

**UNIVERSIDAD REGIONAL AUTÓNOMA DE LOS ANDES
“UNIANDES”**



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

**TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE MAGÍSTER EN
DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**

TEMA:

**LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA RACIONALIZACIÓN DE LA
REINCIDENCIA POR CONTRAVENCIONES Y SU INFLUENCIA EN LA
APLICACIÓN DE LA NORMA PENAL**

AUTOR: Ab. Mario Ramiro Aguilar Martínez

ASESOR: DR. DIEGO GRANJA MG.

AMBATO – ECUADOR

2014

CERTIFICACIÓN DEL TUTOR

Yo, Dr. Diego Granja, en mi calidad de tutor me permito certificar que el alumno, Abogado MARIO RAMIRO AGUILAR MARTÍNEZ, con cedula de ciudadanía No. 1802547594, ha elaborado su informe final de tesis, previo a la obtención del título de Magister en Derecho Penal y Criminología, bajo el tema “LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA RACIONALIZACIÓN DE LA REINCIDENCIA POR CONTRAVENCIONES Y SU INFLUENCIA EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA PENAL”, cumpliendo los requisitos académicos y reglamentarios de la UNIANDES; en tal virtud, puede el trabajo proseguir la correspondiente tramitación.

Atentamente,

[uniandes](#)

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Abogado MARIO RAMIRO AGUILAR MARTÍNEZ, con cedula de ciudadanía número 1802547594, soy responsable de los resultados expuestos en el presente trabajo de investigación; los derechos de autoría pertenecen a la UNIVERSIDAD REGIONAL AUTÓNOMA DE LOS ANDES.

[uniandes](#)

Mario Ramiro Aguilar Martínez

DEDICATORIA

El presente trabajo lo dedico a todos las personas que me motivaron a seguir adelante en este tramo de mi vida, a mis padres, esposa e hijos, familiares y amigos, debo dejar constancia y hacer extensivo mi agradecimiento a mis colegas Abogados y a mis estudiantes y de manera especial a mis maestros de la UNIANDES, quienes con sus vastos conocimientos supieron guiarme e ilustrarme para culminar mi investigación.

AGRADECIMIENTO.

De manera especial agradezco al ser supremo, al mismo que no podemos ver ni escuchar pero que sentimos esa fuerza invisible, esa energía cargada de amor sabiduría y protección, quien nos permite estar en este mundo terrenal, disfrutando de sus maravillas y cumpliendo metas que como seres humanos de bien nos trazamos día a día.

A mis seres queridos, Adriana Vanessa, Mathias Alejandro y Mario Adrián, quienes incondicionalmente y en todo momento están a mi lado, compartiendo mis triunfos y derrotas, apoyándome a seguir adelante, incentivándome para alcanzar un peldaño más en mi vida; logro que parecería ser personal pero que en realidad es compartido, pues existen seres que son fundamentales en nuestras vidas y que si no existieran, tampoco existiría el estímulo, la razón y la fuerza motivadora y necesaria para transitar en esta vida.

Quisiera dejar constancia de mi agradecimiento a todos los habitantes del cantón Cevallos, personas y maestros que de una u otra forma colaboraron y me apoyaron durante el desarrollo de éste trabajo, cuya ayuda dirección y asesoría, hicieron posible la elaboración de esta tesis.

ÍNDICE GENERAL

CERTIFICACIÓN DEL TUTOR	
DECLARACIÓN DE AUTORIA	
DEDICATORIA	
AGRADECIMIENTO	
RESUMEN EJECUTIVO	
EXECUTIVE SUMMARY	
INTRODUCCIÓN.....	1
ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	1
SITUACIÓN PROBLEMITA.	3
FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	4
DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA.....	4
OBJETO DE INVESTIGACIÓN Y CAMPO DE ACCIÓN.	5
IDENTIFICACIÓN DE LA LÍNEA DE INVESTIGACIÓN.....	5
OBJETIVO	5
OBJETIVO GENERAL	5
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	6
IDEA A DEFENDER	6
JUSTIFICACIÓN DEL TEMA.	6
VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN.....	7
DESCRIPCIÓN METODOLÓGICA DE LA INVESTIGACIÓN	7
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	7
TIPOS DE INVESTIGACIÓN.....	7
MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.	8
INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	9
RESUMEN DE LA ESTRUCTURA DE LA TESIS.	9
EPÍGRAFE I.-	9
EPÍGRAFE II.-	9
EPÍGRAFE III.-	9
EPÍGRAFE IV.-	10
APORTE TEÓRICO.-	10
SIGNIFICACIÓN PRÁCTICA.-	10
NOVEDAD CIENTÍFICA.-	10
CAPÍTULO I	11
MARCO TEÓRICO.....	11
1. EL PRINCIPIO PROCESAL DE INOCENCIA EN EL COIP	11
1.1.- RESEÑA HISTÓRICA DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	11
1.1.1.-BASE CONSTITUCIONAL.....	11

1.1.2.-BASE EN TRATADOS INTERNACIONALES	11
1.1.3.-BASE LEGAL.....	12
1.1.4.-DEFINICIÓN Y ALCANCE DE LA GARANTÍA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	13
1.2.- ¿QUÉ ES PRESUNCIÓN?	14
1.3.- CLASES DE PRESUNCIÓN.....	15
1.4.- ¿QUÉ CLASE DE PRESUNCIÓN ES LA DE INOCENCIA?	16
1.5.- DIFERENCIAS ENTRE INDICIO Y PRESUNCIÓN.....	16
1.6.- LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO.....	17
1.7.- GARANTÍAS JURISDICCIONALES	20
1.7.1.- Síntesis histórica	20
1.7.2.- Influencias del constitucionalismo Norteamericano	22
1.7.3.- Modelo vigente de garantías jurisdiccionales en Ecuador	22
EPÍGRAFE II	24
2.- LA INFRACCIÓN PENAL: DELITO Y FALTA.....	24
2.1.- EL DELITO: RELATIVIDAD HISTÓRICO-ESPACIAL. CONCEPTO DOGMÁTICO DEL DELITO EN EL DERECHO PENAL	24
2.2.- ELEMENTOS ESENCIALES DEL DELITO	27
2.2.1.- Comportamiento humano o acción	28
2.2.2.- Principio del hecho	29
2.2.3.- La tipicidad	33
OMISIÓN	33
2.2.4.-Dolo.....	37
2.2.5.- La antijuridicidad.....	42
2.2.6.- La culpabilidad	45
2.2.7.- La punibilidad.....	53
2.3.- ELEMENTOS ACCIDENTALES DEL DELITO	54
2.3.1.- Atenuantes.....	54
2.3.2.-Agravantes	54
2.3.3.-Circunstancia mixta	55
2.4.- ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES Y FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN .55	55
2.4.1.- Actos preparatorios punibles.....	56
2.4.1.-Tentativa	57
2.5.- PERSONAS CRIMINALMENTE RESPONSABLES DE LOS DELITOS Y DE LAS FALTAS.....	58
2.5.1.- Autoría.....	58
2.5.2.- Participación	58
2.5.3.- Delitos cometidos por medios de difusión.....	59
2.5.4.- Responsabilidad de administradores y representantes	60
2.6.- LA REINCIDENCIA	60
2.6.1.- INTRODUCCIÓN	60
2.6.2.- RESEÑA HISTÓRICA	61
2.6.3.- ¿QUÉ ES REINCIDENCIA?	62
2.6.4.-¿QUIÉN ES REINCIDENTE?	63
2.6.5.- CLASES DE REINCIDENTES.....	63
2.6.6.- CLASES DE REINCIDENCIA	63
2.6.7.- FUNDAMENTO DE LA REINCIDENCIA	64
2.6.8.- REQUISITOS PARA LA REINCIDENCIA.....	65
2.6.9.- ¿POR QUÉ SE CASTIGA LA REINCIDENCIA?	65
2.6.10.- REINCIDENCIA INTERNACIONAL.....	65
2.6.11.- REINCIDENCIA Y HABITUALIDAD.....	66

EPÍGRAFE III.....	67
3.1. DERECHO CONSTITUCIONAL.....	67
3.2. SEGURIDAD JURÍDICA	68
3.3.- LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL.-	69
3.4.- SEGURIDAD JURÍDICA: DERECHO CIUDADANO Y PRINCIPIO INSPIRADOR DEL DEBIDO PROCESO.-	69
3.5.- LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA ECONOMÍA Y EN LOS CONTRATOS.-	70
3.6.- LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA PROPIEDAD.-	71
3.7.- LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LO JUDICIAL.-.....	71
3.8.- PRINCIPIO INSPIRADOR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.-	72
3.9. TUTELA JUDICIAL	73
3.10. PRINCIPIOS.....	77
3.10.1.- PRINCIPIO DE LA ACCIÓN U OMISIÓN.....	77
3.10.2.- Principio de legalidad.....	77
3.10.3.- Principio de lesividad	77
3.10.4.- Principio de culpabilidad	78
3.11.- ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.....	78
3.12.- LA CONSTITUCIÓN DE ECUADOR DE 2008.....	78
3.13.- ¿QUÉ ES EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA? ARTÍCULO 1 DE LA CONSTITUCIÓN	79
3.14.-GARANTÍAS SOBRE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA CONTENIDAS EN LAS NORMAS DE DERECHOS HUMANOS DE ORIGEN INTERNACIONAL.....	80
3.15. DERECHOS DEL PROCESADO EN MATERIA PENAL	82
3.16.- PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD	83
3.17.- DERECHO A LA DEFENSA	85
CAPÍTULO II.....	88
2. MARCO METODOLÓGICO Y PLANTEAMIENTO DE LA PROPUESTA.....	88
2.1 CARACTERÍSTICA DEL SECTOR SELECCIONADO PARA LA INVESTIGACIÓN.....	88
2.2. PROCEDIMIENTO METODOLÓGICO PARA EL DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN.....	88
2.2.1 MÉTODOS.....	88
2.2.2. TÉCNICAS.....	89
2.2.3. HERRAMIENTAS	89
2.3. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO	89
2.3.1. POBLACIÓN Y MUESTRA DE LA INVESTIGACIÓN.....	89
2.4. ANÁLISIS DE DATOS	91
CAPÍTULO III	99
DESARROLLO PROPOSITIVO	99
3.1. DESARROLLO DE LA PROPUESTA.	99
3.1.1. Desarrollo	99
ANTE PROYECTO DE LEY REFORMATORIA AL ARTÍCULO 78 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL SOBRE LA REINCIDENCIA EN LAS CONTRAVENCIONES	99

BIBLIOGRAFIA

ANEXOS

RESUMEN EJECUTIVO

El presente trabajo de investigación está dirigido a una antinomia jurídica y como es de conocimiento de todos quienes estamos inmiscuidos en el ámbito del Derecho, existen vacíos legales concernientes al Código Penal, Código de Procedimiento Penal y la Constitución de la República del Ecuador, en tal virtud es necesario e imperioso realizar reformas en las normativas legales de los diferentes Códigos sustantivos y adjetivos que rigen el Derecho Positivo; dichas reformas estarán encaminadas a corregir o suplir las anomalías de las diferentes normas que en la actualidad vulneran los Derechos Humanos y Constitucionales y por ende el Estado de Justicia Social, perjudicando de esta manera al procesado o contraventor.

Hay que establecer la gravedad de la pena y la jurisdicción, las diferencias entre delito y contravención ya que en el delito el daño es efectivo, en la contravención es un simple peligro; en el delito hay intención manifiesta, en la contravención no hay mala intención; el delito está en el Código Penal, la contravención se encuentra en el mismo código pero como un libro separado.

La distinción entre crímenes, delitos y Contravenciones se funda en la gravedad de la pena amenazada. No se ha podido llegar a demostrar de modo incuestionable la existencia de diferencias intrínsecas; la distinción queda librada a la ley; es decir, que el hecho es delito o contravención según lo que disponga el ordenamiento jurídico; y, el Código Penal en su Art. 78, no puede transformar una infracción en un delito, porque a más de trasgredir la norma constitucional está agarbando la situación del sentenciado al pretender implantar la reincidencia contravencional; y,

Por lo expuesto es menester realizar un profundo análisis investigativo que conlleve a corregir la anomalía existente, en lo que respecta a la reincidencia contravencional establecida en el Código Penal Ecuatoriano.

El trabajo investigativo está conformado por tres capítulos claramente determinados el primero que enfoca el problema; en el que se realiza una descripción pormenorizada del mismo científicamente y su delimitación; así como también se detalla los objetivos generales y específicos, la justificación del mismo con una fundamentación teórica tomada de varios textos de eminentes autores de doctrinas jurídicas.

El marco metodológico o de investigación estará detallando la población, muestra, métodos, técnicas e instrumentos de interpretación de datos, a través de los cuales se realiza la verificación de la idea a defender. Las conclusiones y recomendaciones se realizan en base a la investigación y determinación del problema para encontrar la posible y factible solución la cual es el desarrollo de la propuesta que se refiere a la creación de un ante proyecto de reforma al Código Penal en su artículo 78 que transgrede principios Constitucionales.

EXECUTIVE SUMMARY

This research is directed to a legal discrepancy and as all that are included in the field of law know, there are legal empties concerning the criminal code, criminal procedure code and the Constitution of the Republic of Ecuador, according to it, is necessary and imperative to carry out reforms in the legal regulations of the different substantive and adjectives codes that rule the positive law; These reforms will be aimed to correct or supplement the different standards difficulties that currently violate human rights and constitutional and hence the State of Social Justice, damaging thus the accused or offender.

You must set the severity of the penalty and the jurisdiction, the differences between offence and contravention, in a crime damage, it is effective, in the contravention is a simple danger; in the crime there is not manifest intention, in the contravention not bad intention; the crime is in the criminal code, the offence is in the same code but as a separate book.

The distinction between crimes, offences and infringements is based on the severity of the penalty threatened. Has not been able reach demonstrate unquestionable way the existence of intrinsic differences; the distinction is waged to the law; that the fact is, crime or contravention according to what provided the legal system; and the criminal code in its article 78, cannot transform a violation in a crime, because to more than transgress the constitutional standard is aggravating the situation of the sentenced by attempting to introduce contentious recidivism; and,

Therefore it is needed to perform an in-depth investigative analysis that may lead to correct the anomie of existing, in regards to contentious recidivism established in the Ecuadorian criminal code.

This research is composed of three chapters clearly determined as the first that focuses on the problem; in which a detailed description of it is scientifically and its delimitation; as well as detailing the objectives, General and specific, the justification with a theoretical foundation, taken from various texts of eminent authors of legal doctrines.

The framework methodology or research will be detailing the population, sample, methods, techniques and instruments of data interpretation, through which is the verification of the idea to defend. The conclusions and recommendations are based on research and problem determination to find the possible and factible solution which is the development of the proposal concerning the creation of a Suede draft reform to the criminal code in its article 78 which violates constitutional principles.

INTRODUCCIÓN

TEMA:

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA RACIONALIZACIÓN DE LA REINCIDENCIA POR CONTRAVENCIONES Y SU INFLUENCIA EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA PENAL.

ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

El instituto de la reincidencia debe ser uno, sino el más discutido de los temas dentro del Derecho en el ámbito Penal, sin embargo, no se pretende aquí hacer un análisis integral acerca de aquel, sino más bien indagar acerca de las garantías constitucionales que se encuentran en colisión con dicho instituto, intentando determinar cuál de ellas es la que marca claramente dónde se encuentra el quiebre entre la aplicación de la agravante por reincidencia y nuestra Constitución, y conduce a inclinar la balanza hacia la inconstitucionalidad de aquella.

Las Garantías Constitucionales constituyen la forma apropiada que tienen los Estados para asegurar el reconocimiento o reparación de derechos a través de los mecanismos de Garantías que la Constitución establezca. Esta labor implica que los Estados deben asegurar por medio de su legislación y la aplicación de políticas públicas la progresividad de los derechos y las garantías, de tal forma que no se retroceda en el reconocimiento de los mismos, partiendo del principio que la dignidad humana exige una mayor calidad de vida; así con el transcurrir de los años podemos encontrar en las Constituciones que han regido en el territorio ecuatoriano, la siguiente manera de tutelar los derechos.

En Roma la llamaban “consuetudo delinquendi”, o delincuencia habitual que demostraba que el reo aparecía como incorregible, proviniendo etimológicamente, reincidencia, de “reincidere” que quiere decir “recaer en la conducta delictiva”. Fue admitida también por el Derecho Canónico como agravante de la pena y admitida por el

Código Penal francés de 1.810. La reincidencia consiste en cometer un nuevo delito luego de una sentencia condenatoria, dentro de un período determinado de tiempo, lo que agravará la pena del delincuente, le impedirá acceder a la libertad condicional, permitiendo la incorporación de la reclusión por tiempo indeterminado.

La pena anterior debe ser real y no condicional. Se diferencia del concurso de delitos en que el delito o delitos anteriores ya han tenido condena efectiva. Carrara, fundamentó el aumento de la pena al reincidente en la insuficiencia de la pena ordinaria para ese delincuente, insuficiencia demostrada por el mismo autor al reiterar la conducta delictiva.

Muchos autores cuestionan a la reincidencia como factor de agravamiento del delito, pues agrava la condena de alguien que es más vulnerable a caer en el delito sumando cuestiones ajenas al hecho actual tipificado.

Como vemos la reincidencia está dada en los delitos y el Código Penal Ecuatoriano en su Art. 10 divide las infracciones en delitos y contravenciones, “son infracciones los actos imputables sancionados por las leyes penales, y se dividen en delitos y contravenciones, según la naturaleza de la pena peculiar.”

El Art. 78 del Código Penal Ecuatoriano establece la reincidencia en las contravenciones al manifestar “En las contravenciones hay reincidencia cuando se comete la misma contravención u otra mayor, en los noventa días subsiguientes a la condena por la primera falta”.

El Sistema Bipartito como el ecuatoriano como hemos manifestado las infracciones en el código penales se divide en:

1. Delitos y;

2. Contravenciones

Se basa en la gravedad de la pena y la jurisdicción. Las diferencias entre delito y contravención serían: en el delito el daño es efectivo, en la contravención es un simple peligro; en el delito hay intención manifiesta, en la contravención no hay mala intención; el delito está en el Código Penal, la contravención se encuentra en el mismo código pero como un libro separado.

La distinción entre crímenes, delitos y Contravenciones proviene del derecho francés y se funda en la gravedad de la pena amenazada. El código de 1.810 denomina contravención al hecho amenazado con penas de policía; delito al sancionado con pena correccional, y crimen en que conduce a pena aflictiva o infamante.

No se ha podido llegar a demostrar de modo incuestionable la existencia de diferencias intrínsecas; la distinción queda librada a la ley; es decir, que el hecho es delito o contravención según lo que disponga el ordenamiento jurídico; y, el Código Penal en su Art. 78, no puede transformar una infracción en un delito, porque a más de trasgredir la norma constitucional está agravando la situación del sentenciado al pretender implantar la reincidencia contravencional.

Una vez realizada una exhaustiva búsqueda en las diferentes bibliotecas de la ciudad de Ambato y el CEDIC de la UNIANDES, se puede afirmar que no existen trabajos e investigaciones similares sobre el tema: “LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA RACIONALIZACIÓN DE LA REINCIDENCIA POR CONTRAVENCIONES E INFLUENCIA EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA PENAL.”

SITUACIÓN PROBLEMITA.

La transformación de la contravención en un delito esta contraria a la garantía establecida en la Constitución de la República del Ecuador, lo que lleva a concluir que la agravación de la pena por haber reincidido en la comisión de un delito, al igual que la agravación de sus efectos es inconstitucional. Ello, porque la cuestión de la reincidencia nos plantea la disyuntiva de optar por un derecho penal de acto o un derecho penal de autor.

La intromisión en la interioridad de la persona, es decir su alma o su personalidad psico-física, en los términos de Ferrajoli, y el etiquetamiento de quien ha cometido un delito con anterioridad y ha sido condenado como consecuencia de ello y que habilitaría al Estado a punir con mayor severidad cuando delinque nuevamente, no es coherente con un derecho penal liberal.

