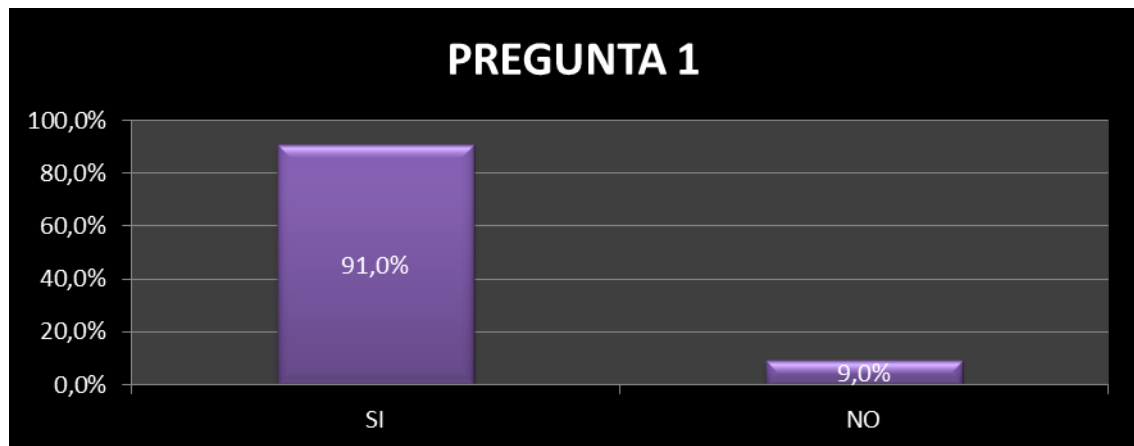
PRESENTACIÓN Y RESULTADOS

Pregunta No. 1 Según su experiencia, ¿Considera usted que el servicio comunitario siendo una pena no privativa de libertad, garantiza una rehabilitación social?

<i>Alternativas / f,1</i>	<i>Fa</i>	<i>f.r.</i>
SI	109	91 %
NO	9	9 %
TOTAL	118	100 %

Fuente:

Gabriela Pincay & Geovanna Franco



Análisis:

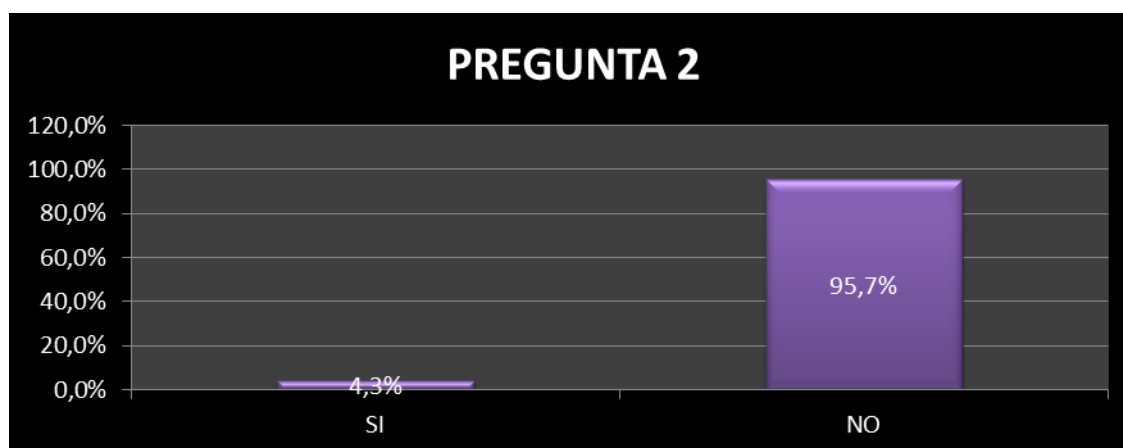
EL 91% de los encuestados considera que el servicio a la comunidad siendo una pena no privativa de libertad, garantiza una rehabilitación social, lo que nos permite aseverar que en una sanción que tiene objetivos de toda pena la rehabilitación del infractor.

Pregunta No. 2 Según su experiencia, ¿Cree usted que la aplicación del servicio comunitario es la más empleada al momento de sancionar una conducta?

<i>Alternativas / f,1</i>	<i>Fa</i>	<i>f.r.</i>
SI	5	4.3 %
NO	113	95.7 %
TOTAL	118	100 %

Fuente:

Gabriela Pincay & Geovanna Franco



Análisis:

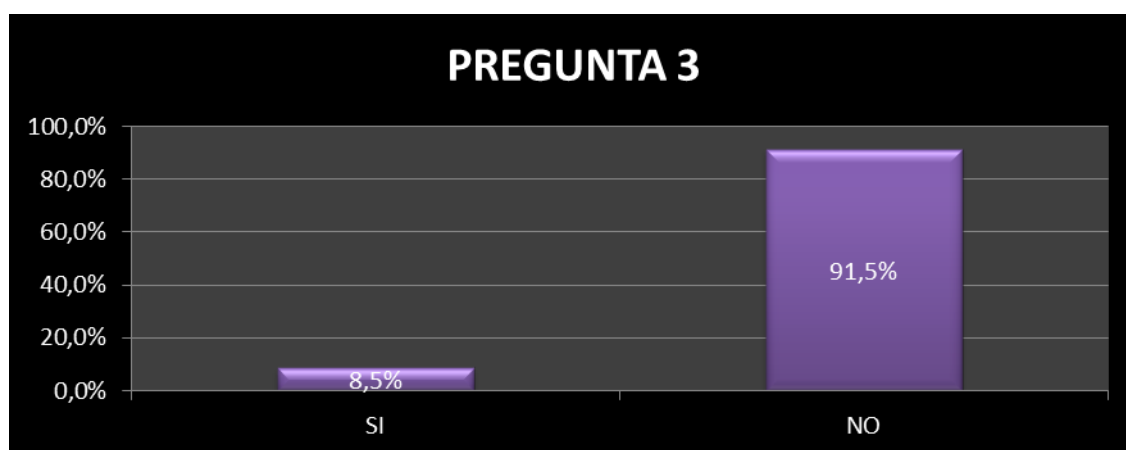
Solo el 4.3% de los encuestados cree que la aplicación del servicio comunitario es la más empleada al momento de sancionar una conducta, mientras que el 95.5 % es decir la gran mayoría considera que no es la más empleada, lo que nos deja el estudio de campo una realidad que nos lleva a afirmar que no se la emplea por falta de aplicabilidad y viabilidad así como el peso de la opinión pública que no considera esta sanción como una pena alternativa a la prisión , la ciudadanía tiene la concepción que la única forma de pena por un acto reñido con ley debe traer consecuentemente una pena de prisión.