A luz del principio de acto es que se erigen las críticas más contundentes a la reincidencia. Así, tanto las nociones peligrosistas que estigmatizan al sujeto que ha reincidido, y que en definitiva se ocupan de la personalidad del autor o de su conducción de vida; tanto como las doctrinas que se fundan en una mayor culpabilidad, en función de un mayor desprecio o insensibilidad por la condena sufrida, al no guardar relación alguna con la gravedad de la acción descrita en la norma prohibitiva, vulneran el principio de materialidad de la acción. Lo propio ocurre, respecto de los argumentos de tipo preventivo, dado que aquellos al asentarse sobre elementos ajenos a la acción tipificada y por ende, insusceptibles de reprochabilidad, al menos en la medida en que excedan la culpabilidad por el acto, resultan ilegítimos y colisionan con la garantía erigida en nuestra Constitución. (Arnáez Mariángeles 2007)

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

La reforma penal del 29 de marzo de 2010, criminaliza la reincidencia contravencional en delito lo cual transgrede el derecho a la igualdad formal y material reconocida en el

estándar constitucional 11 numeral 2, atenta contra la seguridad jurídica establecida en el Art. 78 de la Constitución de la República del Ecuador, se convierte en exposición del populismo penal, debilita el Estado Constitucional de Derecho y Justicia y coloca al Ecuador en situación de responsabilidad.

OBJETO DE INVESTIGACIÓN Y CAMPO DE ACCIÓN.

OBJETO DE INVESTIGACIÓN: Por la naturaleza de la investigación, los objetos de estudio son la Legislación Penal Ecuatoriana.

CAMPO DE ACCIÓN: El campo de acción es el derecho Penal Ecuatoriano.

LUGAR: Los Juzgados de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua.

IDENTIFICACIÓN DE LA LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

De conformidad con la situación problemática que se encuentra planteada, la presente investigación se enmarca en la línea de investigación “ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA”, aprobada por la Universidad Regional Autónoma de los Andes “UNIANDES”.

OBJETIVO

OBJETIVO GENERAL

Diseñar un ante proyecto de ley reformativa al Código Penal, con respecto a la reincidencia tipificada en el artículo 78, que transgrede el derecho a la igualdad formal y material, pues es una situación de responsabilidad que genere una política judicial progarantismo penal, con la finalidad de fortalecer al Estado Constitucional de Derecho y Justicia y prevenir la responsabilidad Estatal.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Comparar opiniones de jueces, abogados y estudiantes de Derecho sobre las reincidencia en materia de contravenciones y su incidencia en la situación jurídica de los contra ventores.
- Establecer el grado de vulneración de los derechos Constitucionales que vulnera el artículo 78 del Código Penal acerca de la reincidencia de las contravenciones.
- Elaborar los elementos del ante proyecto de ley reformativa del 78, para salvaguardar los derechos fundamentales de los contra ventores y, fortalecer al Estado constitucional de derecho y justicia y prevenir la responsabilidad Estatal.

IDEA A DEFENDER

Al realizar la reforma al Código Penal impediremos la criminalización de la reincidencia contravencional ya que este delito transgrede el derecho a la igualdad formal y material y debilita al Estado Constitucional de Derecho y Justicia, se logrará garantizar los derechos constitucionales de los contraventores.

JUSTIFICACIÓN DEL TEMA.

Mediante un documento que analice los Derecho Humanos, Derecho Constitucional, Derecho Internacional, Derecho Procesal Penal, Derecho Penal, Criminología; Victimología y Sociología que critique como la criminalización de la reincidencia contravencional en delitos transgrede el derecho a la igualdad formal y material, expresa

populismo penal, debilita al Estado Constitucional de Derecho y Justicia y coloca al Ecuador en una situación de responsabilidad se generara una política judicial pro garantismo penal y se fundamentara un ante proyecto de ley derogatoria a la reforma penal que resuelva la antinomia planteada con el cual se salvaguarda los derechos fundamentales anotados, se contrarresta al populismo penal, fortalecen al Estado constitucional de derecho y justicia y se prevendrá la responsabilidad Estatal.

VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN

Variable independiente: La inconstitucionalidad de la racionalización de la reincidencia por contravenciones.

Variable dependiente: Aplicación de la Constitucional y Norma Penal

DESCRIPCIÓN METODOLÓGICA DE LA INVESTIGACIÓN

En la presente investigación se ha requerido de los siguientes métodos:

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación es de tipo Cualitativa, al tratarse de una investigación de aplicabilidad acorde el criterio que se ha investigado; y Cuantitativa ya que para su interpretación se ha empleado fórmulas matemáticas y estadísticas para la interpretación de la información

TIPOS DE INVESTIGACIÓN

DESCRIPTIVA.- Porque se dirige a determinar cómo es y cómo está la situación de las variables de la investigación.

APLICADA.- Por cuanto ofrece propuestas factibles para la solución del problema planteado.

BIBLIOGRÁFICA.- Por cuanto requiere de la información necesaria para la comprensión del problema de investigación y para su correspondiente solución

DE CAMPO.- Se acudió a expertos con el fin de realizar las encuestas de forma directa con la realidad social, para de esta manera obtener la información de acuerdo a los objetivos planteados.

MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.

HISTÓRICO-LOGICO.- Se empleó este método porque se necesitó para el análisis acerca de los antecedentes históricos, de las infracciones, los conceptos legales, los delitos y los hechos, comparándolos con otros países en cuanto a la normativa de las contravenciones.

INDUCTIVO - DEDUCTIVO.- Lo que permitió extraer, a partir de determinadas observaciones o experiencias particulares, un principio general implícito con respecto a la reincidencia en las contravenciones. Para obtener o determinar consecuencias de un principio, proposición o supuesto. En este caso se permitirá establecer las bases necesarias para la propuesta de la creación de la reforma al Código Penal a fin de precautelar la igualdad formal y material y la responsabilidad Estatal, a fin de garantizar los derechos constitucionales y legales de los contraventores.

ANALÍTICO – SINTÉTICO.- De tal forma que se hizo una auténtica valoración sobre la igualdad formal y material y la reincidencia en las contravenciones como un mecanismo de vulneración de los derechos de los contraventores. Con ello se ha logrado analizar verdaderas conclusiones sobre la presente investigación.

TÉCNICAS.

La técnica que utilizó en la presente investigación es:

LA ENCUESTA.- En la presente investigación se aplicó la encuesta a los abogados en libre ejercicio, fiscales y jueces que no necesario juzgar la reincidencia contravencional para así validar y aplicar la propuesta de reforma al Código Penal.

INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN.

El instrumento que se utilizó para ésta investigación es:

EL CUESTIONARIO.- Siendo este su contenido basado en preguntas que se lo realizó a los abogados en libre ejercicio, fiscales y jueces para validar y aplicar mi propuesta de ley reformativa.

RESUMEN DE LA ESTRUCTURA DE LA TESIS.

EPÍGRAFE I.- En este primer epígrafe se estudio acerca de las garantías constitucionales en general al igual que las garantías constitucionales en el Ecuador y las garantías jurisdiccionales, con énfasis en la política publica como garantía jurisdiccional.

EPÍGRAFE II.- En cuanto al segundo epígrafe se estructuro y se detalló los conceptos legales acerca del delito, clases de delito, sus principales características y el juzgamiento, las contravenciones formas de juzgamiento, la reincidencia, la igualdad ante la ley y la presunción de inocencia.

EPÍGRAFE III.- En cuanto al tercer epígrafe se analizó la normativa legal ecuatoriana incluyendo la Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, los garantismos y derechos sociales, los principios que rigen al proceso penal y el buen vivir consagrado en la Constitución.

EPÍGRAFE IV.- En lo que respecta al epígrafe cuarto se enfoca en el derecho comparado, en cuanto a las legislaciones de varios países, como Estados Unidos, España, Argentina, Uruguay, Colombia y Ecuador. En relación a esto, se ha tomado en cuenta la existencia de códigos que tengan un tratamiento de la reincidencia en las contravenciones.

APORTE TEÓRICO, SIGNIFICACIÓN PRÁCTICA Y NOVEDAD CIENTÍFICA.

APORTE TEÓRICO.- La investigación permitirá clasificar la información que se obtenga a través de la normativa jurídica constitucional, la doctrina, en razón de cumplir con el objetivo general y los objetivos específicos.

SIGNIFICACIÓN PRÁCTICA.- Es indispensable buscar solución a la situación problemática, respecto a la reincidencia en las contravenciones

NOVEDAD CIENTÍFICA.- Cumplido el objetivo general, obviamente se aportará en el campo constitucional, el mecanismo adecuado respecto a la reincidencia en las contravenciones.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

EPÍGRAFE I

1. EL PRINCIPIO PROCESAL DE INOCENCIA EN EL COIP

1.1.- RESEÑA HISTÓRICA DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Este principio, se lo conoce en doctrina, como el **principio de culpabilidad**, que fue desarrollado en Europa a fines del siglo XIX, pero quien primero lo estudia es el tratadista Rudolf Von Ihering, en 1867, que trata sobre el injusto objetivo y la culpabilidad subjetiva, pero fue Binding, quien elaboró el concepto de culpabilidad, en el sentido de dolo y culpa, y luego las causas de inimputabilidad.

1.1.1.-BASE CONSTITUCIONAL

El Art. 76 No. 7 letra m), de la Constitución de la República, dispone: *“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: (...)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”*.

1.1.2.-BASE EN TRATADOS INTERNACIONALES

Existen varios tratados internacionales de derechos humanos vigentes en el país, como los siguientes: Art. 11.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos; Art. 14.2, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Art. 8.2, Convención Americana sobre Derechos Humanos; Art. 6 número 2, del Convenio para la Protección de los

Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que a su vez es entidad autónoma de la Organización de los Estados Americanos, pues se rige por las disposiciones de la Carta de la Organización y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el artículo 53 apartado VII; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia 1948, que dice: “Artículo XXVI; Comentario General del Comité de Derechos Humanos sobre algunos Artículos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 14 número 7”, todos ellos tratan sobre la presunción de inocencia.

Así he señalado los tratados y convenios internacionales de derechos humanos vigentes en el país, que se refieren y garantizan el principio de presunción de inocencia; más aún el Derecho Penal ha entrado en la Constitución de la República, al punto que la política penal debe responder al modelo del Estado constitucional de derechos y justicia social, basado en la tutela de los derechos fundamentales y, en el respeto a la dignidad del ser humano, como lo señala la exposición de motivos del COIP, cuyo comentario ya lo hice en un artículo anterior publicado en esta misma Revista Judicial.

Uno de los documentos más citados, sobre el tema que estoy tratando, es el texto de la Observación General Número 13, del Comité de Derechos Humanos, que señala: “En virtud de la presunción de inocencia, la carga de la prueba recae sobre la acusación y el acusado tiene el beneficio de la duda. No puede suponerse a nadie culpable a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable. Además la presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de conformidad con este principio. Por lo tanto todas las autoridades públicas tienen la obligación de no prejuzgar el resultado del proceso”; esto lo recoge el Art. 5.3 del COIP, que lo comentare en un próximo artículo.

1.1.3.-BASE LEGAL

El Libro Preliminar del COIP, en el Capítulo Segundo, trata sobre los Principios Rectores y Garantías en el Proceso Penal. Y el Art. 5, señala los 21 principios procesales y entre ellos, el de inocencia.

Artículo 5.- Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos

internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

*(...) 4. **Inocencia:** toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario”.*

1.1.4.-DEFINICIÓN Y ALCANCE DE LA GARANTÍA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La presunción de inocencia, es el derecho que tienen todas las personas, a que se considere a priori como regla general, que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un juez o jueza competente no adquiriera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinado por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso.

Hay que señalar, que en atención a este principio, el procesado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia, y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes, la demostración de culpabilidad del procesado; recordando que para dictar sentencia condenatoria, según dispone el Código Orgánico Integral Penal, en el Art. 5 No. 3: ***“Duda a favor del reo: la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable”.***

De tal manera que el principio constitucional de presunción de inocencia, exige que el procesado sea tratado como inocente en la sustanciación del proceso; esto es reconocer el derecho a permanecer en libertad durante el proceso, o sea a considerar que el procesado no puede ser sometido a una pena, y por tanto no puede ser tratado como culpable, hasta que no se dicte la sentencia firme de condena, esto constituye el principio rector para expresar los límites de las medidas de coerción procesal contra él; pues la presunción de inocencia es una garantía básica y vertebral del proceso penal, que constituye un criterio normativo del derecho penal sustantivo y adjetivo, descartando toda normativa que implique una presunción de culpabilidad y, establezca la carga al procesado de probar su inocencia por regla general, toda vez que en

determinados delitos tipificados en el COIP, se reinvierte la carga de la prueba, especialmente en los delitos ambientales.

Por tal, hay que tener en cuenta, que el principio de presunción de inocencia, es la clave explicativa de todo el régimen de garantías procesales, de tal manera que la jueza o juez de garantías penales, debe motivar racionalmente su decisión al dictar una orden de prisión preventiva y el fiscal al solicitarla, especialmente al momento de valorar los elementos de convicción e indicios que establece el Art. 534 del COIP, para dictar la prisión preventiva.

Insisto, que la presunción de inocencia, es un principio que se desarrolla a base del principio de legalidad y de ponderación, que dispone entre otras circunstancias, que nadie puede ser sancionado sin juicio previo, y que tampoco puede ser condenado ni privado de su libertad a quien todavía no ha sido hallado culpable del delito por el que se le acusa.

Con razón el señor Dr. Ernesto Albán Gómez en sus clases en la maestría antes citada señalaba que varios son los principios que sustentan al derecho penal, pero dos son los pilares fundamentales, esto es el de presunción de inocencia en el Art. 76.2 y el de legalidad en el 76.3, pues sirven para interpretar las leyes penales, pero hoy el Art. 13 del COIP señala las reglas de interpretación de las normas contenidas en dicho cuerpo legal, cuyo análisis en parte ya lo hice en un artículo anterior.

Para entender este principio procesal de inocencia, es menester hacer algunas anotaciones de orden legal.

1.2.- ¿QUÉ ES PRESUNCIÓN?

Presumir, es suponer que algo existe, y que es indiscutible aunque no se encuentre probado.

La **presunción**, consiste en un juicio en virtud del cual, se considera como cierto un hecho con fundamento en las reglas o máximas de la experiencia, que indican el modo normal como el mismo sucede; de este modo, la presunción, es una guía para la

valoración de las pruebas, o sea que éstas deben demostrar la certidumbre en el hecho presunto o del hecho presumible.

La presunción, es el conocimiento que se adquiere o la inferencia o deducción que en virtud del razonamiento extrae el juzgador del conjunto de indicios, en relación con las demás probanzas que obren dentro del proceso, y que lo llevan a concluir que el hecho desconocido es cierto.

El Código Civil, define a la presunción en el Art. 32:

“Se llama presunción la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal.

Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.”.

1.3.- CLASES DE PRESUNCIÓN

Como se ha señalado, la presunción es una institución jurídica, a través de la que se establece que un hecho determinado, se entiende probado, por haberse cumplido los presupuestos.

De acuerdo al Art. 32 del Código Civil antes citado, las presunciones son de dos clases: de hecho, y de derecho.

Las presunciones de hecho, son las que admiten prueba que demuestre lo contrario a la presunción, aunque sus motivos y circunstancias sean verdaderos.

Las presunciones de derecho, son las que en ningún momento admiten prueba en su contra, es decir no se puede demostrar lo contrario a la presunción.

En este caso en materia penal, y respecto a la presunción de inocencia, esta es *iuris tantum*, conforme señalo en líneas posteriores, puesto que admite prueba en contrario, esto es se puede establecer la culpabilidad del acusado, luego del trámite del juicio respectivo, en el cual se observen las reglas básicas del debido proceso, que contempla nuestra Constitución de la República, cuyo tema lo he tratado en varios trabajos que he publicado en materia constitucional y procesal.

1.4.- ¿QUÉ CLASE DE PRESUNCIÓN ES LA DE INOCENCIA?

La presunción de inocencia, es una presunción *iuris tantum* o **legal**, es decir no es absoluta, puesto que las pruebas de cargo que se presentan por parte de la Fiscalía o en su caso por el querellante, pueden dar con ella al traste, pero sólo queda desvirtuada definitivamente cuando se dicta sentencia condenatoria ejecutoriada. Esta presunción se aplica no solo en materia penal, sino también en el derecho administrativo sancionador.

Hay que recalcar que el procesado, no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia, y por el contrario, el ordenamiento jurídico ecuatoriano, exige a las autoridades judiciales competentes la demostración de culpabilidad del procesado; recordando que para dictar sentencia condenatoria, según dispone el Art. 5.3 del Código Orgánico Integral Penal, hay que establecer la existencia de los elementos del delito y la conexión de los mismos con el procesado, esto es su responsabilidad, más allá de toda duda razonable.

1.5.- DIFERENCIAS ENTRE INDICIO Y PRESUNCIÓN

Para entender el principio procesal de inocencia que señala el Art. 5.4 del COIP, y el in dubio pro reo del 5.3 *ibídem*, es necesario establecer las diferencias entre indicio y presunción.

El Dr. Luis Cueva Carrión, señala las diferencias entre indicio y presunción, manifestando: “Generalmente se confunde al indicio con la presunción y, en la práctica, se los trata en forma indiferenciada; vamos a aclarar este asunto estableciendo su diferencia. Las presunciones no son indicios; se basan en indicios. Los indicios son los soportes de las presunciones, son los elementos básicos para su formulación. Las **presunciones** no se prueban, se infieren. Los **indicios** se prueban. Los indicios son

anteriores; las presunciones, posteriores. Las presunciones son el resultado de la inferencia que se obtiene en base a los indicios”.

1.6.- LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO

Es menester recordar, que el debido proceso, es el conjunto de garantías que protegen a la ciudadana o ciudadano sometido a cualquier clase de proceso, y debe basarse en la práctica auténtica de los principios fundamentales de la libertad e igualdad; y, en materia penal las señaladas en el Art. 77, además de las del Art. 76 de la Constitución de la República.

Por estas razones constitucionales, el legislador ha considerado que para limitar los derechos (recordemos que de los 444 artículos de la Constitución, 74 se refieren a derechos), es menester observar las reglas del debido proceso; y el debido proceso, es aquella obligación de todo juicio o acto administrativo, de guiarse y fundamentar sus resoluciones en las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, ciñéndose al texto de la Constitución de la República, de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, de las sentencias que dicta especialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyo texto consta en páginas posteriores, de la ley, y de respetar las disposiciones de los cuerpos normativos vigentes, como las contenidas en el Código Orgánico Integral Penal.

De este modo, quien aplica la ley, en este caso el Código Orgánico Integral Penal, debe cumplir los parámetros que ésta le flanquea, pues excediéndose de aquella, la o el juzgador se convierte en generadora o generador, en creadora o creador de inseguridad jurídica, por su actuación ilegal, arbitraria o ilegítima, contraviniendo de este modo varios preceptos constitucionales, y sobre todo el principio de seguridad jurídica, señalado en el Art. 82, de la Constitución de la República, lo cual acarrea responsabilidades administrativas, civiles y penales, conforme lo manifiesto en mi trabajo sobre las responsabilidades administrativas, civiles y penales de los jueces, fiscales y defensores públicos.

Así, el debido proceso es aquel, en el que se observan los principios constitucionales, y pretende articular todo el desarrollo del proceso penal en este caso, para permitir que la

investigación del ilícito y la determinación de la participación, sea conforme a los parámetros previamente establecidos por la normativa constitucional, tratados internacionales de derechos humanos y, la contenida en el Código Orgánico Integral Penal.

En nuestra legislación, el debido proceso, en el que se incluye la presunción de inocencia, es el conjunto de actuaciones que deben desarrollar los sujetos procesales, en donde es necesario, respetar al máximo las formas propias de las ritualidades, ya que esto es una garantía para el ciudadano y ciudadana en un Estado constitucional de derechos y justicia social, o sea es una garantía contra la posible arbitrariedad de las actuaciones jurisdiccionales, debiendo destacar, que la garantía del debido proceso, es la más amplia de todas las consagradas en nuestra Constitución de la República, y es uno de los derechos fundamentales, además, hay que aclarar que esta garantía rige desde el mismo inicio del proceso hasta la ejecución completa de la sentencia.

El debido proceso, como lo señalo en mi obra Nuevos Paradigmas en Materia Constitucional en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano en dos tomos, se resume en una frase bíblica, que señala: **“No hagas a otro lo que no quieres que te hagan a ti”**, por esta razón se dice que mantener las garantías constitucionales para otros, es mantenerlas para sí mismos, pues no olvidemos que la vida es un carrusel.

De tal manera que el debido proceso, protege a las ciudadanas y ciudadanos, contra los abusos y desviaciones de las autoridades, originadas no solo de las actuaciones procesales, sino de las decisiones que adoptan y puedan afectar injustamente a los derechos e intereses legítimos de aquellos.

Además, comprende una serie de garantías con las cuales se busca sujetar a reglas mínimas sustantivas y procesales el desarrollo de las actuaciones ejercidas por las autoridades en el ámbito judicial y administrativo, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas vinculadas a estas actuaciones. De este modo, el debido proceso, salvaguarda la primacía del principio de legalidad e igualdad, así como realiza efectivamente el derecho de acceso a la administración de justicia, sustento básico y esencial de una sociedad democrática, como lo es la nuestra.