Pregunta No. 3 Según su experiencia, ¿Cree usted que la privación de la libertad garantiza la rehabilitación de las personas impuestas sentencias condenatorias?

<i>Alternativas / f,1</i>	<i>Fa</i>	<i>f.r.</i>
SI	10	8.5 %
NO	108	91.5 %
TOTAL	118	100 %

Fuente:

Gabriela Pincay & Geovanna Franco



Análisis:

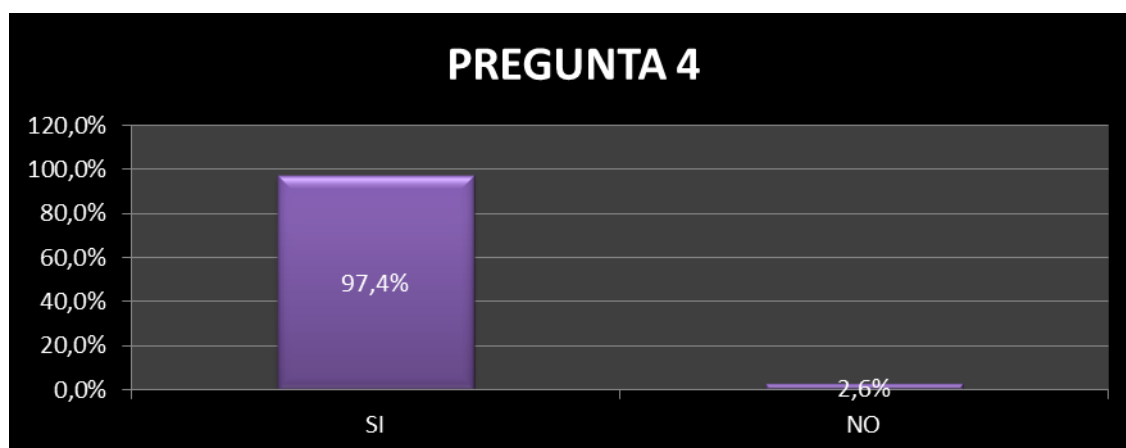
El 91 % de los encuestados considera que la privación de la libertad no garantiza la rehabilitación de las personas impuestas sentencias condenatorias, lo que nos reafirma el hecho que se liga la rehabilitación de un infractor con la pena privativa de libertad, cabe mencionar que los encuestados están ligados al que hacer jurídico y esta percepción la habíamos captado en la ciudadanía.

Pregunta No. 4 Según su experiencia, ¿Cree usted que la privación de la libertad afecta de alguna manera a las personas que cometen delitos por primera vez?

<i>Alternativas / f,1</i>	<i>Fa</i>	<i>f.r.</i>
SI	115	97.4 %
NO	3	2.6 %
TOTAL	118	100 %

Fuente:

Gabriela Pincay & Geovanna Franco



Análisis:

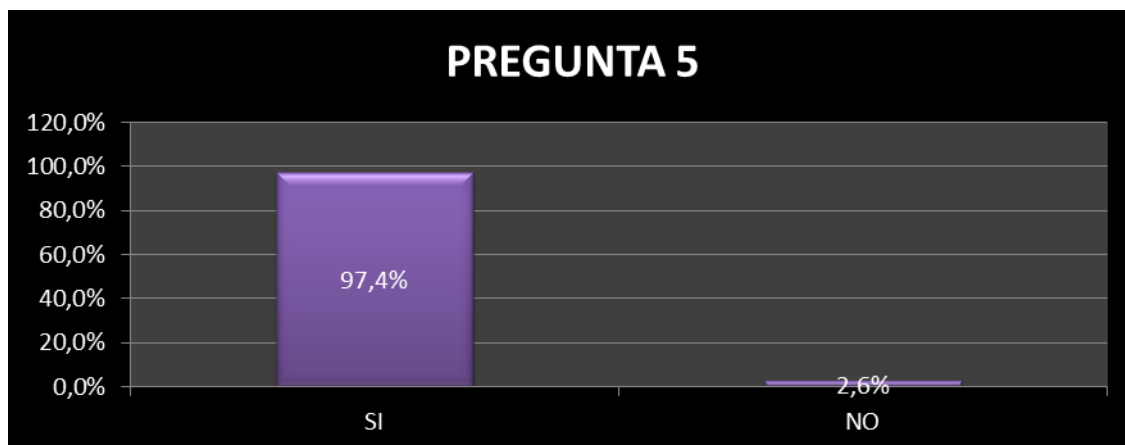
La mayoría el 97% de los encuestados si cree que la privación de la libertad afecta de alguna manera a las personas que cometen delitos por primera vez, afección que puede ser medible en do vías: la primera el de rehabilitación y por ende no reinciden y la segunda el hecho de que se vinculan al universo de infractores y buscaban un espacio en este universo y ellos reinciden lo que es contradictorio con la rehabilitación, objetivo primordial de la pena de privación de libertad.

Pregunta No. 5 Según su experiencia, ¿Cree usted que si el sentenciado se encuadra en los delitos que permite la suspensión condicional de la pena privativa de libertad, y cumple con las condiciones debe el Juez suspender la ejecución de esta pena?

<i>Alternativas / f,1</i>	<i>Fa</i>	<i>f.r.</i>
SI	115	97.4 %
NO	3	2.6 %
TOTAL	118	100 %

Fuente:

Gabriela Pincay & Geovanna Franco



Análisis:

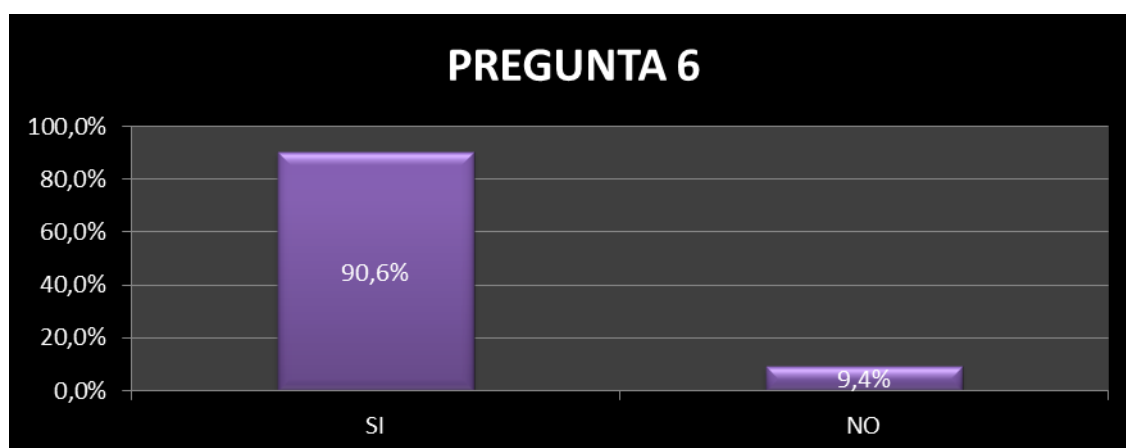
La muestra del universo predestinado en un 97% se cree que si el sentenciado se encuadra en los delitos que permite la suspensión condicional de la pena privativa de libertad, y cumple con las condiciones, debe el Juez suspender la ejecución de la pena, y una de éstas alternativas es el trabajo comunitario es decir puede ser utilizado como medio alternativo de pena privativa de libertad si se enmarca la conducta anterior y el tipo de conducta en la tipificación penal.

Pregunta No. 6 Según su experiencia, ¿Cree usted que con el nuevo modelo de justicia a través del Sistema (SATJE) el cual permite verificar si el procesado tiene algún antecedente judicial, ha disminuido el otorgamiento de suspensiones condicionales de la pena y la aplicación de la pena de trabajo comunitario?

<i>Alternativas / f,1</i>	<i>Fa</i>	<i>f.r.</i>
SI	109	90.6 %
NO	9	9.4 %
TOTAL	118	100 %

Fuente:

Gabriela Pincay & Geovanna Franco



Análisis:

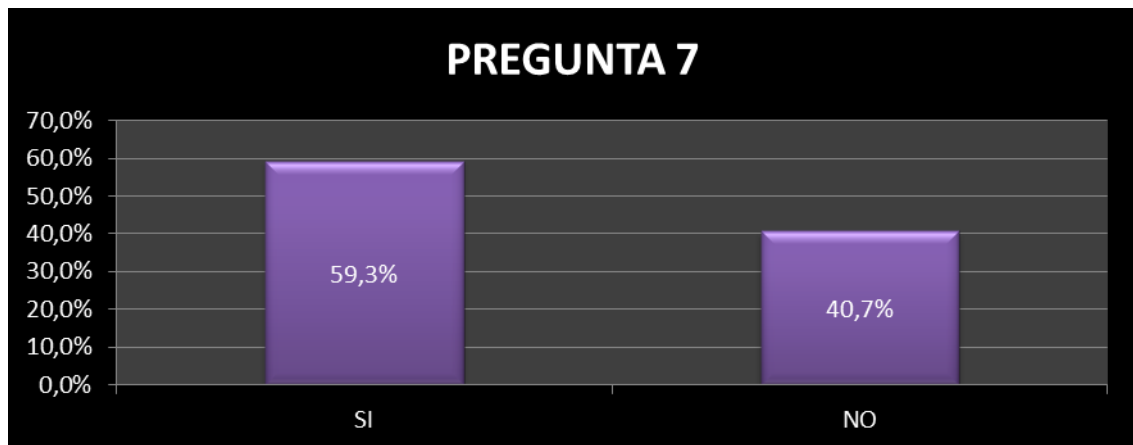
El 97 % de los encuestados cree que con el nuevo modelo de justicia a través del Sistema (SATJE) el cual permite verificar si el procesado tiene algún antecedente judicial, ha disminuido el otorgamiento de suspensiones condicionales de la pena y la aplicación de la pena de servicio a la comunidad, lo que permite destacar la eficiencia de los avances e implementación de los Tecnología de la información y comunicación en la aplicación de las penas alternativas a la prisión preventiva.

Pregunta No. 7 Según su experiencia, ¿Cree usted que la mayoría de las personas sentenciadas a quienes se les aplicaron la suspensión condicional de la pena han cumplido con el total de horas de su servicio a la comunidad?