El Art. 100 No. 1, del Código Orgánico de la Función Judicial, dispone: “**DEBERES.-** *Son deberes de las servidoras y servidores de la Función Judicial, según corresponda al puesto que desempeñen, los siguientes:*

1. Cumplir, hacer cumplir y aplicar, dentro del ámbito de sus funciones, la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, las leyes y reglamentos generales; el Estatuto Orgánico Administrativo de la Función Judicial, los reglamentos, manuales, instructivos y resoluciones del Pleno del Consejo de la Judicatura y de sus superiores jerárquicos”.

Debo recalcar, que el objeto del derecho al debido proceso, es proteger a las personas contra los abusos y desviaciones de las autoridades, originadas no sólo de las actuaciones procesales, sino de las decisiones que adopten y puedan afectar injustamente los derechos e intereses de aquellos; de este modo, el debido proceso constituye un límite material al posible ejercicio abusivo de las autoridades estatales, y las garantías del debido proceso, aseguran a la persona sometida a cualquier proceso, a una recta y cumplida administración de justicia, a la seguridad jurídica, a la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho, etc.

De tal modo, que el respeto al debido proceso, es una exigencia *sine quanon* para la garantía de los demás principios, derechos y deberes sustanciales que establece la Constitución de la República, los tratados internacionales de derechos humanos, las leyes respectivas y para el presente tema, las normas contenidas en el Código Orgánico Integral Penal.

De lo anotado se desprende, que una de las garantías básicas en nuestro sistema penal, y dentro del debido proceso, es la **presunción de inocencia**, de la cual deviene el principio de que nadie puede ser penado sin juicio previo, de ello se colige que por regla general existe un derecho constitucional a permanecer en libertad mientras no exista sentencia condenatoria ejecutoriada, pues toda persona es inocente y se mantendrá como tal dentro del procedimiento penal, mientras no se determine su culpabilidad por sentencia condenatoria en firme; o sea, que nadie por regla general puede ser privado de su libertad mientras no sea probada su culpabilidad.

Hay que insistir, que sólo la sentencia condenatoria ejecutoriada, cambia la situación jurídica de una persona procesada o acusada; o sea que es inocente y debe ser tratada como tal, hasta que haya sentencia condenatoria en firme, de tal manera que solamente luego de dictada ésta, se pierde el estatus de inocente, según dispone el principio procesal de inocencia señalado en el Art. 5.4 del COIP, materia de análisis del presente artículo.

En el próximo artículo comentaré sobre el ámbito de aplicación de la presunción de inocencia, sus consecuencias, los casos prácticos sobre la violación a dicho principio y la jurisprudencia internacional dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre este tema jurídico. (*Autor: Dr. José García Falconí*)

1.7.- GARANTÍAS JURISDICCIONALES

1.7.1.- Síntesis histórica

Las garantías jurisdiccionales de los derechos tienen sus orígenes míticos en el interdicto romano de *homine liber exhibendo*, el cual se constituía en una especie de acción popular encaminada a tutelar la libertad de cualquier ciudadano romano privado dolosamente de ella.

El siguiente antecedente importante del actual sistema de garantías jurisdiccionales es la famosa Carta Magna de 1215, por cuyo intermedio los señores feudales ingleses consiguieron una serie de prerrogativas frente a las ambiciones absolutistas del rey Juan. Sobre la base de este pacto el tiránico rey inglés fue obligado a acordar una serie de concesiones y derechos de la nobleza frente a la Corona. Particularmente le obligaron a garantizar la existencia de una Iglesia “libre” de las intromisiones del rey; a garantizar la vigencia de la llamada ley feudal; así como los derechos de los pueblos a la libertad de comercio y al uso de los bosques públicos; también se acordó mediante la Carta Magna una reforma de la justicia, que incluyó la instauración de la *habeas corpus*, en virtud del cual el rey se comprometía a no disponer la muerte ni la prisión de los nobles ni la confiscación de sus bienes mientras aquellos no fueran juzgados por sus iguales (Vega, 1988: 81).

Específicamente el artículo 39 de la Carta establecía que:

Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino.

El otro antecedente famoso del actual sistema en el mismo contexto inglés y como reacción frente al poder de la Corona se instituyó la Petición de derechos que fue concedida el 7 de junio de 1628, donde se declara ilegal el encarcelamiento excepto en el caso que se cometa un delito, se extiende la garantía del hábeas corpus para toda persona, y se prohíbe la prisión preventiva para los acusados hasta que se demuestre el crimen que han cometido; así mismo se declaran ilegales y se prohíben los impuestos no aprobados por el parlamento y los préstamos forzosos. Posteriormente, en 1640, el Habeas Corpus Act abolió la Star Chamber y los tribunales basados en la prerrogativa real. En ella se eliminó la jurisdicción real en asuntos civiles y penales, además se estableció un procedimiento judicial ante los jueces del common law para garantizar la libertad de la locomoción y movilización de los antiguos siervos, que a partir de ese momento pudieron transitar y trabajar libremente en los talleres de la naciente industria textil inglesa.

En este punto llegamos a la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, origen y pilar central del sistema de garantías propio de cualquier Estado de derecho. En el plano procesal, que es el que aquí interesa, esta famosa declaración establece la prohibición de nombrar jueces especiales para juzgar a una persona; también incorpora el principio de presunción de inocencia como elemento necesario de un juicio imparcial en materia penal.

Algunos siglos después, el due process of law fue reconocido en las primeras constituciones norteamericanas y expresamente proclamada en la quinta y decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos en 1791 y 1868, respectivamente, que consagran ciertos elementos básicos de lo que debe entenderse como un juicio justo e imparcial, a saber: La prohibición de declarar contra sí mismo, la privación de libertad deberá ser realizada solo por medios procedimentalmente establecidos por la ley, juicio rápido y público, derechos de defensa e información sobre las causas de la detención.

1.7.2.- Influencias del constitucionalismo Norteamericano

En el ámbito latinoamericano la gran mayoría de los países de la región fueron influenciados por el constitucionalismo norteamericano.

En cuanto atañe a las garantías jurisdiccionales el hábeas corpus fue la primera de las garantías instauradas en América Latina que, siguiendo el ejemplo romano, fue pensado para proteger y tutelar la libertad personal en contra de las detenciones arbitrarias. Hay sin embargo ciertas peculiaridades como en los casos argentino, peruano o boliviano, en donde, a falta de una figura jurídica especializada tradicionalmente se utilizó el hábeas corpus para proteger todos los derechos constitucionales.

Esta situación en la que el hábeas corpus era la única garantía efectiva para la defensa de los derechos de las personas, se mantuvo durante un largo tiempo, y es solo hasta la Constitución colombiana de 1910 o la Constitución mexicana de 1917 cuando comienzan a desarrollarse otros instrumentos tales como “el proceso de amparo y la acción o recurso de inconstitucionalidad de las leyes”, y habrá que esperar a la irrupción de las constituciones nacionales del nuevo constitucionalismo latinoamericano para que termine de desarrollarse un sistema complejo de protección de los derechos fundamentales. Este es el caso de las constituciones brasileña de 1988, de la colombiana de 1991, de la peruana de 1993, incluso de la ecuatoriana de 1998 y la venezolana de 1999.

No cabe la menor duda de que uno de los sistemas más desarrollados de protección de los derechos es el establecido por la Constitución de Montecristi, donde encontramos un enorme catálogo de derechos protegidos y todo un sistema institucional de garantías, empezando por las clásicas garantías jurisdiccionales, las cuales han sido complementadas con un muy potente sistema de garantías normativas, institucionales y de políticas públicas, que aseguran la eficacia del Estado constitucional de derechos.

1.7.3.- Modelo vigente de garantías jurisdiccionales en Ecuador

Uno de los elementos significativos del nuevo constitucionalismo ecuatoriano es el desarrollo que ha tenido la llamada agenda de los derechos, así como el desarrollo exhaustivo de un sistema de garantías o instrumentos constitucionales que abarcan

escenarios constitucionales, tanto los de la parte dogmática o teórica propiamente dicha, como también de la parte orgánica. Entre estos mecanismos o instrumentos encontramos las garantías normativas, las garantías de políticas públicas, las garantías jurisdiccionales y las garantías institucionales. Las garantías normativas son aquellas reglas que aseguran el carácter normativo de los derechos fundamentales, limitando al máximo sus restricciones y asegurando la reparación cuando la vulneración se ha producido. La más importante garantías normativa es el principio de supremacía de la Constitución; pero existen otras garantías de este tipo en Ecuador como la rigidez; el deber del respeto a los derechos del artículo 11, numeral 9 de la Constitución y el deber general de reparación. Sin embargo, con tal nombre el constituyente ecuatoriano estableció un procedimiento, determinado en el artículo 84 de la Constitución, que asegura la sujeción de cualquier órgano con potestad normativa de los derechos constitucionales.

Las garantías de políticas públicas definidos en el artículo 85 constitucional vinculan los derechos y su efectividad a las políticas públicas a través de la obligación que tienen los responsables de la política pública de construirla, ejecutarla y evaluarla en función de su dependencia con la eficacia real de los derechos constitucionales.

Las garantías jurisdiccionales nos conducen a ejercitar el derecho de acción para lograr la tutela efectiva de los derechos por parte de los jueces, lo que está estrechamente relacionado con el papel que cumplen los funcionarios judiciales en las democracias contemporáneas. El juez ya no es más la boca muda de la ley, sino que se convierte en el protagonista de la acción del Estado. Actualmente, en Ecuador existen garantías jurisdiccionales, algunas novedosas en el contexto constitucional ecuatoriano, y otras reforzadas en relación con sus similares previstas en la Constitución Política de 1998: la acción de medidas cautelares autónomas, la acción de acceso a la información pública, el hábeas corpus, el hábeas data, la acción extraordinaria de protección, la acción por incumplimiento y la acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales. **(Dr. Patricio Pazmiño Freire, Doctor en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador; Máster en Ciencias Sociales, FLACSO-Ecuador.)**

EPÍGRAFE II

2.- LA INFRACCIÓN PENAL: DELITO Y FALTA

2.1.- EL DELITO: RELATIVIDAD HISTÓRICO-ESPACIAL. CONCEPTO DOGMÁTICO DEL DELITO EN EL DERECHO PENAL

Las normas jurídico-penales definen en sus presupuestos los comportamientos delictivos, a los que van legalmente ligadas diversas consecuencias jurídicas. Primer elemento de dichas normas y concepto fundamental del Derecho Penal es, pues, la infracción penal, el delito, categoría o noción que, conforme al principio de ofensividad, sólo pueden rellenar aquellos comportamientos lesivos o peligrosos de bienes jurídicos susceptibles de tutela penal.

Desde un **punto de vista formal**, el delito es la infracción de una norma penal. Sólo es delito la conducta que infringe lo dispuesto en la Ley penal: el Código Penal u otras leyes penales.

Decir que es delito lo que la ley penal señale que es delito no suministra mucha información acerca de sus características reales. Entre los numerosos intentos de definir el delito desde una **perspectiva material**, destaca aquella concepción que identifica la infracción penal con la conducta socialmente dañosa. Aun cuando la noción no deje de presentar una gran abstracción, no cabe duda de que para un Derecho Penal inspirado en los principios repasados en el primer módulo, la nocividad social ha de constituir el núcleo elemental para la posible consideración de una conducta como delictiva.

En realidad, dada la variabilidad histórico-espacial del fenómeno delictivo, resulta prácticamente imposible definir el delito al margen del Derecho Penal vigente en cada tiempo y lugar. En cualquier caso, el interés del jurista no es sólo conocer lo que, materialmente es cualquier hecho delictivo, con independencia de su colocación espacio-temporal, sino, sobre todo, desentrañar el mecanismo de la responsabilidad penal: el modo en que, sea cual sea el delito cometido, ha de procederse para saber si una persona ha de considerarse penalmente responsable o no. Desde este punto de vista, lo esencial para el Derecho Penal es, partiendo del Derecho Positivo en vigor, indagar

los presupuestos materiales de los que depende la imposición de una pena, esto es, el conjunto de elementos sobre los que acaba construyéndose la responsabilidad penal.

Si retomamos el concepto de nocividad social, el Derecho Penal moderno considera antijurídicos o injustos aquellos comportamientos que atacan de manera especialmente grave a los bienes jurídicos dignos y necesitados de la protección penal.

Dos son las censuras o juicios negativos (desvalor) en que consisten los hechos injustos y antijurídicos:

- uno que recae sobre el resultado lesivo o peligroso para el bien jurídico (desvalor de resultado)
- uno que recae sobre el modo de realización de la conducta misma (desvalor de acción).

La antijuridicidad o injusto característico de cada particular hecho delictivo resulta de la combinación de ambos desvalores: no toda agresión a un mismo bien jurídico merece el mismo nivel de censura, depende del grado de ataque en que consista; no todo grado de ataque resulta igualmente desvalorado: también el modo en que se realice la conducta (con violencia, engaño...) influye sobre el grado de censura que suscita, en general, el comportamiento delictivo.

Sabemos ya que en razón del principio de legalidad, la única vía de definición de los comportamientos injustos es a través de la ley penal. Ésta realiza esta función mediante la construcción de **tipos penales**, modelos (negativos) de conducta que los ciudadanos deben evitar y en los que, abstrayéndose de las particularidades de los casos concretos y tratando de comprender el mayor número de conductas similarmente atentatorias del bien jurídico que desea proteger, la ley trata de recoger aquellas características esenciales que denotan la injusticia, la dañosidad social de la conducta en cuestión.

Si tenemos en cuenta que sólo los comportamientos humanos antijurídicos pueden ser la base de los hechos delictivos y que éstos han de encontrarse contenidos en un tipo penal, cabría comenzar por definir la infracción penal como un **comportamiento humano típico y antijurídico**.

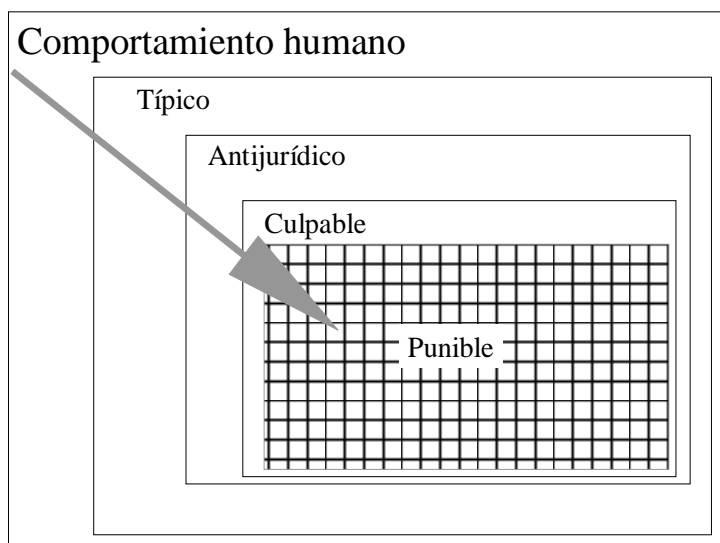
La responsabilidad penal es, con todo, una responsabilidad personal y no queda satisfecha con la mera realización de una conducta típica y antijurídica. Se precisa, además, que la conducta sea culpable. Al juicio de desvalor que incide sobre el comportamiento mismo, ha de añadirse el reproche personal derivado de la atribución al autor como un hecho propio del acto generalmente desaprobado. Esto es posible, conforme a la concepción más extendida, cuando el sujeto, capaz de entendimiento y voluntad, pudiendo haber obrado de otro modo, acabó dirigiendo su comportamiento en el sentido prohibido por la norma. El comportamiento humano típico y antijurídico, para ser efectivamente fuente de responsabilidad penal, ha de ser también un comportamiento culpable.

Finalmente, es preciso que sea **punible**, esto es, susceptible de manera efectiva de la imposición de una pena.

Se llega así a un concepto mixto (material-formal), del delito o infracción penal. Este se define desde una perspectiva dogmática como un

**COMPORTAMIENTO HUMANO
TÍPICO, ANTIJURÍDICO, CULPABLE Y PUNIBLE**

DELITO



2.2.- ELEMENTOS ESENCIALES DEL DELITO

La utilidad del concepto dogmático de delito no es sólo teórica, sino que despliega igualmente sus efectos desde el prisma metodológico, al establecer un orden lógico a la hora de proceder a la constatación y exigencia de una posible responsabilidad penal.

En efecto, para que haya responsabilidad penal deberemos encontrarnos, en primer lugar, ante un comportamiento que reúna las características propias del comportamiento humano, en particular, su controlabilidad, de aquí que haya de quedar excluida de raíz la concurrencia de cualquier causa de exclusión del mismo (estado de inconsciencia, de sueño...).

El comportamiento humano deberá, además, ser típico: esto es, habrá de hallar una perfecta incardinación en alguno de los tipos penales legalmente definidos, concurriendo las características en su caso exigidas para los sujetos intervinientes, el comportamiento mismo y la necesaria relación de causalidad (e imputación objetiva) entre lo realizado y el resultado producido. Para que el hecho sea típico se precisa igualmente que sea doloso o que su comisión haya sido debida a la omisión del cuidado debido. A falta de dolo o imprudencia no cabrá tampoco responsabilidad penal.

Aun cuando los comportamientos típicos deben reputarse, en principio, por definición antijurídicos, hay casos o circunstancias en los que el propio ordenamiento autoriza y justifica la realización de aquellos comportamientos sin derivar de ello ninguna responsabilidad penal. Matar está generalmente prohibido, pero no es delictivo si se realiza en situación de legítima defensa. Constatada la tipicidad del comportamiento habrá que descartar la concurrencia de alguna causa de justificación. También debería excluirse la ausencia de nocividad social del comportamiento derivada de su absoluta falta de peligrosidad para el bien jurídico protegido, lo que de probarse, debería llevar a negar la antijuridicidad material del mismo.

Para ser plenamente sancionable, los comportamientos típicos y antijurídicos han de ser culpables. Esto no es posible si el sujeto es inimputable o si se encontraba en alguna situación de inexigibilidad o exculpación.

Por último, hay circunstancias en las que a pesar de haberse realizado un comportamiento típico, antijurídico y culpable, éste no es punible por la presencia de una inmunidad personal (inviolabilidad) o excusa absolutoria, o incluso por el efecto de una condición objetiva de punibilidad.

Sólo tras proceder a este ordenado repaso y constatar que se está ante un comportamiento típico, antijurídico, culpable y efectivamente punible, cabrá afirmar la presencia de una responsabilidad penal.

2.2.1.- Comportamiento humano o acción

El primero de los elementos esenciales del delito es el comportamiento humano o acción.

De entre todos los hechos del mundo, sólo los comportamientos humanos pueden constituir delitos.

La infracción penal puede, con todo, construirse sobre comportamientos humanos que digan relación con actos de animales o fenómenos de la naturaleza, y en los que concurra una base suficiente para la imputación a un individuo concreto de lo producido.

Lo mismo sucede en el caso de las personas jurídicas que en el Derecho Penal español tampoco pueden incurrir en responsabilidad penal (*societas delinquere non potest*). La responsabilidad penal por hechos cometidos a través de la persona jurídica o en su seno ha de ser, en su caso, imputada a quienes asumen la dirección, administración o representación de la misma (art. 31 CP).

Muchos países van abandonando, con todo, el principio de irresponsabilidad penal de las personas jurídicas (así, p.e. el nuevo Código Penal Francés o el Código Penal belga, reformado en 1999).

2.2.2.- Principio del hecho

Siendo el comportamiento humano la base de toda infracción penal, en un Estado social y democrático de Derecho sólo es lícito prohibir penalmente comportamientos externos; no pensamientos, intenciones o disposiciones personales que no hayan encontrado una suficiente exteriorización.

El Derecho Penal es, pues, un Derecho Penal de acto (y no de autor). De ello se deduce que no pueden constituir nunca delito ni el pensamiento ni las ideas (ni siquiera la resolución de delinquir), en tanto no se traduzcan en actos externos. Tampoco puede constituir delito una determinada forma de ser o disposición caracterial.

Esto es lo que se conoce como principio del hecho.

2.2.2.1.- Formas de comportamiento humano. Conducta activa y pasiva. Acción y omisión.

El comportamiento humano presenta básicamente dos modalidades:

- * conducta activa
- * conducta pasiva

El Derecho Penal distingue, sin embargo, entre

- * comisión (comportamiento activo)
- * omisión (ausencia del comportamiento esperado)

No es lo mismo comportamiento pasivo que omisión.

El comportamiento pasivo consiste en no hacer nada.

La omisión, por el contrario, consiste en no hacer aquello que se esperaba, a lo que se estaba jurídicamente obligado.

Quien omite una acción que está obligado a realizar puede que no haga nada (no presta socorro a una persona que ha sufrido un accidente de tráfico, se queda inmóvil) o,

sin embargo, hacer o seguir haciendo otra cosa (no presta socorro a una persona y continúa conduciendo).

Al Derecho Penal lo que le interesa es que no se ha realizado el comportamiento esperado (en el ejemplo, prestar el socorro al accidentado) por lo que desde el prisma penal habrá habido una omisión a pesar del comportamiento activo.

2.2.2.2.- El comportamiento humano relevante para el Derecho Penal

Desde un punto de vista jurídico-penal, el primer elemento esencial del delito ha de ser un **comportamiento socialmente relevante dependiente de la voluntad humana**.

La infracción penal presenta, con todo, dos modalidades:

- * la infracción intencional (dolosa) y
- * la infracción imprudente.

La infracción imprudente se caracteriza por la ausencia de intención dirigida a la comisión del hecho delictivo, que se produce por la falta de diligencia. Pero, en el comportamiento imprudente, por definición, el sujeto podía haber evitado la realización del delito si, voluntariamente, hubiera adoptado la diligencia, el cuidado exigido. El comportamiento fue, por tanto, voluntario, aunque no intencionalmente dirigido a realizar el delito.

2.2.2.3.- Causas de exclusión

Puesto que el Derecho Penal sólo se ocupa de acciones susceptibles de control a través de la voluntad, no habrá comportamiento humano penalmente relevante cuando falte esa posibilidad de control de la conducta por parte del sujeto. Esto sucede en tres grupos de casos:

* **Fuerza irresistible o mayor**. La fuerza irresistible es un acto de fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el agente anulando completamente su voluntad. Si alguien es forzado por otra persona a realizar un

determinado comportamiento, sin que tenga ninguna posibilidad de resistirse a dicha fuerza, se convierte en un mero instrumento de la voluntad de aquél, por lo que no podrá ser penalmente responsable.

Ejemplo: el que es arrojado a una piscina y cae sobre un bañista al que hiere. La fuerza física irresistible excluye la acción de la persona que es arrojada, porque supone ausencia de voluntad del forzado. No llegará, por tanto, a cometer ni el comportamiento humano básico de un delito de lesiones.

* **Movimientos reflejos.** En los movimientos reflejos, tales como vómitos, convulsiones epilépticas o los movimientos instintivos de defensa, paralización instantánea por obra de una impresión física o psíquica, no existe propiamente un control de lo sucedido por parte de la voluntad del sujeto, por lo que no reúnen desde el prisma penal las características exigidas para comportamientos humanos que han de constituir la base de cualquier infracción penal.

Por ejemplo, falta la acción desde un punto de vista penal, cuando quien en una convulsión epiléptica deja caer un valioso jarrón que tenía en ese momento en la mano, o quien aparta la mano de una placa al rojo vivo rompiendo con ello un valioso jarrón de cristal (no cometen un delito de daños).

No son, con todo, movimientos reflejos los actos en cortocircuito, impulsivos o explosivos. En ellos la voluntad participa, aunque sea fugazmente. Por tanto, pueden constituir comportamiento humano desde el prisma penal. Esto, con independencia de que lo sucedido pueda desplegar sus efectos respecto de otros elementos esenciales del delito, en particular la imputabilidad o culpabilidad..

Por ejemplo, el atracador que, nervioso, aprieta instintivamente el gatillo al observar un gesto equívoco de huida o defensa en el cajero del banco.

* **Estados de inconsciencia.** También falta el comportamiento humano penalmente requerido en los estados de inconsciencia tales como el sueño, el sonambulismo, la embriaguez letárgica, etc. En estos casos los actos que se realizan no

dependen de la voluntad y, por consiguiente, no pueden considerarse acciones penalmente relevantes.

2.2.2.3.- Actio libera in causa

La presencia de una causa de exclusión del comportamiento humano o acción no elimina, sin embargo, de un modo absoluto la posibilidad de responsabilidad del sujeto.

Es posible, en efecto, que sea él mismo quien, con objeto de cometer el delito o por imprudencia, se haya colocado en aquel estado de exclusión de la acción. En estos casos, llamados acciones libres en la causa (*actio libera in causa*) habrá que examinar si cabe exigir responsabilidad penal al sujeto por lo realizado en estado de inconsciencia, etc., con base en su colocación intencional o imprudente en aquel estado.

2.2.2.4.- Tiempo y lugar.

La fijación del tiempo y lugar de realización del delito es muy importante a múltiples efectos: determinación de la ley penal aplicable en casos de sucesión de leyes, determinación del momento inicial para el cómputo de la prescripción del delito, fijación de la jurisdicción competente...

Suelen plantearse dificultades en los **delitos a distancia**, en que el comportamiento se realiza en un momento y lugar determinados y el resultado se produce con posterioridad y en lugar diferente.

Por ejemplo, se envía una carta injuriosa de Bilbao a Madrid, o un paquete de explosivos de Barcelona a Valencia. La persona herida por los disparos de un arma de fuego en un pueblo de Toledo fallece semanas después en una clínica de Madrid. Un ciudadano español dispara a un francés que se encuentra al otro lado de la frontera, causándole la muerte.

El Código Penal recurre a la teoría de la actividad para determinar la ley penal aplicable en el tiempo: el delito se entiende cometido en el momento “en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar” (art. 7 CP).

Legalmente no se ofrece ningún criterio para fijar el lugar de comisión del delito. La doctrina considera que ha de seguirse en este punto la teoría de la ubicuidad: el delito se entiende cometido tanto en el lugar de realización de la acción, como en el lugar del resultado.

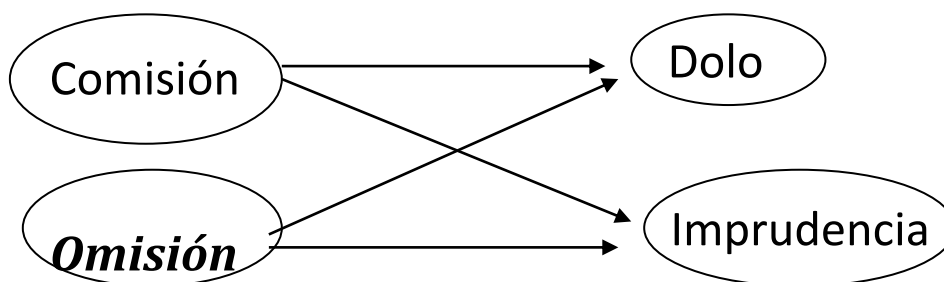
2.2.3.- La tipicidad

Para llegar a ser delictivo, el comportamiento humano debe ser **típico**: esto es, debe encontrar perfecta cabida en alguna de las descripciones que de las conductas punibles realiza la ley penal.

Dispone el artículo 10 CP: “Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley”.

Cuatro modalidades delictivas resultan de la definición legal del delito:

- ❑ los **delitos dolosos de comisión**,
- ❑ los **delitos dolosos de omisión**,
- ❑ los **delitos imprudentes de comisión** y
- ❑ los **delitos imprudentes de omisión**.



No son idénticos los requisitos que han de concurrir para afirmar la presencia de un delito doloso o de un delito imprudente. Tampoco coinciden los elementos a tener en cuenta para aceptar la adecuación típica de un hecho omisivo o de comisión.

Siendo los delitos dolosos de comisión los que presentan una estructura más sencilla, se analizará en primer lugar el tipo de estos delitos, para pasar a continuación al examen del tipo imprudente y del tipo de omisión, que añaden a aquel algunos elementos específicos.

2.2.3.1.- Tipos dolosos de comisión

Dos son los aspectos a examinar en cualquier tipo penal:

- el aspecto objetivo (tipo objetivo)
- el aspecto subjetivo (tipo subjetivo)

2.2.3.1.1.- Tipo objetivo

En el tipo objetivo se define el comportamiento en su vertiente externa. Si es un movimiento corporal, en qué consiste ese movimiento corporal, quiénes son los sujetos, el objeto, qué resultado, etc. En definitiva, se incluyen todos los elementos de naturaleza objetiva que caracterizan al delito en cuestión.

* **Sujeto activo:** El sujeto activo es la persona humana que debe realizar el comportamiento humano para que se cometa el correspondiente hecho delictivo.

- Hay **delitos comunes**, que pueden ser realizados por cualquier persona humana (p.e. el homicidio: art. 138 CP).
- Otros delitos son **especiales**, sólo pueden realizarlos aquellas personas que reúnen determinadas cualidades: las definidas por el tipo penal. P.e. el delito de prevaricación judicial del art. 446 CP sólo puede ser cometido por Jueces o Magistrados, no por cualquier persona.

* **Sujeto pasivo:** Sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico atacado. Puede serlo un individuo, un conjunto de individuos, una persona jurídica, la sociedad, el Estado o la comunidad internacional. Normalmente, el tipo penal no describe especialmente al sujeto pasivo, aunque a veces requiere en él determinadas

características (p.e. en el delito de estupro –abuso sexual con engaño–, edad mayor de doce años y menor de dieciséis).

No siempre coincide el sujeto pasivo del delito con el sujeto pasivo de la acción: la persona o cosa sobre la que recae la acción delictiva.

Por ejemplo, imaginemos el caso del niño que tiene el bolso de su madre y un ladrón se lo arrebató. El sujeto pasivo del delito es la madre, titular del bolso, mientras que el sujeto pasivo de la acción es el niño. El bolso será por su parte el objeto material de la acción.

Se ha de distinguir también el sujeto pasivo del delito del **perjudicado**. Este último concepto es más amplio que el de sujeto pasivo: son perjudicados todos los que soportan consecuencias perjudiciales más o menos directas del delito.

Por ejemplo: en el homicidio la víctima es el sujeto pasivo y los familiares los perjudicados.

* **La conducta típica:** Es el núcleo del tipo penal, pues describe la acción u omisión en que consiste el particular hecho delictivo.

Hay delitos que sólo consisten en la realización de un determinado comportamiento (**delitos de mera actividad**) (p.e. conducir por la vía pública). Otros requieren que al comportamiento le siga un resultado (**delitos de resultado**) (p.e. delito de homicidio: matar). La mayor parte de las veces el resultado se describe a través del verbo típico. Otras veces la descripción es más compleja: no basta con la producción de un resultado, sino que es preciso que ese resultado se cause mediante la utilización de determinados medios o formas de comportamiento.

* **Causalidad e imputación objetiva:** En los delitos que consisten en la producción de un resultado para afirmar la adecuación típica es preciso que se pruebe que el resultado producido es consecuencia del comportamiento humano.

Esto no es siempre fácil de decidir, sobre todo si concurren varios comportamientos a la hora de la producción de un resultado. Las teorías más importantes empleadas para determinar si, efectivamente, el comportamiento puede considerarse causa del resultado son las siguientes:

- La teoría de la equivalencia de condiciones, que considera que es causa toda condición, positiva o negativa, que suprimida mentalmente haría desaparecer el resultado en su forma concreta.
- La teoría de la adecuación: entiende esta teoría que cuando existen múltiples condiciones, ha de reputarse causa, exclusivamente, la condición generalmente adecuada para producir el resultado. La adecuación ha de decidirse conforme a un juicio de pronóstico objetivo, realizado por un observador neutral que se coloque en la posición del autor en el momento de realización de los hechos y que analice lo sucedido con base en nuestros conocimientos de los cursos causales y la experiencia.
- La teoría de la imputación objetiva. Considera esta teoría que a la hora del examen de la adecuación típica de un comportamiento consistente en la causación de un resultado es preciso distinguir dos planos:
 - la causalidad, a resolver a través de la teoría de la equivalencia, y
 - la imputación objetiva, que ha de añadirse a lo anterior para afirmar la tipicidad.

La imputación objetiva queda excluida en determinados casos; p.e.

- si el comportamiento no era adecuado para producir el resultado típico (teoría de la adecuación).
- si el resultado causado no se corresponde con la lesión de bienes jurídicos que la norma quería proteger (teoría del fin de protección de la norma)
- si la conducta no supuso realmente un aumento del peligro para el bien jurídico protegido (teoría del incremento del riesgo)

2.2.3.1.2 Tipo subjetivo

El ámbito subjetivo del tipo de los delitos dolosos se encuentra constituido por:

- el dolo, y
- los elementos subjetivos del injusto.

2.2.4.-Dolo

Dolo es el conocimiento y la voluntad de realizar el tipo objetivo de un determinado delito.

En Derecho Penal se distinguen básicamente tres clases de dolo:

- **Dolo directo de primer grado.** En el dolo directo de primer grado el autor persigue realizar precisamente el delito.

Por ejemplo, el sujeto quiere matar a otra persona y la mata.

- **Dolo directo de segundo grado.** Hay también dolo cuando si bien el sujeto no persigue directamente el resultado típico, lo acepta como una de las consecuencias necesariamente unida al resultado principal que persigue.

Por ejemplo, para matar a una persona se coloca una bomba en su vehículo. En realidad, no se persigue destruir el vehículo, pero junto al asesinato se causa el delito doloso de daños, pues en el plan del autor la destrucción del vehículo es una de las consecuencias necesariamente unidas al resultado perseguido.

- **Dolo indirecto o eventual.** En esta clase de dolo el sujeto ve que la producción del resultado es algo probable y -aunque no persiga su producción ni lo acepte como una de las consecuencias necesarias- ante la eventualidad de que se produzca, sigue actuando, admitiendo, asumiendo su eventual realización.

Por ejemplo, se pone una bomba en un escaparate. No se persigue producir la muerte de nadie ni esto tiene realmente que producirse, pero es posible que en el momento de la explosión pase una persona y se vea afectada por la misma; se asume que

esto es posible, pero se continúa adelante con la intervención delictiva.

2.2.4.1.- Error de tipo

Si el dolo exige conocer y querer la realización de los elementos relevantes del tipo objetivo, el desconocimiento (ignorancia) o conocimiento defectuoso de alguno de estos elementos (error de tipo) excluye el dolo.

Por ejemplo, quien dispara sobre un cazador tomándolo por un animal incurre en error de tipo, pues desconoce un elemento esencial del tipo de homicidio, que requiere que se mate a otra persona.

La regulación del error de tipo se encuentra en el art. 14, 1 CP.

Dispone el art.14,1 CP: “El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente”.

En muchos casos de error de tipo lo que se da es una discordancia entre el delito que el sujeto quería efectivamente realizar (en el ejemplo, a lo sumo un delito de daños: matar a un animal) y lo que realizó.

La mayor parte de las veces, en el plano de la tipicidad, para cubrir adecuadamente lo sucedido en supuestos de error se requiere combinar dos tipos penales:

- el correspondiente a lo que uno perseguía pero no llegó a realizar (delito doloso intentado)
- con el correspondiente a lo que efectivamente realizó, pero en error de tipo (delito consumado imprudente, si el error era vencible).

2.2.4.2.- Otros elementos subjetivos del injusto

En algunos delitos específicos, además del dolo se requiere para realizar el tipo la presencia de especiales elementos de carácter subjetivo. Estos elementos subjetivos suelen consistir en especiales tendencias, finalidades, intenciones o motivos que el legislador exige en algunos casos, aparte del dolo, para constituir el tipo de ciertos delitos.

Por ejemplo, en el delito de hurto es preciso, además del dolo, el ánimo de lucro.

2.2.4.3.- El tipo imprudente

El tipo imprudente se construye sobre los mismos elementos que el tipo objetivo del delito doloso, si bien añade algunas características.

En efecto, mientras que el delito doloso supone la realización del tipo objetivo con conocimiento y voluntad, en el delito imprudente el sujeto no quiere realmente cometer el delito, pero lo realiza por su actuación descuidada, por inobservancia del cuidado debido.

La **inobservancia del deber de cuidado**, la falta de la diligencia debida, constituye, por tanto, el punto de referencia obligado del tipo del delito imprudente.

También son rasgos esenciales del delito imprudente la previsibilidad y la evitabilidad:

* **Previsibilidad:** No puede haber imprudencia, en efecto, si el resultado producido debido a la falta de cuidado no era previsible.

* **Evitabilidad:** Tampoco se considera susceptible de sanción el delito imprudente si, pese a haber actuado cuidadosamente, se hubiera producido el resultado típico.

El vigente Código Penal sigue un sistema de tipificación cerrada y excepcional de la imprudencia (art. 12).

Dispone el art. 12 CP: “Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”

El Código Penal español distingue dos clases de imprudencia:

- La **imprudencia grave** es la única que puede dar lugar a delitos (infracciones penales graves y menos graves, no faltas). Se considera como el cuidado, la diligencia, la atención que puede exigirse al menos cuidadoso, atento o diligente.
- La **imprudencia leve** no puede dar lugar a delitos, sino sólo a las faltas contra las personas previstas en el art. 621 CP. Supone la infracción de normas de cuidado no tan elementales como las vulneradas por la imprudencia grave, normas que respetaría no ya el ciudadano menos diligente, sino uno mucho más cuidadoso.

Para terminar, desde el prisma subjetivo, todo delito imprudente se caracteriza por la falta de voluntad de realizar el tipo objetivo.

2.2.4.4.- Los tipos de omisión

El Derecho Penal no sólo contiene normas prohibitivas sino también normas imperativas que ordenan acciones cuya omisión puede ser punible:

- bien directamente (**delitos de omisión pura**) o
- porque llegan a producir resultados típicos (**delitos de comisión por omisión**).

Cuando un delito es de omisión, han de concurrir para su adecuación típica los elementos ya analizados del tipo objetivo y subjetivo de los delitos dolosos o, en su caso, imprudentes.

Pero para apreciar que efectivamente se ha producido la omisión, que constituye el núcleo del delito, se precisa controlar diversos aspectos adicionales:

- **situación típica:** en primer lugar, que concurre la situación a la que el Derecho Penal liga la obligación de actuar.

P.e. en el delito de omisión del deber de socorro (art.195) que el sujeto se encuentra ante una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave.

- **omisión del actuar esperado:** en esa situación deberá omitirse el actuar esperado por la ley penal; p.e. la prestación del socorro.
- **capacidad de acción:** ahora bien, esta omisión sólo será típica si el sujeto era capaz de acción.

P.e.: la persona que sufre una grave parálisis no puede omitir la salvación de una persona que se está ahogando en el río, porque no tiene posibilidad de echarse al agua para salvarla.

2.2.4.5.- Delitos de comisión por omisión

Hay veces en que la omisión es la forma de realización de un determinado resultado.

Por ejemplo, nadie duda en incluir en la acción típica del delito de homicidio el comportamiento de la madre que, pudiendo alimentarlo, deja morir de hambre al recién nacido.

En estos casos, el repaso de los elementos propios del tipo de omisión antes explicado no basta para afirmar la adecuación típica; es preciso que concurren dos requisitos, junto a la **relación de causalidad**, propia de los delitos de resultado:

1. **Equivalencia con el actuar:** Que la omisión equivalga valorativamente (“según el sentido del texto de la Ley” dice el Código) a un hacer activo.
2. **Posición de garante:** Que el sujeto tenga la obligación de impedir la producción del resultado en virtud de “un especial deber jurídico”, que le convierte en garante de que no se produzca el resultado.

Dispone el art. 11 CP: “Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor,

equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto, se equiparará la omisión a la acción:

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.”

Uno puede encontrarse en posición de garante, porque así lo establezca la ley o porque haya asumido el citado deber especial a través de un contrato.

También puede derivar su posición de garante de la llamada **injerencia o actuar peligroso precedente**. Quien con su actuar ha dado lugar a un peligro inminente de un resultado típico, tiene la obligación de hacer todo lo posible para impedir la producción de dicho resultado.

Por ejemplo, quien hace fuego en el bosque para preparar comida tiene la obligación de procurar que el fuego no degenera en el incendio del bosque, respondiendo del incendio en caso de que se produzca sin que él trate de evitarlo.

2.2.5.- La antijuridicidad

2.2.5.1.-Antijuridicidad formal y material

El término antijuridicidad expresa la contradicción entre la conducta realizada y las exigencias del Ordenamiento jurídico.

Frente a este concepto formal de antijuridicidad, en Derecho Penal se insiste en que los comportamientos delictivos no sólo deben ser antijurídicos en el plano formal, sino que han de ser **materialmente antijurídicos**.