<i>Alternativas / f,1</i>	<i>fa</i>	<i>f.r.</i>
SI	70	59.3 %
NO	48	40.7 %
TOTAL	118	100 %

Fuente:

Gabriela Pincay & Geovanna Franco



Análisis:

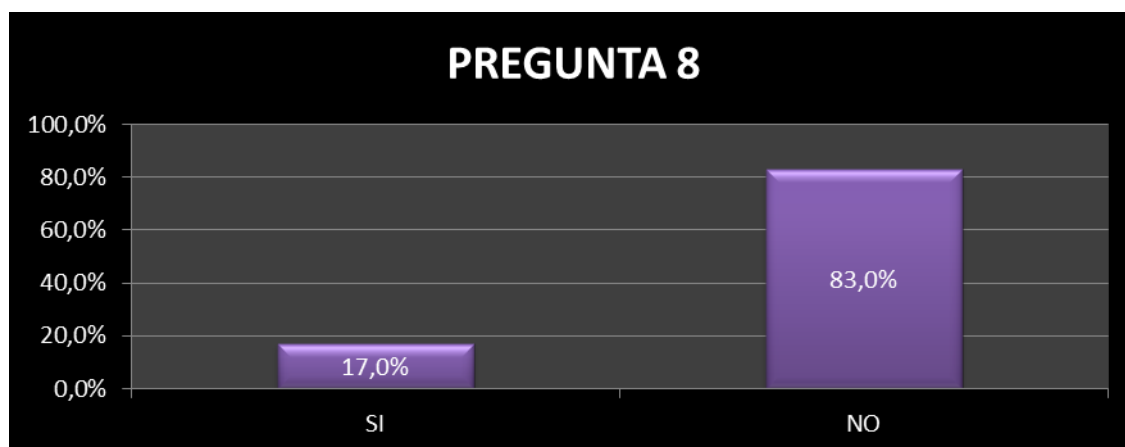
El 59 % de los encuestados si cree que la mayoría de las personas sentenciadas a quienes se les aplicaron la suspensión condicional de la pena han cumplido con el total de horas de su servicio a la comunidad, y el 41 que no, márgenes muy preocupante que refleja el hecho de la no presencia de un reglamento y control de la pena no privativa de libertad de servicio a la comunidad.

Pregunta No. 8 ¿Existe coordinación entre las Instituciones públicas y los operadores de Justicia, para la prestación de Trabajo Comunitario?

<i>Alternativas / f,1</i>	<i>Fa</i>	<i>f.r.</i>
SI	20	17 %
NO	98	83 %
TOTAL	118	100 %

Fuente:

Gabriela Pincay & Geovanna Franco



Análisis:

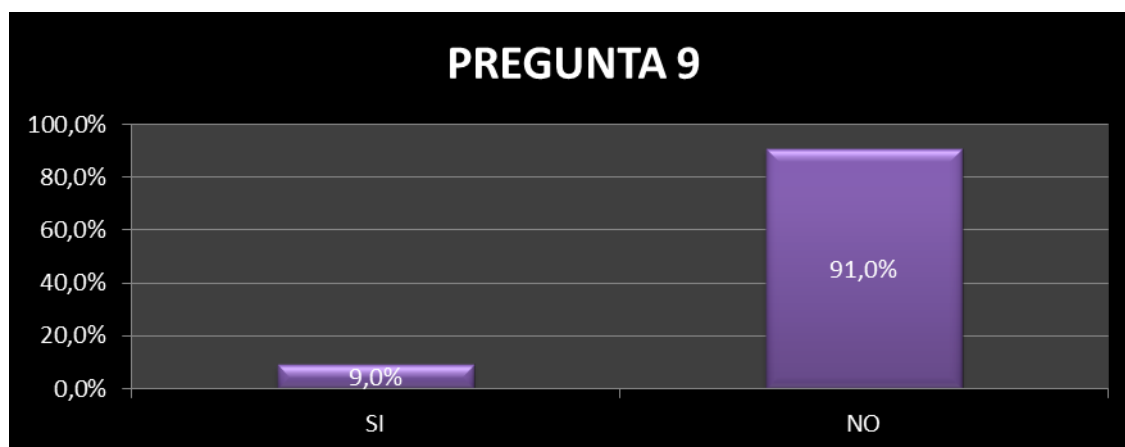
Solo el 20 % de los encuestado considera que existe coordinación entre las Instituciones públicas y los operadores de Justicia, para la prestación de Trabajo Comunitario el 80 % es decir la mayoría considera que no, evidencia que refleja la no existencia de un mecanismo de coordinación entre la judicatura e entidades gubernamentales y no gubernamentales para que la aplicación de la pena de servicio a la comunidad exista dualidad de beneficios entre el panado y una parte de la sociedad.

Pregunta No. 9 ¿Se hace un seguimiento a la pena no privativa de libertad de servicio comunitario que fija el Juez?

<i>Alternativas / f,1</i>	<i>fa</i>	<i>f.r.</i>
SI	20	9 %
NO	98	91 %
TOTAL	118	100 %

Fuente:

Gabriela Pincay & Geovanna Franco



Análisis:

El 93 % de los encuestados afirman que no se hace un seguimiento a la pena no privativa de libertad de servicio a la comunidad que fija el Juez, este trabajo de campo, nuevamente afirma nuestra hipótesis que es necesario la reglamentación e implementación de herramientas a los operadores de justicia para que se cumpla a cabalidad la pena mencionada.

Pregunta No. 10 ¿Está usted de acuerdo en que se cree una Unidad de control de cumplimiento del servicio comunitario, para que la ciudadanía pueda palpar y evidenciar la reparación del daño causado en su propia localidad?