A través de esta exigencia de antijuridicidad material se desea destacar que al Derecho Penal no le corresponde reaccionar contra las meras ilegalidades; el núcleo de las infracciones penales debe estar constituido por los actos socialmente dañosos, siendo

la dañosidad social la lesión o puesta en peligro del bien jurídico digno y necesitado de la protección penal.

De aquí que si en el comportamiento en cuestión, formalmente antijurídico, quedara excluida toda posibilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, debería ser considerado impune por falta de antijuridicidad material.

2.2.5.2.- Causas de justificación

En Derecho Penal, la existencia de un hecho típico supone la realización de un hecho prohibido con carácter general; el tipo penal describe la materia de prohibición, es decir, aquel o aquellos hechos que el legislador quiere evitar que realicen los ciudadanos.

Pero en algunas situaciones se permite igualmente, de un modo general, la realización de hechos típicos. Se trata de casos en los que el hecho, en sí típico (y por tanto indiciariamente antijurídico), se considera perfectamente lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico.

Las causas de justificación constituyen situaciones en las que la acción típica, generalmente prohibida, se encuentra jurídicamente autorizada.

Son causas de justificación:

- El actuar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo
- La legítima defensa
- El estado de necesidad

2.2.5.3.- Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo

Que está exento de responsabilidad criminal “el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.

La unidad del ordenamiento jurídico obliga, en efecto a que el hecho no sea antijurídico si alguien tenía legítimo derecho a realizarlo o si estaba obligado por un deber o por su oficio o cargo.

Ahora bien, el ejercicio del derecho ha de ser legítimo (no se trata de amparar el abuso de derecho). En cuanto al cumplimiento del deber o ejercicio del oficio o cargo, habrá que respetar los criterios específicos que lo rigen: legalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

2.2.5.4.-Legítima defensa

Tampoco es antijurídica la actuación de quien realiza un tipo penal en legítima defensa.

La legítima defensa consiste en una actuación en defensa de la persona o derechos propios o ajenos.

Para que efectivamente concurra la legítima defensa deben darse los siguientes requisitos:

a) Agresión ilegítima.

En caso de defensa de los bienes se considera agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes.

En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se considera agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.

b) Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión.

c) Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

2.2.5.5.-El estado de necesidad.

Consiste en lesionar un bien jurídico de otra persona o infringir un deber debido a una situación de necesidad, con objeto de evitar un mal propio o ajeno.

Para que exista estado de necesidad es preciso que concurran una serie de presupuestos:

- Situación de necesidad absoluta propia o ajena. Debe darse una situación de conflicto entre dos bienes jurídicos, en la que la salvación de uno de ellos exige el sacrificio del otro.

A diferencia de la legítima defensa, no requiere que exista una previa agresión antijurídica, pero lo que el sujeto realiza para evitar un mal a sí mismo o a un tercero, ha de ser el único camino posible.

- Proporcionalidad: el mal causado no ha de ser mayor que el que se pretende evitar.
- No provocación intencional de la situación de necesidad por el sujeto.
- No obligación de sacrificarse: que el necesitado no tenga por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

Ejemplo de estado de necesidad: el llamado hurto famélico: quien está sufriendo intensamente de hambre coge una fruta de una propiedad ajena para alimentarse.

2.2.6.- La culpabilidad

La culpabilidad también denominada reprochabilidad, es un juicio normativo derivado del mal ejercicio de la libertad. Se censura al sujeto por la no adecuación de su comportamiento a la norma cuando podía y debía hacerlo.

Para poder afirmar la culpabilidad de una persona que ha cometido un hecho típico y antijurídico, es necesario que concurran:

- la imputabilidad
- el conocimiento de la antijuridicidad
- la exigibilidad

2.2.6.1.-Imputabilidad

La imputabilidad o capacidad de culpabilidad consiste en la capacidad individual de comprensión de la ilicitud de los hechos y de actuar conforme a esta comprensión.

Quien carece de esta capacidad, bien por no tener la madurez suficiente, bien por sufrir graves alteraciones psíquicas, no puede ser declarado culpable y, por consiguiente, no puede ser responsable de sus actos, por más que éstos sean típicos y antijurídicos.

Son causas de inimputabilidad: la minoría de edad penal; las alteraciones en la percepción; las alteraciones psíquicas; los estados de intoxicación y el síndrome de abstinencia.

2.2.6.2.- La minoría de edad penal.

El art. 19 declara inaplicable el Código Penal al **menor de dieciocho años**.

La minoría de edad penal no determina, sin más, la exención de la responsabilidad criminal, ya que "cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule la responsabilidad del menor".

2.2.6.3.- El nuevo Derecho Penal de menores y jóvenes

El nuevo Derecho Penal introducido por la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores se aplica con carácter general a los menores y

jóvenes comprendidos entre los 14 y los 18 años que hayan cometido un hecho constitutivo de delito conforme al Código Penal o las Leyes penales especiales.

Inicialmente, el mismo régimen se preveía que pudiera igualmente extenderse a los mayores de 18 años y menores de 21, si sus circunstancias personales y grado de madurez lo aconsejaban, y salvo que hubieran cometido un delito grave o uno menos grave con violencia o intimidación en las personas o causando grave peligro para la vida o integridad física de las mismas, o hubieran sido condenados ya en sentencia firme por hechos cometidos cumplidos los 18 años (art. 4). Esta disposición, que venía a dar cauce a lo previsto por el artículo 69 del Código Penal, nunca entró en vigor y ha sido definitivamente eliminada por la L.O.8/2006.

Competentes para el enjuiciamiento de los hechos cometidos por menores son los Jueces de Menores (en hechos de terrorismo, el Juzgado central de menores de la Audiencia Nacional).

Estos, de hallar al menor responsable y de conformidad con el procedimiento establecido por la Ley, pueden imponer como respuesta a los hechos delictivos de menores todo un conjunto de medidas:

- internamiento en régimen cerrado, en régimen semiabierto o en régimen abierto;
- internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto;
- tratamiento ambulatorio;
- asistencia a un centro de día;
- permanencia de fin de semana;
- libertad vigilada, con o sin reglas adicionales y/u obligaciones;
- convivencia con otra persona, familia o grupo educativo;
- prestaciones en beneficio de la comunidad;
- realización de tareas socio-educativas;
- amonestación;

- privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos de motor, del derecho a obtenerlo o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas.
- inhabilitación absoluta

La duración máxima de las medidas –que pueden modificarse, sustituirse y quedar sin efecto en cualquier momento (salvo en casos excepcionales) por decisión judicial– es, con carácter general, de dos años, 100 horas para las prestaciones en beneficio de la comunidad, y en el caso de la permanencia de fin de semana hasta ocho fines de semana (art. 9,3).

Las medidas privativas de libertad se dividen en dos períodos: el primero, a cumplir en el centro correspondiente; el segundo, en régimen de libertad vigilada (art. 7,2).

Ahora bien, cuando los hechos cometidos estén tipificados como delito grave por el Código penal o las leyes penales especiales, o bien, si se trata de hechos tipificados como delito menos grave, cuando en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas, o bien si los hechos tipificados como delito se cometen en grupo o el menor pertenezca o actúe al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades, las medidas pueden ampliarse en su duración (art. 10). Así:

- i. si el menor había cumplido ya 16 años en el momento de realización de los hechos la duración máxima de la medida será de seis años; o, en sus respectivos casos, de doscientas horas de prestaciones en beneficio de la comunidad o permanencia de dieciséis fines de semana. En este supuesto, cuando el hecho revista extrema gravedad (y lo serán siempre aquellos en que se aprecie reincidencia), el Juez deberá imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a seis años, complementada sucesivamente con otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de cinco años. Sólo podrá modificarse, sustituirse o suspenderse la ejecución una vez

transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento.

- ii. si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, la medida podrá alcanzar tres años de duración. Si se trata de prestaciones en beneficio de la comunidad, dicho máximo será de ciento cincuenta horas, y de doce fines de semana si la medida impuesta fuere la de permanencia de fin de semana.

La duración de las medidas de internamiento se eleva todavía más, de manera especial, para el caso de los **delitos muy graves** (esto es, alguno de los delitos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años). En estos casos (art. 10,2),

- si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, se le impondrá una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años. En caso de pluralidad de infracciones (conexas, infracción continuada o cuando un solo hecho constituya dos o más infracciones), si alguna de ellas es de las mencionadas por el art. 10,2 la duración del internamiento podrá elevarse hasta seis años (art. 11.2)
- si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado será de uno a ocho años de duración, y será complementada en su caso por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años; y sólo podrán modificarse, suspenderse o sustituirse las medidas cuando haya transcurrido al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta. En el caso ya aludido de pluralidad

de infracciones el internamiento podrá elevarse aquí hasta diez años (art. 11.2)

Además, en el caso de que el delito cometido sea de terrorismo (arts. 571 a 580 CP), a las medidas que corresponda imponer se añadirá la inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre cuatro y quince años al de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el menor. La inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos sobre el que recayere, aunque sean electivos; así como la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la medida.

La ejecución de las medidas impuestas por los jueces de menores se lleva a cabo por las Comunidades Autónomas, prevaleciendo el criterio de proximidad al domicilio del menor en cuanto a la elección de los centros de cumplimiento (art. 46).

Sin embargo, en el caso de los delitos de terrorismo tanto la ejecución de la detención preventiva, como de las medidas cautelares de internamiento o de las medidas impuestas en la sentencia habrá de llevarse a cabo en los establecimientos y con el control del personal especializado que el Gobierno ponga a disposición de la Audiencia Nacional, en su caso, mediante convenio con las Comunidades Autónomas.

La Ley incluye, por último, un conjunto de reglas específicas para la ejecución de las medidas privativas de libertad (art. 54 y ss.) que se dividen en dos períodos: el primero, a cumplir en el centro correspondiente; el segundo, en régimen de libertad vigilada (art. 7,2).

2.2.6.4.- Las alteraciones en la percepción

En virtud del art. 20, 3 CP, está exento de responsabilidad criminal “el que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad”.

Ejemplo de alteración en la percepción: la sordomudez.

2.2.6.5.-Las alteraciones psíquicas

El art. 20,1 CP dispone que está exento de responsabilidad criminal “el que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”.

La amplitud de la fórmula empleada permite dar cabida no sólo a las enfermedades mentales, sino también a otros trastornos, defectos o alteraciones psíquicas graves no comprendidos en las psicosis y neurosis (o cuya incardinación entre las mismas se discute, v.gr. la epilepsia): psicopatías, el retraso mental, alteraciones emocionales y hasta, para algunos, aunque raramente llevarán en la práctica a la exención completa, estados pasionales o alteraciones afectivas...

La anomalía o alteración psíquica debe concurrir “al tiempo de cometer la infracción penal” y puede ser permanente o transitoria.

Actio libera in causa: Al igual que en los supuestos de ausencia de comportamiento humano o acción, no es inimaginable que, para cometer el delito, alguien pueda colocarse en un estado de inimputabilidad transitoria.

Es por ello que el Código Penal se ocupa expresamente de regular la actio libera in causa respecto del trastorno mental transitorio, el cual, coherentemente, no puede operar como eximente (art. 20,1 II) “cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión”.

2.2.6.7.- Los estados de intoxicación y el síndrome de abstinencia.

El art. 20, 2 CP exime de responsabilidad criminal al “que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión”.

También se exime de responsabilidad criminal a quien “se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”.

2.2.6.8.- Conocimiento de la antijuridicidad y error de prohibición

Para ser culpable, el sujeto debe ser consciente de la antijuridicidad de su comportamiento. No se trata de que deba tener en el momento del hecho un conocimiento exacto y actual de que su hacer está prohibido; basta con un conocimiento “eventual”, con que, de acuerdo con su formación, nivel cultural, etc., se represente dicha ilicitud como posible y, a pesar de ello, actúe.

Cuando el sujeto confía erróneamente (pero de buena fe) en que su conducta no infringe las normas penales, estará incurso en un **error de prohibición**.

- El error de prohibición puede ser **directo**, si se piensa que la conducta no está prohibida.
- Hay error de prohibición **indirecto** cuando se sabe que es una conducta generalmente prohibida, pero se piensa que concurre una causa de justificación.

En cuanto al tratamiento del error de prohibición, se distingue entre el error vencible y el error invencible.

El error invencible impide el surgimiento de la responsabilidad penal por el delito correspondiente.

Por su parte, el error vencible atenúa la pena, rebajándola en uno o dos grados (esto es, una pena de 8 a 12 años pasará a ser de 4 a 8 años –rebaja de un grado– o de 2 a 4 años –rebaja de dos grados–).

2.2.6.9.-Exigibilidad.

Si en la situación en la que se encontraba no cabía exigir al sujeto la realización de otra conducta, no puede haber culpabilidad. Ello puede ocurrir en determinados casos:

- **estado de necesidad disculpante:** cuando los males que entran en conflicto son de igual valor. Por ejemplo, entran en colisión la vida de dos o más personas.
- **miedo insuperable** (art. 20 nº 6 CP).
- **encubrimiento entre parientes** (art. 454 CP).

2.2.7.- La punibilidad

Existen casos en que, aun concurriendo un comportamiento típico, antijurídico y culpable no es posible imponer una pena. Esto sucede cuando concurren:

- **condiciones objetivas de punibilidad**

P.e. el requerimiento previo o sanción administrativa en el delito de discriminación laboral (art. 314), la previa declaración de quiebra, concurso o suspensión de pagos en el delito previsto en el art. 260, 1, etc.

- **excusas absolutorias.**

P.e. art. 268 ,1 CP, que exime de responsabilidad criminal (pero no de la civil) a los cónyuges y parientes por los delitos patrimoniales sin violencia o intimidación que se produzcan entre ellos.

- **inmunidades personales**

P.e. la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad (art. 56,3 CE). Los parlamentarios son inviolables por las opiniones que emitan en el ejercicio de sus cargos; además, para perseguirlos penalmente, salvo en supuestos de flagrante delito, es preciso solicitar el suplicatorio a la Cámara legislativa a la que pertenezcan.

2.3.- ELEMENTOS ACCIDENTALES DEL DELITO

Al lado de los elementos esenciales del delito se encuentran otros que pueden concurrir o no, pero que de estar presentes a la hora de la realización de los hechos inciden en la medida de la responsabilidad criminal. Son las circunstancias modificativas: circunstancias atenuantes, agravantes o mixtas.

2.3.1.- Atenuantes

Son circunstancias atenuantes:

- 1) Las **eximentes incompletas**.
- 2) La **grave adicción a drogas**, bebidas alcohólicas o sustancias análogas.
- 3) El **arrebato, obcecación** u otro estado pasional de entidad semejante.
- 4) La **confesión del culpable** ante las autoridades, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él.
- 5) La **reparación o disminución del daño a la víctima** (o sus efectos), antes de la celebración del juicio oral.
- 6) Cualquier **otra circunstancia análoga** a las anteriores.

2.3.2.-Agravantes

Son circunstancias agravantes (art. 450 CP) ejecutar los hechos:

- 1) con **alevosía**.
- 2) con **disfraz**, con **abuso de superioridad** o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente.
- 3) por **precio, recompensa o promesa**.
- 4) por **motivos racistas, antisemitas o de discriminación** ideológica, religiosa, étnica, racial, nacional, sexual o debida a la enfermedad o minusvalía que se padezca.
- 5) con **ensañamiento**.
- 6) con **abuso de confianza**.
- 7) prevaliéndose del **carácter público** que tenga el culpable.
- 8) con **reincidencia**.

2.3.3.-Circunstancia mixta

Dispone el art. 23 CP: “Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente”.

2.4.- ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES Y FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN

Según el art. 61 CP "cuando la ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada".

Hay **infracción consumada** cuando se alcanza el resultado previsto por el correspondiente tipo delictivo (matar, lesionar...).

El Código Penal no sólo castiga el delito consumado, sino también:

* la tentativa del delito y

* determinados actos preparatorios.

2.4.1.- Actos preparatorios punibles

Sabemos que en Derecho Penal “el pensamiento no delinque”. Para que surja la responsabilidad penal es preciso que ese pensamiento comience a exteriorizarse, que de una fase interna, se pase a la fase externa por lo menos de preparación del hecho delictivo.

Al margen de los que se recogen de manera específica para determinados delitos (p.e. tenencia de útiles para la falsificación: art. 400 CP), el Código Penal contempla cuatro modalidades de actos preparatorios generalmente susceptibles de dar origen a responsabilidad por manifestar ya de manera inequívoca la presencia de una resolución criminal: la conspiración, la proposición, la provocación y la apología.

- Hay **conspiración** para cometer un delito (art. 17,1 CP) cuando dos o más personas se conciertan para su ejecución y resuelven ejecutarlo.
- La **proposición** (art. 17, 2 CP) existe cuando quien ha resuelto cometer un delito invita a otro u otros a ejecutarlo. No es necesario que la invitación sea eficaz, esto es, tanto si la persona o personas aceptan como si rechazan la propuesta delictiva concurre la proposición para delinquir.
- La **provocación** para cometer un delito (art. 18) consiste en incitar directamente a su perpetración por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier medio de eficacia semejante que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas. A diferencia de la proposición, quien provoca no quiere cometer el delito por sí mismo. Si comienza la ejecución, se castiga como inducción (art. 18, 2).
- La **apología** es considerada una forma de provocación. Consiste (art. 18,1) en “la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen

o enaltezcan a su autor”. Sólo es punible si, “por su naturaleza y circunstancias, constituye una incitación directa a cometer un delito”.

Los actos preparatorios sólo se castigarán cuando lo prevea especialmente la Ley (arts. 17,3 y 18,2).

2.4.1.-Tentativa

Con carácter general, el Código Penal permite intervenir penalmente desde el mismo momento en que comienza la ejecución de un hecho delictivo: desde que se intenta su realización.

Sólo en las faltas (que no sean contra las personas o el patrimonio) se limita el castigo a los casos de consumación.

Dispone el art. 16, 1 CP: “Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”.

En la tentativa el culpable pasa de la preparación a la ejecución; esto es, comienza a realizar verdaderos actos de ejecución del hecho delictivo, pero

- o bien no logra terminar la ejecución contra su voluntad,
- o bien, aun cuando realice todos los actos ejecutivos que se encuentran en su mano, el resultado delictivo no acaba de producirse por causas diversas a su desistimiento voluntario.

Desistimiento voluntario: Con todo, según el art. 16 nº 2 CP, queda excluido de responsabilidad penal por el delito intentado "quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta".

Si son varios los sujetos que intervienen en el delito “quedarán exentos de responsabilidad penal aquel o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta”.

2.5.- PERSONAS CRIMINALMENTE RESPONSABLES DE LOS DELITOS Y DE LAS FALTAS

Dos son las formas generales de intervención en un hecho delictivo:

- como autor
- como partícipe.

2.5.1.- Autoría.

Son autores -dice el art. 28 CP- "quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento".

Se distinguen, pues, **tres clases** fundamentales **de autoría**:

- el **autor directo**: esto es, el que realiza el delito de un modo directo y personal, por sí mismo;
- el **autor mediato**: aquí el sujeto no realiza el delito por sí mismo, sino utilizando a otra persona como instrumento.
- el **coautor**: que realiza el delito conjuntamente con otras personas.

2.5.2.- Participación

Partícipe es el que contribuye al hecho de otro, intelectual o materialmente.

- La contribución intelectual se denomina **inducción**. El inductor hace surgir en otra persona la resolución delictiva y es castigado en Derecho Penal con la misma pena del autor (art. 28 a).
- La contribución material es la aportada por los **cooperadores**. El Código Penal distingue entre los cooperadores necesarios y cómplices.
 - Son **cooperadores necesarios** quienes cooperan a la ejecución del delito “con un acto sin el cual no se habría efectuado” (art. 28 b) CP). Se castigan con la misma pena del autor.
 - Son **cómplices**, por su parte, quienes “no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos” (art. 29 CP). Reciben una pena inferior.

2.5.3.- Delitos cometidos por medios de difusión

El art. 30 CP establece ciertas peculiaridades en el régimen de las personas responsables por estos delitos, cometidos a través de la prensa, televisión, medios de comunicación de masas que, por su propia naturaleza, requieren la intervención de múltiples personas para la difusión de los mensajes:

- 1) No responden los cómplices ni los que los favorezcan personal o realmente
- 2) Se sigue una responsabilidad escalonada (en cascada), excluyente y subsidiaria en cuanto a los autores, conforme al orden siguiente:
 - **autores del texto** o signo, e inductores
 - **directores de la publicación** o programa de difusión
 - **directores de la empresa editora**, emisora o difusora.
 - **directores de la empresa grabadora**, reproductora o impresora.