<i>Alternativas / f,1</i>	<i>Fa</i>	<i>f.r.</i>
SI	115	97.4 %
NO	3	2.6 %
TOTAL	118	100 %

Fuente:

Gabriela Pincay & Geovanna

Franco



Análisis:

Casi el 98 % de los encuestados manifiestan su acuerdo en que se cree una Unidad que se encargue del control de cumplimiento de la pena de servicio a la comunidad, para que la ciudadanía pueda palpar y evidenciar la reparación del daño causado en su propia localidad, lo que demuestra que existe razón en la investigación, tanto en el objetivo como la hipótesis de buscar alternativas estructurales y normativas para la aplicación de la pena de servicio comunitario.

Conclusiones y Recomendaciones

Conclusiones

1. De las preguntas 1 y 2 podemos concluir que la pena de servicio a la comunidad no se la emplea por falta de aplicabilidad y viabilidad así como temor a la opinión pública que considera que la pena de privación de libertad no garantiza la rehabilitación de los sentenciados.
2. La preguntas 3 y 4 nos lleva a la conclusión que la privación de la libertad afecta de alguna manera a las personas que cometen delitos por primera vez y si el sentenciado se encuadra en los delitos que permite la suspensión condicional de la pena privativa de libertad, y cumple con las condiciones, debe el Juez suspender la ejecución de la pena, y una de estas alternativas es el servicio comunitario.
3. De la pregunta 5 concluimos que el uso de las TIC en esta caso el sistema (SATJE) permite verificar si el procesado tiene algún antecedente judicial, también permite comprobar en forma inmediata si el sentenciado puede ser beneficiario de la aplicación de pena alternativa a la prisión preventiva.
4. De las preguntas 6, 7, 8 y 9 concluimos que no hay evidencias del cumplimiento total de la pena, ya que no existe un Organismo que controle ni coordine entre las Instituciones que deben y pueden ejecutar la pena.
5. De la pregunta 10 podemos concluir que se debe crear un Organismo para controlar que se cumpla la pena de servicio a la comunidad para que la ciudadanía pueda palpar y evidenciar la

reparación del daño causado en su propia localidad y que el Estado optimice recursos.

Recomendaciones

1. Debatir las bondades de la aplicación de la pena de servicio a la comunidad como pena no privativa de la libertad.
2. Crear un ente para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad, a fin de forjar un hombre útil para la sociedad.
3. Seguir implementado el uso de la Tecnología de la Información y Comunicación TIC e en beneficio de la aplicación de las penas alternativas a la prisión preventiva.
4. Crear un reglamento para el cumplimiento control, y coordinación entre las Instituciones públicas y no gubernamentales para el cumplimiento de la pena de servicio a la comunidad
5. Crear un organismo de observación para controlar el cumplimiento de la pena de servicio a la comunidad.

CAPITULO IV

LA PROPUESTA.

4.1. Título de la propuesta.

Elaborar y sustentar un anteproyecto de ley reformativa al Capítulo II, del Título II de Penas y Medidas de Seguridad, del Libro Primero del Código Orgánico Integral Penal.

Que se agregue un inciso donde se estructure el control y aplicación del servicio comunitario como sanción no privativa de libertad.

Que se establezcan directrices para la aplicación de políticas públicas a fin de que se cree una Unidad de Control de Servicio Comunitario denominado UCSC, en la cual los sentenciados podrán cumplir su pena brindando un servicio a la comunidad donde se vea reflejada la reparación del daño causado a la ciudadanía y al Estado en su propia localidad

4.2. Justificación de la propuesta

La propuesta se justifica en la no existencia de un organismo que aplique adecuadamente y controle el cumplimiento del servicio a la comunidad.

En la actualidad, tanto la ciudadanía como el Estado no perciben el resarcimiento del daño ocasionado por el sentenciado, el cual se encuentra recluido en un centro de privación de libertad generando gastos al Estado.

Se justifica la propuesta porque la ciudadanía evidenciará en los trabajos realizados por el sentenciado en su propia localidad, los cuales pueden ser arreglos en los parques, limpieza en las calles o instituciones, colaboración en los distintos centros de atención pública, entre otras.

Se justifica la propuesta porque el Estado optimizará sus recursos económicos en el pago de la mano de obra de los sentenciados que están cumpliendo el servicio comunitario en las distintas actividades que realizarán dentro de su propia localidad donde se esté cumpliendo la pena.

Dicho servicio comunitario se canalizará a través de la Unidad de Control de Servicio Comunitario (UCSC), la cual contará con un listado de Instituciones ya sean Públicas u Organizaciones No Gubernamentales (ONG) que necesiten personal de apoyo para realizar determinadas actividades cumpliendo el tiempo determinado en el segundo inciso del artículo 63 del Código Orgánico Integral Penal.

Cabe recalcar que el sentenciado también se beneficiará de la aplicación de servicio comunitario por cuanto los centros de privación de libertad no garantizan una rehabilitación y futura reinserción a la comunidad.

4.3. Objetivo generales de la propuesta

Sustentar un anteproyecto de ley reformativa al Capítulo II, del Título II de Penas y Medidas de Seguridad, del Libro Primero del Código Orgánico Integral Penal, añadiendo el control y aplicación del cumplimiento de la sanción no privativa de libertad de servicio comunitario.

4.4. Objetivos específicos de la propuesta

Sustentar un anteproyecto de ley reformativa del Código Orgánico Integral Penal, añadiendo directrices para la aplicación de políticas públicas a fin de que se cree una Unidad de Control de Servicio Comunitario denominado UCSC, en la cual los sentenciados podrán cumplir su pena brindando un servicio a la comunidad donde se vea reflejada la reparación del daño causado a la ciudadanía y al Estado en su propia localidad.

4.5. Hipótesis de la propuesta

Con una ley reformativa al Capítulo II, del Título II de Penas y Medidas de Seguridad, del Libro Primero del Código Orgánico Integral Penal, añadiendo el control y aplicación del cumplimiento de la sanción no privativa de libertad de servicio comunitario donde se establezcan directrices para la aplicación de políticas públicas a fin de que se cree una Unidad de Control de Servicio Comunitario denominado UCSC, en la cual los sentenciados podrán cumplir su pena brindando un servicio a la comunidad donde se vea reflejada la reparación del daño causado a la ciudadanía y al Estado en su propia localidad.

4.6. Listado de contenidos y flujo de la propuesta

Como todo proyecto de ley la propuesta debe tener

1. Antecedentes del ante proyecto de ley.
2. Considerandos para el proyecto de ley.
3. La ley reformativa al Código Orgánico Integral Penal.

4.7. Desarrollo de la propuesta

Antecedentes.

La corriente humanista del derecho penal ha tomado mayor fuerza en los últimos años, logrando provocar históricas reformas e incorporaciones jurídicas en el derecho penal, tanto en lo referente a los delitos, las penas y el procedimiento. Dicha incidencia se ha producido en el derecho internacional y en cada uno de los estados democráticos. El objetivo es pasar de un derecho penal rígidamente castigador a un sistema más humano.

Las condenas indignas como el descuartizamiento, la horca, el fusilamiento, el entierro del cuerpo vivo, la guillotina, entre otras penas deshumanizantes deben quedar en el pasado. Ahora es preciso profundizar otras sanciones alternativas como es el servicio comunitario

que permitirá avanzar en el respeto a los derechos humanos, entendiendo que los delincuentes también tienen derechos pese a las fechorías por ellos perpetradas, que deben asumir las consecuencias de sus acciones u omisiones pero respetando su dignidad humana.

La humanización del derecho penal no significa jamás la promoción de la impunidad, pues todo delito acarrea determinadas consecuencias, por supuesto de diferentes niveles, porque no sería lógico aplicar una condena de diez años de prisión a quien haya cometido un delito leve. Y cuando hablamos de penas alternativas es ofrecer al juzgador varias opciones para adecuar una de ellas de acuerdo a las particularidades del hecho delictivo.

Como parte de esta corriente humanizadora, para la aplicación del servicio comunitario no puede partirse de que el infractor tiene patologías, sino partiendo de la necesaria humanización del derecho penal que incluso beneficiaría al Estado y la sociedad.

EL PLENO DE LA COMISIÓN LEGISLATIVA Y DE FISCALIZACIÓN

Considerando

QUE, de conformidad con el Art. 77 de la Constitución de la República establece: “En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: 1. La privación de la libertad no serán la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilataciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley...”; y, numeral 11 que establece: “la jueza o juez aplicará las

medidas cautelares alternativas a la prisión de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con las circunstancias, la personalidad de la persona infractora y las exigencias de reinserción de la persona sentenciada...

QUE, de conformidad con el Art. 51 de la Constitución de la República establece: *“Se reconoce a las personas privadas de la libertad los siguientes derechos: 1.- No ser sometidas a aislamiento como sanción disciplinaria...”*;

QUE, de conformidad con el Art. 60 del Código Orgánico Integral Penal establece: *Son penas privativas de libertad en su numeral 2. “Obligación de prestar un servicio comunitario...”*

QUE, de conformidad con el PARÁGRAFO QUINTO Suspensión condicional de la pena en su Artículo 630 del Código Orgánico Integral Penal, establece: *La ejecución de la pena privativa de libertad impuesta en sentencia de primera instancia, se podrá suspender a petición de parte en la misma audiencia de juicio o dentro de las veinticuatro horas posteriores, siempre que concurran los siguientes requisitos:*

- 1. Que la pena privativa de libertad prevista para la conducta no exceda de cinco años.*
- 2. Que la persona sentenciada no tenga vigente otra sentencia o proceso en curso ni haya sido beneficiada por una salida alternativa en otra causa.*
- 3. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta sean indicativos de que no existe necesidad de la ejecución de la pena.*
- 4. No procederá en los casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar. La o el juzgador señalará día y hora para una audiencia con intervención de la o el fiscal, el sentenciado, la o el defensor público o privado y la víctima de ser el caso, en la cual se establecerán las condiciones y forma de cumplimiento durante el período que dure la suspensión condicional de la pena.*

QUE, de conformidad con el Art. 631 del Código Orgánico Integral Penal, establece: *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.*

QUE, de conformidad con el Art. 632 del Código Orgánico Integral Penal, establece: *La o el juzgador de garantías penitenciarias será el encargado del control del cumplimiento de las condiciones. Cuando la persona sentenciada incumpla cualquiera de las condiciones impuestas o transgreda el plazo pactado, la o el juzgador de garantías penitenciarias ordenará inmediatamente la ejecución de la pena privativa de libertad.*

QUE, de conformidad con el Art. 633 del Código Orgánico Integral Penal, establece: *Una vez que la persona sentenciada haya cumplido con las*

condiciones y plazos establecidos en la suspensión condicional de la pena, la condena quedará extinguida, previa resolución de la o el juzgador de Garantías Penitenciarias.

QUE, de conformidad con el Art. 63 del Código Orgánico Integral Penal, establece: *Consiste en el trabajo personal no remunerado que se realiza en cumplimiento de una sentencia y que en ningún caso superará las doscientas cuarenta horas. En caso de infracciones sancionadas con penas de hasta seis meses de restricción de libertad, el servicio comunitario no se realizará por más de ciento ochenta horas.*

En caso de contravenciones, por no más de ciento veinte horas, respetando las siguientes reglas:

- 1. Que se ejecuten en beneficio de la comunidad o como mecanismo de reparación a la víctima y en ningún caso para realizar actividades de seguridad, vigilancia para generar plusvalía o utilidad económica.*
- 2. Que el tiempo para su ejecución no impida la subsistencia de la persona con condena, pudiendo ejecutarlo en tal caso después de su horario de trabajo, los fines de semana y feriados.*
- 3. Que su duración diaria no exceda de tres horas ni sea menor a quince horas semanales.*
- 4. Que sea acorde con las aptitudes de las personas con discapacidades que hayan sido condenadas.*

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales expide la siguiente

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.