2.5.4.- Responsabilidad de administradores y representantes

Dispone el artículo 31 CP:

“1. El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

2. En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó”.

2.6.- LA REINCIDENCIA

2.6.1.- INTRODUCCIÓN

El instituto de la reincidencia como vamos a analizar en este artículo, es uno de los temas más discutidos dentro del derecho penal, pues hay argumentos a favor y en contra; esto es en relación a la potestad del Estado, para aplicar su ius puniendi en el caso de aquellas personas que han cometido un nuevo delito habiendo sido condenados con anterioridad.

De tal modo que dentro de la doctrina existen diferentes opiniones que se han vertido sobre el tema de la reincidencia en materia penal, y más específicamente sobre el mantenimiento como agravante de la pena; pues parte de la doctrina se inclina a favor de la desaparición de la reincidencia como agravante y una mínima parte señala que se la debe mantener en la legislación penal.

Debo señalar que actualmente se está socializando el proyecto de Código Orgánico Integral Penal, presentado por el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, en el que no aparece como agravante la reincidencia, o sea está a punto de desaparecer esta institución de nuestro ordenamiento jurídico.

Hay que recordar que la vida en la sociedad actual requiere de armonía y seguridad jurídica para una coexistencia pacífica de todos quienes vivimos en el Ecuador, por eso es fundamental que el Asambleísta Nacional al momento de la redacción final del Código Orgánico Integral Penal, tenga en cuenta los derechos y garantías que señala el Estado constitucional de derechos y justicia en el Art. 1 de la Constitución de la República vigente, por lo que deberá hacer un estudio sobre las fuentes del derecho, que son los medios con los cuales se establece la norma jurídica y por medio de ella el derecho alcanza su existencia objetiva y concreta; más aún al analizar el nuevo Código Orgánico Integral Penal, también deberá tener en cuenta la Filosofía del Derecho, que comprende las fuentes de todo el proceso de gestación del derecho, hasta que se concrete en una norma determinada; por eso hoy el Asambleísta Nacional tiene que analizar todas las circunstancias sociales que conciernen a la elaboración de dicho cuerpo de leyes tan importante para la convivencia pacífica de nuestro país, y específicamente en el caso de la reincidencia.

De lo anotado se desprende que esta especie de agravamiento en el tratamiento penológico del delincuente no es tan sencillo, de tal modo que el nuevo Código Orgánico Integral Penal debe estructurarse sobre la base dogmática de nuestro legislador, quien insisto tendrá en cuenta las bases constitucionales y de los tratados internacionales de derechos humanos que forman parte del ordenamiento jurídico de nuestro país, al momento de la redacción final de dicho Código, pues recalco que la reincidencia desempeña un rol más que de precepto de concepto acerca de la personalidad del reo, conforme manifiesto en líneas posteriores.

2.6.2.- RESEÑA HISTÓRICA

El maestro Ferrajoli señala que tiene un origen antiguo, pues en el libro de la Biblia denominado el Levítico, ya existía la reincidencia como agravante.

El derecho histórico español reconoce la reincidencia como circunstancia agravante genérica, pero solo se la consideraba en determinados delitos, principalmente en los patrimoniales; y el Código Penal de 1822 introduce la reincidencia en España como circunstancia general de agravación.

El autor Martínez de Zamora señala que “En Roma se tenía en cuenta la reincidencia específica y que la genérica era en determinados casos un criterio de agravación atribuido al arbitrio del juez”; añade: “No habría un principio general sobre la reincidencia como circunstancia agravante y como una forma fija de agravación”.

Recordemos que en nuestro Código Penal data de 1938, es una copia del Código belga de 1937, el mismo que a su vez es copia del Código Napoleónico de 1804, por lo que la parte general de nuestro Código Penal como he manifestado reiteradamente es anticuada, arcaica, por lo que amerita su cambio total, y en él se trata a la reincidencia como agravante de la pena, lo cual podría contrariar normas constitucionales vigentes.

2.6.3.- ¿QUÉ ES REINCIDENCIA?

En términos generales significa recaída; en el Derecho Penal, quien después de haber sido condenado por un delito, comete otro.

La doctrina señala que hay reincidencia, cuando al delinquir, el culpable hubiese sido condenado ejecutoriadamente por un delito de la misma naturaleza, pero también se señala que hay reincidencia si la condena ejecutoriada anterior lo fuera por otro delito al que la ley señala de igual o menor pena o por dos o más a los que aquella señale pena menor.

El Dr. Aníbal Guzmán Lara en su obra Diccionario Explicativo del Derecho Penal Ecuatoriano señala “Reincidir significa volver a cometer un hecho prohibido. En el campo penal quiere decir recaer o insistir en la conducta delictiva o quebrantamiento de la norma penal”.

El Diccionario Eclesiástico dice que la reincidencia es “La repetición de un mismo delito que supone mayor perversidad y malicia en el delincuente que la simple comisión por una sola vez”, por esta razón el Derecho Canónico sanciona con más severidad y rigor al reo que reiteradamente comete un delito, apreciando en cada caso el aumento de la pena, teniendo en cuenta las circunstancias personales del sujeto, el tiempo, lugar y la naturaleza del crimen perpetrado. Por estas consideraciones la Iglesia Católica señala que en la confesión y en el perdón hay que tener en cuenta los malos instintos, la fuerza de voluntad y el propósito de enmienda del confesante, solo así se llega a absolver de

sus pecados, considerando que la confesión no es un juicio sino una medicina para la redención de las almas.

2.6.4.-¿QUIÉN ES REINCIDENTE?

Es la persona que ha reincidido en hacer algo impropio o ilícito.

2.6.5.- CLASES DE REINCIDENTES

La doctrina señala las siguientes:

1. Reincidentes simples.
2. Reincidentes habituales que no presentan una grave perturbación de la personalidad.
3. Reincidentes habituales que presentan una grave perturbación de la personalidad.
4. Reincidentes habituales peligrosos de criminalidad grave.

2.6.6.- CLASES DE REINCIDENCIA

Por regla general, hay la genérica y la específica.

La reincidencia genérica, tiene en cuenta la insistencia del delincuente en su voluntad de violar la ley sin fijarse si las sanciones que se hayan impuesto por ello, lo sean por tal o cual delito.

La reincidencia específica, toma en cuenta la naturaleza del ilícito; o sea considera la pena por idéntico o similar delito, por la cual ya fue condenado; en este caso la doctrina considera que la tendencia criminal es idéntica, por esta razón hay que diferenciar entre delitos dolosos y culposos, entre delitos y contravenciones.

En resumen la reincidencia específica que también se llama propia, señala que hay reincidencia cuando al delinquir, el culpable hubiere sido condenado por un delito semejante. Mientras que hay reincidencia genérica cuando se ha vuelto a cometer cualquier otro delito.

El Código Penal español contempla solo la reincidencia específica, pues se considera que una persona es reincidente cuando al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriadamente por delito comprendido en el mismo Título de dicho Código, siempre que sea de la misma naturaleza; aclarando que a efectos de este número no se computan los antecedentes penales carcelarios o que debieran serlo, así lo señala el Art. 22 número 8 del Código Penal español.

También la doctrina señala como clases de reincidencia la ficta y la real o verdadera.

Igualmente la doctrina señala las siguientes formas de reincidencia:

- a) La simple, en la cual es suficiente el hecho de haber cometido un delito después de haber sufrido condena por otro;
- b) La agravada, que surge cuando el mismo delito es de la misma índole; cuando el delito ha sido cometido antes que prescriba la pena del anterior, y cuando el nuevo delito ha sido cometido durante o después de la ejecución de la pena o durante el tiempo en que el condenado se sustrae voluntariamente a la ejecución de la pena; y,
- c) La reiterada, esto es cuando el nuevo delito se comete por quien ya es reincidente.

2.6.7.- FUNDAMENTO DE LA REINCIDENCIA

Los autores que están a favor de la reincidencia, entre ellos Mir Cerezo, Romeo Casabona, Manzanares Samaniego y otros, señalan cuatro fundamentos, que en resumen son:

1. Fundamento de la culpabilidad;
2. Fundamento en la mayor peligrosidad;
3. Fundamento en la insuficiente toma en consideración y, en este sentido, mayor desprecio cualificado como rebeldía frente a los bienes jurídicos, ya que supone una mayor gravedad de lo injusto; y,
4. Fundamento en necesidades de prevención especial o general.

En resumen, en unos casos se fundamenta en la mayor peligrosidad, mientras que en otros casos se los hace en una mayor culpabilidad, pero en todo caso se considera que la reincidencia supone generalmente una mayor gravedad de la culpabilidad porque la culpabilidad suele ser mayor.

También la doctrina señala, que el reproche puede fundarse en que el sujeto tuvo la posibilidad de motivarse en ellas, no cometiendo un nuevo delito y no obstante lo volvió a hacer.

Serrano Gómez en su obra señala que la jurisprudencia para justificar la reincidencia se fundamenta en los siguientes parámetros: mayor peligrosidad, mayor culpabilidad, mayor culpabilidad y mayor peligrosidad, mayor perversidad, y suficiencia de la pena anterior, habitualidad, hábito criminoso, consideración criminológica, social, peligrosidad, hábito criminógeno y no recuperabilidad social.

2.6.8.- REQUISITOS PARA LA REINCIDENCIA

Debe haber sentencia condenatoria ejecutoriada, pero independiente de si se cumplió o no la pena; debiendo señalar que no se toma en cuenta para la reincidencia los delitos militares y políticos, ni los amnistiados, pero sí los que hubiera sido motivo de indulto o conmutación; más aún no existe la reincidencia en el caso de los menores infractores.

2.6.9.- ¿POR QUÉ SE CASTIGA LA REINCIDENCIA?

La doctrina señala que se castiga la reincidencia por la inclinación de una persona a cometer nuevos delitos.

2.6.10.- REINCIDENCIA INTERNACIONAL

Como consta en líneas anteriores, el Art. 79 del Código Penal vigente trata sobre las consideraciones de sentencias extranjeras para la reincidencia.

Al respecto la doctrina española señala “A efectos de reincidencia se equiparán a las sentencias de los jueces o tribunales españoles, las impuestas por los extranjeros por delitos de la misma naturaleza, comprendidos en el mismo capítulo de este Código en los casos de falsificación de moneda y efectos timbrados, delitos contra la salud pública

y cualesquiera otros en que así se establezcan en virtud de tratados internacionales ratificados por España”; aclarando que nuestro Código Penal en el artículo mencionado no hace esta distinción de delitos de la misma naturaleza.

2.6.11.- REINCIDENCIA Y HABITUALIDAD

La doctrina señala que existe confusión entre reincidencia y habitualidad; es así como Martínez de Zamora manifiesta “Reincidencia y habitualidad son conceptos distintos derivados de puntos de vista diversos, que satisfacen exigencias diferentes: retributiva la una, preventiva la otra”; de tal manera que confundir la habitualidad y reincidencia, la doctrina dice “(...) es confundir la inclinación al delito, tendencia al mismo, lo cual es un error, que causaría grave perjuicio, porque el derecho penal represivo debe sancionar únicamente el acto en que esta situación se sustancia”.

Hay que recordar que en nuestro Código Penal existía el hurto asimilado, o sea el que sancionaba la habitualidad, pues la doctrina consideraba que se fundamenta en la ley biológica por la que un alto correlativamente a su repetición requiere menor esfuerzo para ser realizado, llegando así a ejecutarse más fácilmente y con un desenvolvimiento más rápido; o sea que es más fácil la ejecución de hechos semejantes, por la condición personal del individuo que con su preexistente actividad delictiva demuestra haber adquirido una notable actitud para cometer delitos y por tal esta persona es peligrosa.

En las aulas de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador, los estudiantes, han planteado la interrogante de si la reincidencia es o no constitucional en nuestro país, a raíz de la Constitución de la República publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008; y este es el tema que trataré en un próximo artículo.

Transcribo una nota de prensa publicada en uno de los diarios del país el 17 de febrero de 2012, que dice que el Supremo Tribunal Federal del Brasil, aprobó anoche la constitucionalidad de la llamada “Ley de Ficha Limpia”, que impide que los políticos sometidos a proceso judicial sean candidatos a cargos de elección popular; y esto es fundamental para el análisis que voy a realizar juntamente con mis compañeros estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia del alma mater, de si la reincidencia es o no constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. (José García Falconí,

DOCENTE, FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR)

EPIGRAFE III

3.1. DERECHO CONSTITUCIONAL

El Derecho Constitucional es una rama del derecho público cuyo campo de estudio incluye el análisis de las leyes fundamentales que definen un Estado. De esta manera, es materia de estudio todo lo relativo a la forma de Estado, forma de gobierno, derechos fundamentales y la regulación de los poderes públicos, incluyendo las relaciones, entre los poderes públicos y ciudadanos.

La rama del Derecho encargada de analizar y controlar las leyes fundamentales que rigen al Estado se conoce como Derecho Constitucional. Su objeto de estudio es la forma de gobierno y la regulación de los poderes públicos, tanto en su relación con los ciudadanos como entre sus distintos órganos.

El poder político está formado por las instituciones a las cuales la sociedad les ha otorgado el monopolio del uso de la violencia. Es decir, el poder político tiene la capacidad de coerción para obligar a cumplir sus mandatos imperativos a través de la violencia legítima, siempre y cuando este uso sea necesario.

El Derecho Constitucional, que pertenece al Derecho Público, se sustenta en la Constitución, un texto jurídico-político que fundamenta el ordenamiento del poder político. La Constitución es la norma suprema de un país, por lo que prevalece sobre cualquier otra normativa o ley.

La Constitución se caracteriza por su rigidez, ya que sólo puede ser modificada bajo ciertas condiciones excepcionales que se encuentran recogidas en su propio texto.

La estructura constitucional contempla un preámbulo, una parte dogmática (con los derechos fundamentales procesales y sustantivos) y una parte orgánica (con la creación de los poderes constituidos).

Entre los principios doctrinales del derecho constitucional, aparece la división de poderes (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial) y la protección del Estado de derecho (el poder estatal sometido a un orden jurídico), la soberanía nacional y los derechos fundamentales (estabilidad y control de la constitucionalidad, que es el mecanismo jurídico que garantiza el cumplimiento de las normas constitucionales).¹

“El Derecho analiza y controla las Leyes consideradas como fundamentales, por lo que da lugar al nacimiento del Derecho Constitucional, que trata del derecho sobre las formas de gobierno, que ha de sustentarse en la Constitución considerada como Suprema y prevalecerá sobre cualquier norma, siendo la base jurídica de todo proceder de órgano público, así como de control de todo acto ciudadano”

3.2. **SEGURIDAD JURÍDICA**

Es uno de los principios más enunciados pero menos comprendidos y aplicados. Más aún, constituye una genuina aspiración de la sociedad. Pero, hay quienes dicen que la seguridad jurídica es una excusa para mantener el statu quo, y un argumento para defender privilegios y obstaculizar el cambio.

La Constitución de la República (CR), numerosas normas secundarias, múltiples opiniones y puntos de vista aluden persistentemente al concepto de ‘seguridad jurídica’. Es uno de los principios más enunciados pero menos comprendidos y aplicados. Más aún, constituye una genuina aspiración de la sociedad. Pero, hay quienes dicen que la seguridad jurídica es una excusa para mantener el statu quo, y un argumento para defender privilegios y obstaculizar el cambio. Semejante tesis implica colocar al poder sobre el Derecho y confundir la legitimidad con el aval de una ideología, significa instrumentalizar la Constitución y las leyes y someter los derechos fundamentales a la arbitraria interpretación del Estado.

¹Definición de Derecho Constitucional_ [HTTP://Definicion de Derecho Constitucional](http://definicion.de/derecho-constitucional)

Es un derecho ciudadano contemplado en la Constitución de la República en su Art. 82,² expone el fundamento de ésta institución, así: El derecho a la Seguridad Jurídica “se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

3.3.- LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL.-

La seguridad jurídica es un concepto de desarrollo reciente en los textos constitucionales del Ecuador. La Constitución reformada en agosto de 1998 se ocupó del tema en varios aspectos. Así:

3.4.- SEGURIDAD JURÍDICA: DERECHO CIUDADANO Y PRINCIPIO INSPIRADOR DEL DEBIDO PROCESO.-

La CP de 1998 es una de las que más se han ocupado de la seguridad jurídica, habiéndola incluido entre los derechos de la personalidad (art. 23, ordinal 26 de la CP). Por otra parte, ese concepto es el hilo conductor de los 17 principios del debido proceso que enuncia el art. 24 del mismo estatuto constitucional, entre los que destacan: el de la tipicidad en materia penal, el de la presunción de inocencia, el del derecho de defensa, el derecho a ser sometido al juez natural, el de la obligación de los poderes públicos de motivar las resoluciones que afecten a los derechos de las personas, la prohibición de ser juzgado más de una vez por la misma causa, y el derecho a la tutela judicial.

La existencia de reglas de juego sólidas, justas y bien hechas asegura la previsibilidad respecto de los actos de las autoridades y de los jueces. La responsabilidad legal del Estado y sus funcionarios y la posibilidad de demandar daños y perjuicios por sus acciones y omisiones, garantizan el apego a la Ley. La seguridad jurídica tiene que ver con la estabilidad de las normas, y con el debate público, abierto y eficaz para cambiarlas, y con el necesario aval moral de la sociedad para expedidas, y no solamente con la santificación legislativa de las leyes.

²La Constitución de la República vigente

La seguridad jurídica tiene que ver con la irretroactividad de las leyes, con el principio de legalidad en la actuación de la administración pública, con la atribución de competencia a los jueces, etc. etc.

3.5.- LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA ECONOMÍA Y EN LOS CONTRATOS.-

La Constitución Política de 1998 llevó la seguridad jurídica a la condición de primordial obligación estatal en el sistema de economía social de mercado. El art. 244, numeral 1, asigna al Estado la tarea de “garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y generen confianza”³, es decir, que el mercado debe operar en una red institucional y con instrumentos legales estructurados, que eliminen la discrecionalidad de los agentes económicos y de la autoridad. Adviértase que la actuación del Estado debe hacerse “mediante un orden jurídico”, lo que es distinto de la simple intervención discrecional de la administración pública. La Ley es, pues, el referente de carácter fundamental en esas tareas estatales.

La seguridad jurídica es el sustento de todos los contratos, ya sean administrativos o privados, de compraventa o de trabajo. Si ese principio no se respeta, las relaciones jurídicas quedan sujetas al arbitrio de cada cual. Sin un mínimo de estabilidad legal y certeza contractual, el abuso del derecho, el abuso en la contratación y la interpretación interesada de las cláusulas sería la norma.

Lamentablemente, esta tendencia se ha afianzado en el Ecuador, donde es cada vez más frecuente que una de las partes, y hasta el Estado, se ‘arrepientan’ de lo que pactaron, con los más inverosímiles argumentos, basados incluso en el difuso discurso de la ‘legitimidad’.

En nuestro tiempo, la seguridad contractual empieza a estorbar y es signo del descrédito

³La Constitución de la República vigente

de los principios y de la falta de voluntad en honrar los compromisos y las obligaciones. Lo grave es que ese menoscabo del principio, que nace primero en los estamentos políticos, contamina después a los miembros de la sociedad civil y a los jueces, y resulta entonces que los contratos, y las leyes que los sustentan, no son instrumentos que expresan con rigor y precisión la voluntad de las partes, sino que se convierten en flexibles y anecdóticos ‘referentes’ desprovistos de valor jurídico y sometidos a consideraciones de cualquier otra índole.

3.6.- LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA PROPIEDAD.-

Si bien la garantía constitucional de la seguridad jurídica prevista en el art. 23 de la CP debe entenderse extendida a todos los aspectos de la vida de las personas, sin embargo, la Constitución se refiere específicamente a la propiedad en general y a la agrícola en particular, como derechos garantizados por la normativa legal. En ese sentido, deben entenderse los arts. 30, 33 y 267 de la Carta Política, y la expresa prohibición de confiscar bienes a cualquier título. Es probable que estos principios empiecen a considerarse también como incómodos estorbos. Ya habrá, a su tiempo, toda una batería de razones sociológicas, políticas, etc. para apuntalar posiciones ‘meta-jurídicas’ que menoscaben este derecho fundamental. Ojalá no prosperen ideas dirigidas a dejar a la propiedad como concesión graciosa y revocable del Estado, y a los propietarios como sumisos dependientes de la burocracia.⁴

3.7.- LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LO JUDICIAL.-

El principio de la unidad jurisdiccional y el derecho a impugnar judicialmente todos los actos de la administración pública (arts. 191 y 196), y la institución de la cosa juzgada, son otras manifestaciones del principio de seguridad jurídica, porque solo sometiendo la revisión de la idoneidad de los actos y resoluciones administrativas a los tribunales, se puede asegurar, aunque fuese relativamente, que el Estado, o la contraparte de un contrato, obren con sujeción al Derecho y no en forma arbitraria. Solo con seguridad jurídica hay firmeza en las sentencias. En el presupuesto de la seguridad jurídica se basa todo el sistema de administración de justicia. El mismo fundamento tiene el recurso de

⁴La Constitución de la República vigente

casación, cuyo objetivo final es examinar la legalidad de los fallos y ajustar las decisiones judiciales a los preceptos de la Ley.