Art. 63.1. Como parte de los deberes del Estado de generar políticas para cumplir con la rehabilitación de los sentenciados, el Estado a través del Ministerio de Inclusión Económica y Social, implementará un programa denominado Unidad de Control de Servicio Comunitario denominado

(UCSC), constituido como un centro que contará con un listado de Instituciones Públicas y No Gubernamentales sin fines de lucro, donde desarrollarán programas de trabajo con beneficio a la comunidad y logrará la reinsertar a la sociedad al sentenciado.

La Unidad de Control de Servicio Comunitario (UCSC) será un medio que utilicen los jueces de Garantías Penales y de Adolescentes Infractores como mecanismo de control de las Suspensiones Condicionales de las Penas, desarrollando en dicha Unidad el control e informará del cumplimiento de la misma.

A partir de la aprobación de la presente reforma el Ministerio de Inclusión Económica y Social, contará con un año para implementar estructura física, estructura multidisciplinaria, listado de Instituciones y reglamentación para el funcionamiento de la Unidad de Control de Servicio Comunitario denominado (UCSC), con una matriz en la ciudad capital y una en cada capital de provincia y en los cantones donde se requiera para lo cual incorporará a la UCSC a los Gobiernos Autónomos Descentralizados.

El incumplimiento del servicio comunitario ordenado mediante resolución judicial es motivo para que la UCSC informe a la Jueza o Juez, a fin de continuar con el cumplimiento de su pena dentro de los centros de privación de libertad.

4.8. Impacto/producto/ beneficio obtenido

El servicio comunitario puede ser una sanción reparadora que vincule la naturaleza del servicio con el delito a ser sancionado, puede ser una sanción positiva que despierte en el sentenciado la responsabilidad por sus actos y, puede reducir la carga del sistema carcelario.

El servicio comunitario brinda una oportunidad de que el sentenciado observe con sus propios ojos los daños indirectamente causados por su

delito. De este modo, el sentenciado puede apreciar las razones para los límites de la tolerancia social. Aún más, se otorga al sentenciado un modo constructivo y proactivo de reparar los daños causados por su delito, con el beneficio potencial de mejorar la percepción general que el sentenciado tiene de su propio valor. Este puede ser un modo efectivo de promover la legitimidad del sentenciado. Finalmente, los servicios de los delincuentes pueden ser un importantísimo recurso para organizaciones gubernamentales y sin fines de lucro.

El énfasis del servicio comunitario no está puesto en el castigo, ni en la rehabilitación; tiene que ver con la responsabilidad. Se centra no en las necesidades de los sentenciados, sino en sus fortalezas; no en su falta de discernimiento, sino en su capacidad de ser responsables; no en su vulnerabilidad frente a factores sociales y psicológicos, sino en su capacidad de elección. Esto diferencia una respuesta rehabilitadora de una respuesta restaurativa de servicio comunitario, frente al delito. Y los elementos punitivos de las órdenes de servicio comunitario pueden acompañar su imposición, dentro de un sistema restaurativo, sólo como subproductos del compromiso de tiempo y esfuerzo por parte del sentenciado.

Esto generará tres impactos, la reinserción del sentenciado a la sociedad, la palpación por parte de la comunidad con respecto a la reparación de daños ocasionados; y, la autogestión al Estado que ahorrará recursos y logrará garantizar la rehabilitación de los sentenciados.

El producto será crear una sociedad que evidencie la reparación de los daños ocasionados por el sentenciado.

El beneficio obtenido será lograr el Buen vivir contemplado en la carta Magna de nuestra Constitución de la República.

4.9. Validación de la propuesta

La propuesta alcanzará una validación al servir como instrumento para la obtención del título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República y una vez cumplida con esa meta servirá como parte los estudiantes a la Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil, y consecuente con los programas del SENACYT pueda el Estado acoger la investigación y a través del órgano judicial en este caso la Asamblea Nacional la tramite como proyecto y luego de socializar, mejorar y perfeccionar la propuesta la trasformen norma legal con validez plena para los grupos beneficiario del proyecto.

CONCLUSIONES

Eliminar la visión que tiene la sociedad sobre la no existencia de la verdadera rehabilitación del sentenciado ya que con esta propuesta de ley planteada en nuestra tesis se logrará cumplir con la reinserción del sentenciado creando a un ciudadano con valores de concientización y humanismo, la ciudadanía sentirá confianza a través del servicio que brinde el sentenciado; y el Estado optimizará sus recursos disminuyendo la población carcelaria y agilizando los procesos judiciales.

RECOMENDACIONES.

Socializar el anteproyecto y convertirlo en ley en beneficio al sentenciado, a la comunidad y al Estado, porque si es posible lograr una sociedad justa, equitativa y segura que confíe en las políticas estatales.

Fuentes bibliográficas

ALBÁN GÓMEZ, Ernesto. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Ediciones legales S.A. Quito-Ecuador.

CABANELLAS Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental.

CREUS, Carlos. Derecho Penal-Parte General Editorial Astrea 1988

CUEVA CARRIÖN, Luis. El debido Proceso Artes Gráficas Señal 2001

DURAN DIAZ, Edmundo Manual de Derecho Procesal Penal. Edino 1992.

ESPASA Siglo XXI. Diccionario Enciclopédico.

GARCIA FALCONI, José. Manual de Practica Procesal Constitucional y Penal Edites S.A. 2003.

GUERRERO VIVANCO, Walter. Derecho Procesal Penal. PUDELECO Editores S.A. Quito-Ecuador, 2004.

LARREA HOLGUIN, Juan. Derecho Constitucional Ecuatoriano. Volumen I Corporación de Estudios y Publicaciones 2000.

ROBALINO, Vicente, Del Procesamientos a Adolescentes Infractores Univisiones FOCET Ambato 2003

ZABALA BAQUERIZO, Jorge. El Proceso Penal, Editorial Edino, Guayaquil 1989.

AVEIGA. Daisyl. Manual de Derecho de Menores, Infractores Imprenta Guayaquil.

Claus Roxin, Derecho Penal Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Madrid, 1997, pp. 267-270.

Tamarit Sumalla, José María. "De la penas privativas de derechos", en Comentarios al Nuevo Código Penal. Quintero Olivares, Gonzalo (director).

Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro de las realidades española y centroamericana. Editorial Colex, Madrid, 2000, p.

Estudios Penales. Libro Homenaje al Profesor Luis Alberto Bramont Arias. Editorial San Marcos. Lima, 2003, p. 6.

Sanz Mulas, Nieves. Ob. cit.,

Abad Contreras, Jorge G. Ob. cit., pp. 32-34.

LEYES Y CODIGOS

Código Orgánico Integral Penal COIP Registro Oficial N° 180
Suplemento Lunes 10 de febrero de 2014 – 15 Quito- Ecuador

CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Publicado por ley No. 100 En
Registro Oficial 737 de 3 de Enero del 2003

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DEL ECUADOR. Corporación de
Estudios y Publicaciones Quito, 2008.

CODIGO PENAL DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y
Publicaciones Quito, 2008.

Constituciones la República del Ecuador, 2008

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR.

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Asamblea general
de la ONU resoluciones 44/25 20 de Noviembre 1989.

Leer más: <http://www.monografias.com/trabajos97/tendencias-evolucion-historica-y-origenes-del-derecho-penal/tendencias-evolucion-historica-y-origenes-del-derecho-penal.shtml#ixzz3ir2hFfm7>

Leer

más: <http://www.monografias.com/trabajos6/evde/evde.shtml#ixzz3ir52bN>

00

(Walgrave, 1992 en 346).

(Faulkner, 1994 en 161) (Van Ness, 1986 en 165) (Wright, 1991 en 44)

ANEXOS

FOTOS DE INVESTIGACIÓN DE CAMPO



Las entrevistas se realizaron en la Unidad Judicial de Garantías Penales del Cantón Milagro y en la Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencia en delitos Flagrantes del Cantón Guayaquil.

FOTOS CON LOS ENTREVISTADOS



Foto con el Dr. Roberto Gaibor Gaibor - Defensor Público Penal



Foto con el Dr. Edison Daquilema – Fiscal de lo Penal



Foto con el Dr. Patricio Toledo Llerena – Fiscal de lo Penal



Foto con el Ab. William Semper Carrión – Defensor Público



Foto con el Ab. Freddy Lasso Iglesias MSc. – Defensor Particular



Foto con la Ab. Jessica Morocho Ramos – Defensora Pública Penal



Foto con el Ab. Guillermo del Pozo Goyes – Defensor Público Penal



Foto con la Ab. Laura Solorzano Ponce MSc. – Abogada Particular



Foto con el Dr. Ricardo Ramos Barrera – Juez de Garantías Penales

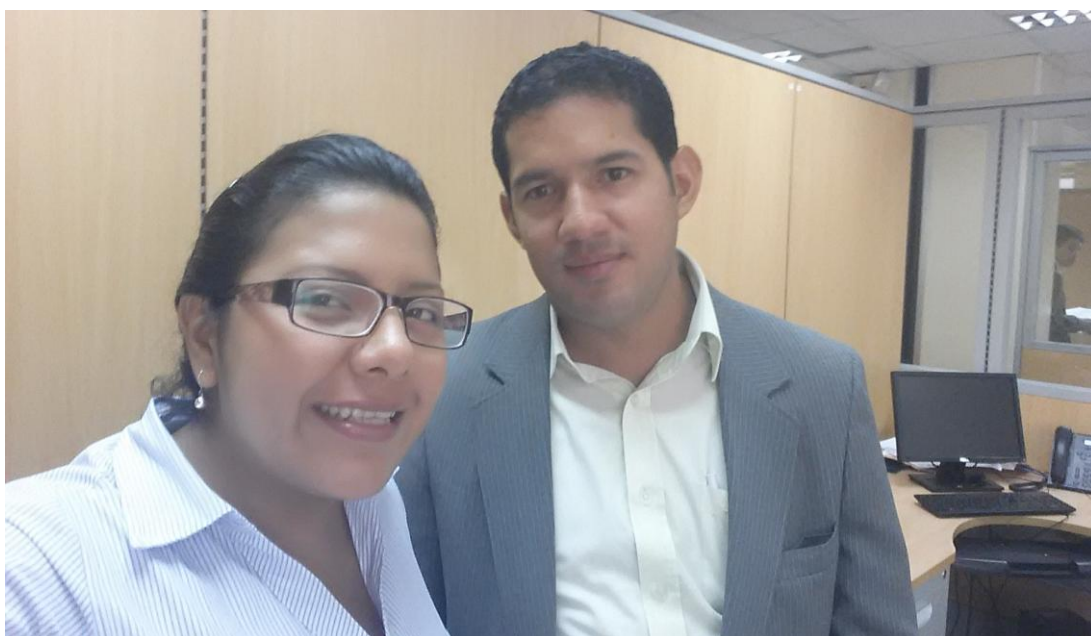


Foto con el Ab. Luis Ramírez Pinto – Defensor Público Penal