3.8.- PRINCIPIO INSPIRADOR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.-

La Constitución española, en su Preámbulo que contiene los fundamentos del Estado español, alude a la seguridad jurídica de tal modo y con tanta fuerza que un autor la llamó “el principio general inspirador de todo el ordenamiento jurídico”, de modo que no solamente es un valor y un derecho esencial, como lo son la libertad, la justicia, la igualdad, etc., sino que, además, la seguridad jurídica es la condición esencial del Estado de Derecho; lo que significa que sin previsibilidad y certeza respecto de las conductas del Estado y de la aplicación de las normas, no es posible la vida civilizada. La seguridad jurídica es el alma del ordenamiento jurídico, lo que lo explica y legitima.⁵

Gramaticalmente la seguridad es un sinónimo de certeza, confianza que junto a la palabra jurídica toma sentido de la confianza que tienen las personas en las normas legales que le amparan; al respecto el tratadista J.T. Delos, indica: "La seguridad es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán aseguradas por la sociedad, protección y reparación".

Jorge Millas, anota: "La seguridad jurídica es la situación peculiar del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, cuando tales relaciones se hallan previstas por un estatuto objetivo, conocido y generalmente observado", entiende que la seguridad jurídica "constituye el valor de situación del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, cuando sabiendo o pudiendo saber cuáles son las normas jurídicas vigentes, tiene fundadas expectativas de que ellas se cumplan".

La doctrina es concordante en manifestar que para que exista seguridad jurídica debe presentarse condiciones en el ordenamiento jurídico del Estado, sobre el tema el Dr.

⁵ Diario El Comercio. Derechos reservados © 2008 GRUPO EL COMERCIO C.A.

Fredy Gordón Ormaza, destaca: “En suma, las condiciones que debe satisfacer un ordenamiento positivo para generar efectiva seguridad jurídica son los siguientes:

- a) Obligatoriedad absoluta en el cumplimiento del Derecho;
- b) Existencia de reglas de prefiguración de la licitud;
- c) Irretroactividad de los preceptos jurídicos;
- d) Existencia de normas auto reguladoras de la creación del Derecho;
- e) Vinculación del órgano público a las normas jurídicas, lo que implica el rechazo a la arbitrariedad y la consagración de un Estado de Derecho;
- f) Reconocimiento de la cosa juzgada; y,
- g) Prescripción.”

Todas las personas tenemos gozamos de la seguridad jurídica, esto es tener la confianza de que las normas jurídicas que protegen nuestros derechos serán respetadas y en caso de vulneración tener la certeza que se repararán los daños provocados. Desde esta visión los niños, niñas y adolescentes, por ser personas consideradas dentro del grupo de atención prioritaria gozan de este derecho, que ha sido vulnerado al considerarse que todos los delito sin excepción sean de persecución pública.

3.9. TUTELA JUDICIAL

La palabra tutela deriva de la voz latina tueor, que significa defender, proteger. Tutelar por lo tanto significa, cuidar, proteger y ésta es cabalmente una de las misiones más importantes que debe cumplir el tutor: proteger los intereses del pupilo, tanto personales como patrimoniales. Así, se puede decir que el papel del tutor es el proteger la persona del incapaz, procurando siempre su rehabilitación y su bienestar; y administrar el patrimonio del mismo de manera que rinda al máximo de sus beneficios siempre en provecho del pupilo

Rafael De Pina en su libro titulado Derecho Civil Mexicano, Tomo I, ha definido a la tutela de la siguiente manera:

La tutela es una institución supletoria de la patria potestad, mediante la cual se provee a la representación, a la protección, a la asistencia, al complemento de los que no son suficientes para gobernar su persona y derechos por sí mismos, para regir, en fin, su actividad jurídica.

La tutela es la institución necesaria y paralela de la incapacidad de ejercicio de los mayores de edad y en este aspecto, cumple la misión de representar al incapaz actuando en su nombre.

Con respecto de los menores de edad, la tutela es una institución subsidiaria de la patria potestad pues sólo se provee de tutor al menor de edad que carece de ascendientes o que, teniéndolos no pueden cumplir con la patria potestad.

El Código Civil de Nuevo León establece que el objeto de la tutela es "la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la Ley" ⁶

Además el citado numeral de manera expresa señala que en la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados.

Art. 11.- numeral 9 inciso cuarto.- "El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso".

Art.75.- Constitución de la República.- "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 la

⁶ Código Civil Art. 449

indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la Ley”.

Artículo 23 del Código Orgánico.- “La Función Judicial Efectiva de los derechos.- La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos Internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando se han reclamados por sus titulares o quienes invoquen esta calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido. Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los Instrumentos Internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el estado, en la ley y los méritos del proceso”.

La desestimación por vicios de forma únicamente podrá producirse cuando los mismos hayan ocasionado nulidad insanable o provocada indefensión en el proceso.

Para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos, y evitar las reclamaciones queden sin decisión sobre lo principal por el reiterado pronunciamiento de la falta de competencia de las juezas y jueces que previnieron en el conocimiento en la situación permitida por la ley, las juezas y jueces están obligados a dictar fallos sin que les sea permitido excusarse o inhibirse por no corresponderlos.

Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos, sus intereses legítimos, sin que en ningún caso, pueda producirse indefensión.

Así mismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

“La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”. Como declaración de principio tiene el TC establecido que si bien desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva el acceso a la jurisdicción, es un elemento esencial del contenido de este derecho fundamental, el sistema de recursos frente a las diferentes resoluciones judiciales se incorpora al derecho a la tutela judicial efectiva en la concreta configuración que reciba encada una de las leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, al margen de lo que luego se dirá en materia penal.

En efecto, sobre el derecho de acceso a los recursos el TC ha venido elaborando en sus pronunciamientos una doctrina en la que se afirma que "el acceso a los recursos tiene una relevancia constitucional distinta a la del acceso a la jurisdicción. Mientras el derecho a la obtención de una resolución judicial razonada y fundada goza de una protección constitucional en el artículo 24.1CE, el derecho a la revisión de esta resolución es, en principio y dejando a salvo la materia penal, un derecho de configuración legal al que no resulta aplicable el principio pro actione"¹. Con esa advertencia y situados, pues, en la vertiente de acceso a los recursos, se aborda a continuación las líneas básicas de la doctrina constitucional sobre este punto.

El derecho a la tutela judicial efectiva no supone para el legislador la obligación de establecer necesariamente el recurso porque como advierte ARMENTA DEU, no hay un fundamento constitucional en ese sentido.

Si el legislador opta por establecer un sistema de recursos lo que resulta relevante desde el punto de vista constitucional es el derecho a hacer uso de ese sistema por lo que no podrá regular el recurso en contra de los principios constitucionales (infringiendo el principio de igualdad por ejemplo al concederlo a una parte y negarlo a la otra), ni establecer presupuestos de admisibilidad que supongan un obstáculo para la eficacia de ese derecho constitucional. Por consiguiente, el derecho al recurso se corresponde con una opción del legislador no exigida en sentido estricto por el artículo 24 CE, en otras palabras, no existe un Derecho Constitucional a la doble instancia, a salvo siempre la singularidad del proceso penal.

3.10. PRINCIPIOS

Se entiende por “principios constitucionales del derecho penal” al conjunto de garantías, derechos e ideas fundamentales que rigen las actuaciones de quienes participan o toman parte en un proceso penal. Estos principios constituyen un límite al poder “punitivo o sancionador” del Estado.

Los principios del derecho penal, son de origen político y jurídico; son de origen político aquellos que se plasman en la constitución de la República y, de origen jurídico aquellos principios derivados de la ley, así tenemos:

3.10.1.- PRINCIPIO DE LA ACCIÓN U OMISIÓN

La exigencia de la acción u omisión humana como antecedente para la aplicación de una pena constituye el pilar fundamental del denominado “**derecho penal de acto**” que pretende regular conductas y prevé sanciones para el incumplimiento de los cuerpos normativos. La manifestación de voluntad, el resultado y la relación de causalidad son los tres elementos del concepto de acción.

3.10.2.- Principio de legalidad

Es de aplicación universal y se fundamenta en la trídica “Nullum crimen, nullapoena, sine lege”, que significa “No hay delito, no hay pena, sin ley previa”. Conforme a lo expuesto, se deduce que la ley penal debe ser previa, escrita, formal y escrita.

3.10.3.- Principio de lesividad

Sólo puede existir un delito cuando las acciones ejecutadas por un individuo afectan al derecho de otro; en consecuencia, el poder punitivo del Estado se manifiesta sólo cuando la conducta de un sujeto afecta a los demás.

3.10.4.- Principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad es aquel por el cual el hombre como un ser libre y responsable, es susceptible de coerción punitiva originada por sus actos cuando sea adecuados al tipo penal descritos por la ley

3.11.- ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

3.12.- LA CONSTITUCIÓN DE ECUADOR DE 2008.

es la carta magna vigente en la República del Ecuador; es el fundamento y la fuente de la autoridad jurídica que sustenta la existencia del Ecuador y de su gobierno. La supremacía de esta constitución la convierte en el texto principal dentro de la política ecuatoriana, y está por sobre cualquier otra norma jurídica.

Proporciona el marco para la organización del Estado ecuatoriano, y para la relación entre el gobierno con la ciudadanía.

Constitución define la separación de poderes del gobierno ecuatoriano en cinco ramas. De las cinco funciones del Estado, se conservan los tres poderes tradicionales establecidos en constituciones anteriores: la función legislativa, asignada a la Asamblea Nacional; la función ejecutiva, liderada por el Presidente de la República; y la función judicial encabezada por la Corte Nacional de Justicia. Sin embargo se establecen dos nuevos poderes del Estado: la función electoral, administrada por el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral; y la función de Transparencia y Control Social, representada por 6 entidades. La Contraloría General del Estado, Superintendencia de Bancos y Seguros, Superintendencia de Telecomunicaciones, Superintendencia de Compañías, la Defensoría del Pueblo y el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social .

La Constitución de 2008 es una de las más extensas del mundo y la más larga de las cartas magnas que se han adoptado en el territorio ecuatoriano. Posee 444 artículos agrupados en los diferentes capítulos que componen los 9 títulos de la constitución.

La Constitución es la expresión de los nuevos actores y sujetos económicos, sociales y políticos que emergen en el escenario histórico como consecuencia de la globalización y un nuevo pensamiento social, en el que se fusionan y se redefinen elementos que tienen que ver con lo ecológico, lo social, lo popular y comunitario, lo inclusivo y solidario, elementos de género, lo multiétnico, intercultural y lo plurinacional, que conducen a una nueva concepción de los sujetos de derechos, superando viejas concepciones del individualismo y la ciudadanía liberal, para dar paso a las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

de todo lo expuesto en líneas anteriores se concluye que la Constitución Política del Estado es la norma jurídica suprema positiva que rige la organización de un Estado, estableciendo: la autoridad, la forma de ejercicio de esa autoridad, los límites de los órganos públicos, definiendo los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos y garantizando la libertad política y civil del individuo, además de ser una norma jurídica porque ésta es la significación lógica creada según ciertos procedimientos instituidos por una comunidad jurídica y que, como manifestación unificada de la voluntad de ésta, formalmente expresada a través de sus órganos e instancias productoras, regula la conducta humana, en un tiempo y lugar definidos, prescribiendo a los individuos, frente de determinadas circunstancias condicionantes, deberes y facultades, y estableciendo una o más sanciones coactivas para el supuesto de que dichos deberes no sean cumplidos.

3.13.- ¿QUÉ ES EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA? ARTÍCULO 1 DE LA CONSTITUCIÓN

Principios fundamentales Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

3.14.-GARANTÍAS SOBRE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA CONTENIDAS EN LAS NORMAS DE DERECHOS HUMANOS DE ORIGEN INTERNACIONAL

Las normas de derechos humanos de origen internacional han ido creando, acumulativamente, un conjunto abarcador de principios y criterios jurídicos en torno a lo que debe ser la administración de justicia. Al cotejar el perfil de la justicia que surge de estas normas de derechos humanos de origen internacional con la situación de la administración de justicia existente en nuestros países, puede notarse claramente que las diferencias son importantes y, respecto a ciertos temas, abismales. Tales diferencias provienen, en ocasiones, de prácticas viciadas de larga data; pero, con cierta frecuencia, tienen su base en normas de origen nacional que no han sido derogadas o adecuadas, una vez incorporadas por el país las normas de derechos humanos de origen internacional cuyo mandato es distinto o, incluso, contradictorio con aquellas disposiciones nacionales que mantienen efectiva vigencia.

En lo que sigue se analizará los principales contenidos de las normas de derechos humanos de origen internacional referidos a la administración de justicia y que conforman aquel cuerpo conceptual conocido en la jurisprudencia y la doctrina como el debido proceso, el juicio justo o un proceso regular.

Debe notarse que, de acuerdo a lo que sostiene la doctrina prevaleciente, estas reglas deben entenderse aplicables también a los procesos administrativos⁶; por esta opción se han inclinado jurisprudencialmente países como Costa Rica y Panamá.

Se efectuará un examen comparativo entre las principales fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, respecto al tema, que tiende a mostrar las diferencias existentes entre ellas, más que las coincidencias en verdad predominantes. El objetivo de este tipo de análisis es abrir, como recurso de quien tiene que utilizar las normas de derechos humanos de origen internacional, la posibilidad de utilizar aquella de entre las normas de origen internacional incorporadas a su orden jurídico nacional que otorgue una mejor garantía al derecho humano que se busca proteger. La invocación y el uso de la norma más protectora son perfectamente aceptados, en la doctrina acerca de la defensa judicial en derechos humanos, dado el objetivo garantista que orienta la materia. Como se ha indicado, este criterio se halla plasmado de dos formas en la constitución ecuatoriana: en el art. 424, que dispone que se prefiera el contenido de los tratados internacionales cuando éstos establezcan “derechos más favorables”, y en el art. 417, que incorpora como criterio de interpretación el principio “pro ser humano”.

Los contenidos a examinar serán agrupados bajo dos grandes categorías. La primera, de orden general, comprende las garantías atingentes al derecho de acceder a un juez o tribunal para obtener de él un reconocimiento de un derecho, cual sea la naturaleza de éste. La segunda abarca, específicamente, las garantías reconocidas a quien es acusado penalmente.

Una vez examinados los contenidos garantistas de la administración de justicia previstos por las normas de derechos humanos de origen internacional, se examinará el tema de los recursos susceptibles de hacerse valer ante los tribunales de justicia en aquellos casos de violación de los derechos fundamentales.

El análisis estará basado, principalmente, en cuatro fuentes fundamentales:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos (DU), proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1948;
- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DA), aprobada por la Novena Conferencia Internacional Americana, en 1948;
- El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1966 y cuya entrada en vigor tuvo lugar el 23 de marzo de 1976; y
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), aprobada en la Conferencia de los Estados Americanos en noviembre de 1969, y puesta en vigor el 18 de julio de 1978.

Complementariamente, se utilizará otras convenciones y acuerdos, así como declaraciones internacionales que, si bien no han sido adoptadas formalmente por los Estados, constituyen fuente interpretativa del derecho internacional de los derechos humanos.

3.15. DERECHOS DEL PROCESADO EN MATERIA PENAL

El desarrollo de estos derechos, en las normas de derechos humanos de origen internacional, ha sido bastante extenso. Este hecho no resulta fácil de entender para quienes, a partir de una visión simplificadora, ven un culpable en cada individuo detenido por la presunta comisión de un delito. En ese sentido, la inspiración garantista de las normas de derechos humanos de origen internacional a menudo colisiona con los rasgos de una cultura jurídica vigente, cuya tendencia altamente represiva resulta exacerbada por el incremento de la frecuencia delictiva.

Las garantías dispuestas a este respecto, en las normas de derechos humanos de origen internacional, buscan tan sólo asegurar que la responsabilidad penal sea rigurosamente establecida, de modo que la imposición de una sanción por el Estado en uso del monopolio de la fuerza que tiene confiado sea fruto de un proceso en el cual haya sido dable alcanzar el mayor nivel posible de certeza. Pero la importancia de estas garantías va más allá del procesado en materia penal y, en buena medida, comprende el caso de toda aquella persona que enfrenta un proceso judicial o extrajudicial en el que arriesga la pérdida de un derecho.

3.16.- PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Desde el punto de vista que guía el sentido de las normas de derechos humanos de origen internacional, el principio rector del proceso penal es, ciertamente, la presunción de inocencia. “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad”, establecen tanto la declaración universal de derechos humanos (art. 11.1) como el pacto internacional de derechos civiles y políticos (art. 14.2). La declaración universal de derechos humanos varía apenas el fraseo: “Se presume que todo acusado es inocente hasta que se pruebe que es culpable” (art. XXVI).

La doctrina establece dos corolarios de la presunción de inocencia que son fundamentales para el proceso penal. El primero es la carga de la prueba, que corresponde en tal virtud al acusador. El segundo consiste en la exigencia de prueba suficiente para que exista mérito para condenar.

La presunción de inocencia aparece en normas expresas del orden interno, incluida las de varios textos constitucionales de América Latina, valiéndose de formulaciones muy similares a las que usan las normas de origen internacional. Ocurre así, por ejemplo,

cuando la ley penal o, con mayor frecuencia, la práctica judicial establece presunciones en contra del procesado. Pero acaso la ilustración más clara sea la de la detención provisional o prisión preventiva, que funciona usualmente como si la presunción de inocencia no existiese; esto es, con base en una presunción de responsabilidad en quien apenas acaba de empezar a ser procesado. El tema será abordado con detalle posteriormente, pero es adelantado aquí para poner en relieve cómo el ubicar determinados principios normativos con un alto rango jerárquico sea constitucional o sea el reconocido a las normas de derechos humanos de origen internacional no asegura que, en efecto, ellos invistan el resto de las normas que les están formalmente subordinadas.

Al lado de la presunción de inocencia, el otro principio rector del proceso penal es el principio de legalidad. Dispone la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito” (art. 11.2).

Constitución de la República del Ecuador, Art. 76.2: “Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.”.

Constitución de la República del Ecuador, Art. 76.3.: “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.”

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos agrega como excepción el beneficio de la retroactividad benigna de la ley (art. 15.1); esto es que, en el caso de que con posterioridad al hecho delictivo se aprobase una ley que lo sanciona con pena menor a aquélla vigente en el momento de su comisión, se aplicará al procesado la que le resulta más favorable¹⁶. La Convención Americana de Derechos Humanos sigue, casi sin variantes, esta segunda redacción (art. 9). Así definido, el principio de legalidad busca eliminar la posibilidad de juzgar y sentenciar arbitrariamente, mediante la aplicación de una ley posterior a la comisión del hecho o con base normativa provista por un decreto u otra disposición que no tenga rango de ley.

3.17.- DERECHO A LA DEFENSA

Dentro del proceso mismo, la “comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada” aparece como una garantía inicial, según la Convención Americana de Derechos Humanos (art.8.2.b). Con mejor redacción, establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que la persona acusada tiene derecho “a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella” (art. 14.3.a).

Debe ponerse atención especial a la exigencia normativa acerca del “idioma que comprenda” el acusado, que sufre en la región un importante nivel de incumplimiento. La existencia de minorías étnicas en varios países no ha llevado en los hechos a que se provea a los órganos policiales y judiciales del apoyo en traductores que hagan posible la vigencia de la norma de origen internacional, indispensable para que el derecho protegido alcance eficacia¹⁹.

La Convención Americana de Derechos Humanos ha establecido, para todo el proceso, el “derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma o tribunal” (art. 8.2.a).

A los efectos del cumplimiento de la garantía contenida en estas normas, debe entenderse, desde cualquiera de ellas, que la oportunidad de informar al inculpado de la acusación es el momento de su detención y no el de ser puesto el detenido a disposición de la autoridad judicial competente.

El derecho a la defensa aparece extensamente elaborado en las normas de Derechos Humanos de origen internacional. Como derecho genérico consiste en que, durante el juicio, a la persona acusada, “se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa” (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 11.1), incluyendo en ello “disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa”²⁰ (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 14.3.b; Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8.2.c).

Respecto a la defensa misma, las garantías comprenden:

- defenderse personalmente o ser asistido por un defensor libremente elegido y comunicarse con él privadamente (Convención Americana de Derechos Humanos art. 8.2.d; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.3.d);

- ser informado del derecho a tener defensor y a que se le nombre defensor de oficio

gratuitamente²¹. La Corte Interamericana, en la Opinión Consultiva 11, ha desarrollado jurisprudencialmente el tema, según se vio antes. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra el derecho a contar con un defensor de oficio “siempre que el interés de la justicia lo exija” (art.14.3.d); en cambio la Convención Americana de Derechos Humanos, con mejor intención garantista, establece este derecho como “irrenunciable” cuando “el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor” (art. 8.2.e).

Una defensa adecuada se inicia con las garantías de hallarse presente en el proceso (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.3.d), y de contar gratuitamente con un intérprete si el compareciente “no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.3.f; Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8.2.a). La primera de estas garantías elimina la posibilidad de procesar a alguien sin su conocimiento, pero no beneficia a quien rehúye el juzgamiento mediante la ausencia voluntaria. La segunda cautela el derecho elemental de participar de manera enterada en el propio proceso, que en países de población indígena es asunto de importancia medular, como se ha señalado.

Pero ejercitar el derecho de defensa también incluye la posibilidad de interrogar a los testigos de cargo y de que se haga comparecer a los de descargo. La Convención Americana de Derechos Humanos establece el “derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos” (art. 8.2.f).

Con más precisión, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone el derecho del acusado “a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo” (art. 14.3.e).

CAPÍTULO II

2. MARCO METODOLÓGICO Y PLANTEAMIENTO DE LA PROPUESTA.

2.1 CARACTERÍSTICA DEL SECTOR SELECCIONADO PARA LA INVESTIGACIÓN

La Unidades Judiciales Penales de la ciudad de Ambato, donde actúan los Jueces Penales y es la institución encargada de responder y solucionar las necesidades de los ciudadanos, en cuanto a la competencia en materia Penal y son jueces garantistas que precautelan los derechos de los sindicados.

En el tema de reforma recalcar que se elabora para establecer si existe o no la vulneración del principio constitucional de inocencia, pero al no contar con una investigación que tenga un estudio de vulneración de derechos se estaría realizando una investigación necesaria para poder determinar su factibilidad y aplicación de la misma.

2.2. PROCEDIMIENTO METODOLÓGICO PARA EL DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

2.2.1 MÉTODOS

Dentro de esta investigación se aplicaron los siguientes métodos:

HISTÓRICO-LOGICO.- Se empleó este método porque se necesitó para el análisis acerca de los antecedentes históricos, de las infracciones, los conceptos legales, los delitos y los hechos, comparándolos con otros países en cuanto a la normativa de las contravenciones.

INDUCTIVO - DEDUCTIVO.- Lo que permitió extraer, a partir de determinadas observaciones o experiencias particulares, un principio general implícito con respecto al principio universal de inocencia. Para obtener o determinar consecuencias de un principio, proposición o supuesto. En este caso se permitirá establecer las bases necesarias para la propuesta de la creación de la reforma al Código Penal a fin de precautelar la igualdad formal y material y la responsabilidad Estatal, a fin de garantizar los derechos constitucionales.

ANALÍTICO – SINTÉTICO.- De tal forma que se hizo una auténtica valoración sobre la igualdad formal y material de la reincidencia en las contravenciones como un

mecanismo de vulneración de los derechos de los acusados. Con ello se ha logrado analizar verdaderas conclusiones sobre la presente investigación.

2.2.2. TÉCNICAS

La técnica que se utilizó para esta investigación fue:

ENCUESTA.- Esta técnica permitió hacer un estudio observacional donde se recaudó datos que se obtuvieron a partir de la formulación de un conjunto de preguntas normalizadas dirigidas a la muestra representativa de la población estadística en estudio, formada a menudo por personas conocedoras del derecho y del tema investigativo como son Jueces, Fiscales, Abogados en libre ejercicio profesional, con el fin de conocer estados de opinión, características o hechos específicos del problema planteado.

2.2.3. HERRAMIENTAS

CUESTIONARIO.- Al utilizar como técnica la encuesta, su herramienta primordial es el cuestionario, documento básico que permitió obtener la información el mismo que se basará en preguntas de tipos: abiertas y cerradas que lleguen a evidenciar la realidad del problema planteado.

2.3. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO

2.3.1. POBLACIÓN Y MUESTRA DE LA INVESTIGACIÓN

El tema de esta investigación tiene un alto grado de confusión científico – jurídica por tanto el conocimiento y dominio de las materias integradas no está al alcance de una población generalizada sino de personas especializadas en las materias; por lo tanto la realización de encuestas se llevaron a los señores Jueces Penales, Fiscales y Abogados del Cantón Ambato. Los estratos que se seleccionaron fueron los siguientes:

JUECES PENALES, FISCALES Y ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO PROFESIONAL DE LA CIUDAD DE AMBATO.	
POBLACIÓN:	NÚMERO
JUECES PENALES	5
FISCALES	11
ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO	1500
TOTAL	1516

Fórmula:

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

N= Población o Universo

E= Margen de Error (0.1)

Cálculo de la Muestra:

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

$$n = \frac{951}{(0.1)^2(951 - 1) + 1}$$

$$n = \frac{951}{0.01(950) + 1}$$

$$n = \frac{951}{9.5 + 1}$$

$$n = \frac{951}{10.5}$$

$$n = 90.57$$

$$n = 91$$

2.4. ANÁLISIS DE DATOS

2.4.1. ENCUESTA DIRIGIDA A:

- Jueces Penales
- Fiscales
- Abogados en libre ejercicio profesional

TEMA:

“LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA RACIONALIZACIÓN DE LA REINCIDENCIA POR CONTRAVENCIONES Y SU INFLUENCIA EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA PENAL”

ENCUESTA

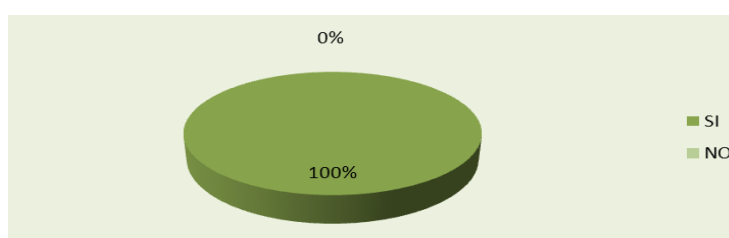
1.- ¿Considera usted necesaria la aplicación de la reincidencia en las contravenciones para garantizar la eficacia de un proceso judicial?

TABLA No.-1

La aplicación de la reincidencia en las Unidades Judiciales Penales de la ciudad de Ambato.		
CATEGORÍA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	0	0
NO	94	100
TOTAL	94	100

Elaborado por: Ab. Mario Aguilar Martínez

GRÁFICO No.- 1



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN:

El cien por ciento de los encuestados, consideran no es necesaria la reincidencia para garantizar la eficacia de un proceso judicial, lo cual es una confirmación a la propuesta en esta tesis ya que de la totalidad de los encuestados que son quienes conocen la realidad, consideran adecuada la propuesta, es sin duda un sustentación necesaria a la

misma, y una afirmación de que en el Ecuador se debe respetar los derechos consagrados en la Constitución.

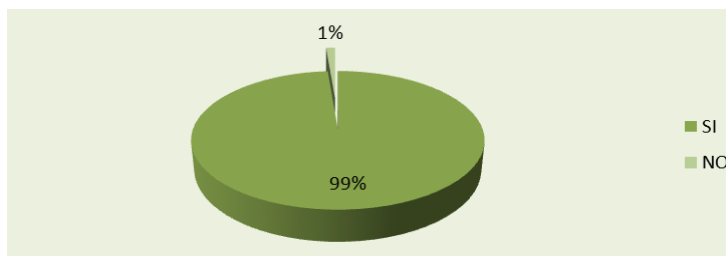
2.- ¿Cree usted necesaria la reforma del artículo 78 del Código Penal sobre la reincidencia en las contravenciones?

TABLA No.- 2

La reforma del artículo 78 del Código Penal garantizará el cumplimiento del principio universal de inocencia		
CATEGORÍA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	93	99
NO	01	1
TOTAL	94	100

Elaborado por: **Ab. Mario Aguilar Martínez**

GRÁFICO No.- 2



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN:

La mayoría de encuestados que forman el noventa y nueve por ciento, manifestaron que la reforma al artículo 78 del Código Penal es necesaria contribuiría positivamente al ordenamiento jurídico, siendo así un gran aporte a la institucionalidad del Ecuador.

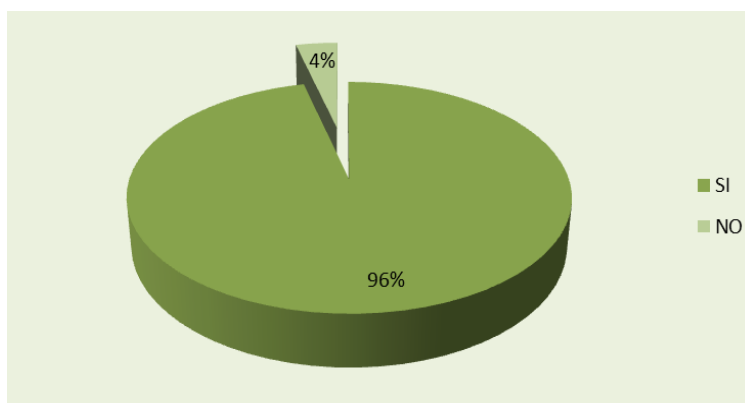
3.- ¿Considera usted que es imponer una sanción más severa por la reincidencia en las contravenciones para cumplir con un proceso judicial?

TABLA No.- 3

La privación de libertad		
CATEGORÍA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	03	04
NO	91	96
TOTAL	94	100

Elaborado por: **Ab. Mario Aguilar Martínez**

GRÁFICO No.- 3



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN:

El noventa y seis por ciento de encuestados, manifiestan que la imposición de una sanción más severa por la reincidencia en las contravenciones es una contraposición con los principios constitucionales con el solo propósito de cumplir con un proceso judicial.

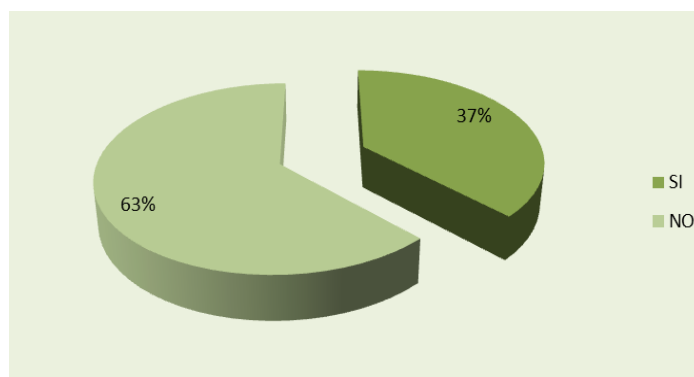
4.- ¿Conoce usted los requisitos para transformar la contravención en un delito?

TABLA No.- 4

Los requisitos de la prisión preventiva		
CATEGORÍA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	37
NO	64	63
TOTAL	94	100

Elaborado por: **Ab. Mario Aguilar Martínez**

GRÁFICO No.- 4



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN:

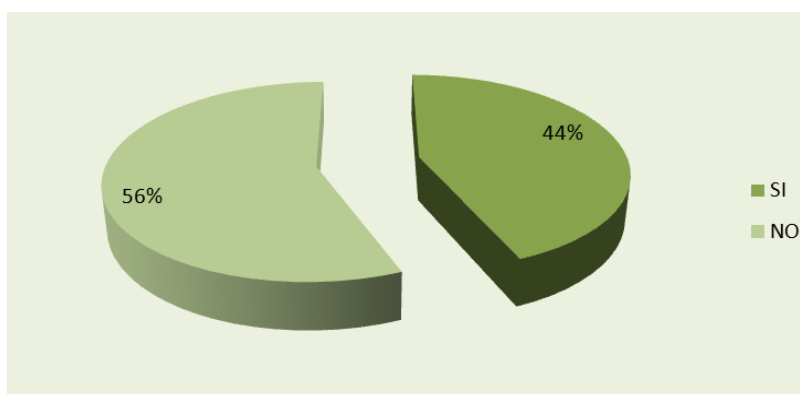
El sesenta y tres por ciento de los encuestados manifestaron que desconocen todos los requisitos para que las contravenciones se conviertan en delitos y su procedimiento.

5.- ¿Cree usted que en Ecuador y en especial en la ciudad de Ambato se cumple con el principio universal de que todos somos inocentes hasta que se demuestre lo contrario?

TABLA No.-5

Las garantías constitucionales y el debido proceso		
CATEGORÍA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	35	44
NO	59	56
TOTAL	94	100
Elaborado por:		Ab. Mario Aguilar Martínez

GRÁFICO No.- 5



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN:

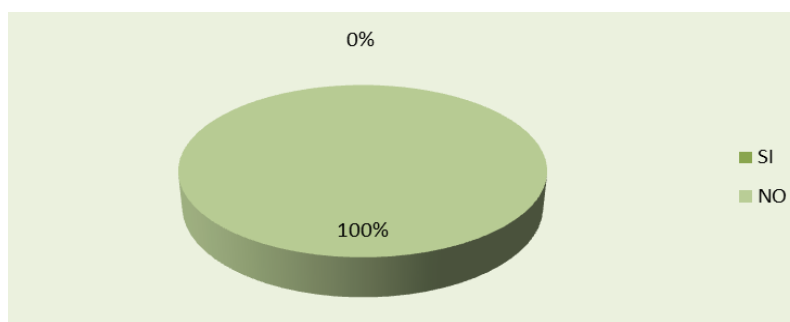
El cuarenta y cuatro por ciento considera que se respeta el principio de inocencia, esto nos da a entender que es una minoría la que considera que se respetan los derechos de los encausados y un gran porcentaje cree que estos derechos son vulnerados

6 ¿Cree usted que convertir las contravenciones por su reincidencia en delitos, estaríamos disminuyendo el índice de contravenciones?

TABLA No.-6

La existencia de la norma constitucional que garantiza el derecho a la libertad		
CATEGORÍA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	0	0
NO	94	100
TOTAL	94	100
Elaborado por:		Ab. Mario Aguilar Martínez

GRÁFICO No.- 6



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN:

El cien por ciento manifiesta que no disminuiría el índice de las contravenciones al convertirlas en delitos por la reincidencia.

VERIFICACIÓN DE LA IDEA A DEFENDER

Como consecuencia de los resultados obtenidos en la elaboración, aplicación, y posterior análisis e interpretación de los resultados de la encuesta realizada, vemos claramente como las personas a quienes se les aplicó el cuestionario, específicamente en las preguntas 1.2. 3.5 y 6, tornaron evidente el problema; por lo tanto se hace necesario elaborar un ante Proyecto de Ley reformatoria que garantice el principio universal de inocencia de los encausados.

CONCLUSION PARCIAL DEL CAPÍTULO.

La problemática que enfrentan los procesados o acusados, se ha tornado evidente en las encuestas realizadas; llegando a la conclusión de que este grupo social no estaría obteniendo una garantía fundamental en el desarrollo del debido proceso y a la vez se estaría violando sus derechos consagrados en la constitución de la republica

La reforma al Código Penal constituye una garantía al cumplimiento y respeto de los derechos de las personas y deja constancia que el Ecuador cumple con la normativa internacional.

Para la población encuestada, conocedora del Derecho es necesaria y prudente la implementación de la Reforma y se establezca una priorización de las libertades de los ciudadanos ante un trámite judicial.

CAPÍTULO III

DESARROLLO PROPOSITIVO

3.1. DESARROLLO DE LA PROPUESTA.

3.1.1. Desarrollo

ANTE PROYECTO DE LEY REFORMATORIA AL ARTÍCULO 78 DEL CÓDIGO PENAL SOBRE LA REINCIDENCIA EN LAS CONTRAVENCIONES

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

La Constitución de la República del Ecuador reconoce en su artículo 11 numeral 2 “Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”.

El artículo 76 numeral 2 de la Ley de Leyes determina: “Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”.

CONSIDERANDO

QUE, la Constitución de la Republica en su artículo 86, legisla a favor de las Garantías Jurisdiccionales, en el cual manifiesta con claridad que el Juez o Jueza competente para conocer una causa es el del lugar donde se dio la acción u omisión.

QUE, el artículo 76 numeral 2 de la Constitución de la Republica determina: “Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”.

QUE, el artículo 172 del mismo cuerpo normativo determina que los Jueces y Juezas “serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de Justicia o quebrantamiento de la Ley”.

En uso de sus facultades Constitucionales y Legales expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL ARTÍCULO 78 Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO PENAL SOBRE LA REINCIDENCIA EN LAS CONTRAVENCIONES.

Art.1.- Elimínese el Art. 78 que dice:

Art. 78.- **REINCIDENCIA EN LAS CONTRAVENCIONES.-** en la contravenciones hay reincidencia cuando se comete la misma contravención u otra mayor, en los noventa días subsiguientes a la condena por la primera falta.

La reincidencia, en el caso de la contravención establecida en el numeral 1 del artículo 607, será considerada como delito, de conformidad con el Capítulo I del Título X del Libro II de este Código

DISPOSICIÓN GENERAL

PRIMERA.- La presente reforma entrara en vigencia desde el momento de su publicación en el Registro Oficial

SEGUNDA: Se derogan todas las normas legales que se contrapongan a la presente Reforma de Ley.

CONCLUSION PARCIAL DEL CAPITULO

El Anteproyecto de Reforma al Código Penal que se propone en materia de reincidencia de las contravenciones dentro del presente trabajo de investigación de Tesis, Permitió resguardar el principio fundamentan consagrado en la Constitución de la República del Ecuador, sobre la presunción de inocencia de todos los ciudadanos.

La priorización de la libertad sobre el proceso penal, impone el respeto a la Constitución y a los tratados internacionales que privilegian y mantiene la presunción de inocencia sobre cualquier procedimiento atentatorio con un derecho fundamental.

BIBLIOGRAFÍA

Derecho, Sociedad y Estado, Azuela Güitrón Mariano.

Instituciones de Derecho Penal y Procesal, Barcelona – España, Editorial Bosch, 1977.
Bettioli Giuseppe

Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta, décimo primera edición. 2005.
Cabanellas Guillermo.

Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, Corporación de Estudios y Publicaciones,
Quito- Ecuador, 2007.

Código Penal Ecuatoriano, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito- Ecuador,
2007.

Constitución de la república del Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones.
Quito. 2000.

Estudio del Derecho Penal. 1994. Quito-Ecuador. De La Torre Javier.

Garantías Constitucionales en materia penal, Buenos Aires - Argentina, ED. Astrea,
1996. Edwards Carlos Enrique.

Fundamentos de Sociología General; Violeta J. De Dávila

Manual de Práctica Constitucional, Quito, Segunda Edición, Ediciones Rodín, 2001.
García Falconí José

Prontuario alfabético materia civil y penal. Editorial Jurídica, Quito-Ecuador. 1990. 203
pp. García José.

Derecho Constitucional Ecuatoriano, Guayaquil, Sexta Edición, Volumen 1-2, 1999.
Larrea Holguín Juan.

Sistema Integrado de Legislación. Lexis S.A.

Elementos de Sociología; Nodarse José J.

Del Procesamiento a Adolescentes Infractores. FOCET. Ambato, Ecuador. Robalino Vicente.

Manual de Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986, Rubianes Carlos J.

Breves Comentarios al Código de Procedimiento Penal, Quito, Tomo I y II, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2001. Torres Chávez Efraín.

Constitucionalismo en Ecuador, Tomo 5, Corte Constitucional para el Período de Transición, Agustín Grijalva Jiménez.

Política, justicia y Constitución, Corte Constitucional para el Período de Transición, Luis Fernando Ávila Linzán.

Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano, Corte Constitucional para el Período de Transición, Juan Montaña Pinto.

Constitucionalismo y garantismo, Gema Marcilla Córdova.

Diccionario de Derecho Constitucional, Miguel Carbonell.

Elementos de Derecho Constitucional, Miguel Carbonell.

LINKOGRAFIA

www.corteconstitucional.gob.ec/

www.funcionjudicial.gob.ec/

www.funcionjudicial-tungurahua.gob.ec/

<http://www.lexis.com.ec/lexis/default.aspx>

<http://www.lexis.com.ec/webtools/esilecpro/default.aspx>

www.derechoecuador.com/

www.iaen.edu.ec/

m_mario_a@hotmail.com

Cel. 0992872162