

UNIVERSIDAD REGIONAL AUTÓNOMA DE LOS ANDES

“UNIANDES”



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

PROYECTO DE EXAMEN COMPLEXIVO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
GRADO ACADÉMICO DE MAGISTER EN DERECHO PENAL Y
CRIMINOLOGÍA

TEMA: LA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA EN LAS AUDIENCIAS POR
FLAGRANCIA TRANSGREDE EL DEBIDO PROCESO

ASESOR: DR. DIEGO FRANCISCO GRANJA ZURITA

AUTOR: ESP. ROBERTO CARLOS ROMERO DI LORENZO.

AMBATO – ECUADOR

2015

CERTIFICACIÓN DE ASESORÍA

Certifico que el presente artículo académico con el tema la interpretación extensiva en las audiencias por flagrancia transgrede el debido proceso, previo a la obtención del título de Máster en Derecho Penal y Criminología, ha sido desarrollado por el estudiante Roberto Carlos Romero Di Lorenzo, bajo mi tutoría y dirección, cumpliendo con todos los requisitos y disposiciones legales establecidos por la Universidad Regional Autónoma de los Andes “UNIANDES”, por lo que autorizo su presentación.

Ambato, a 9 de junio del 2.015



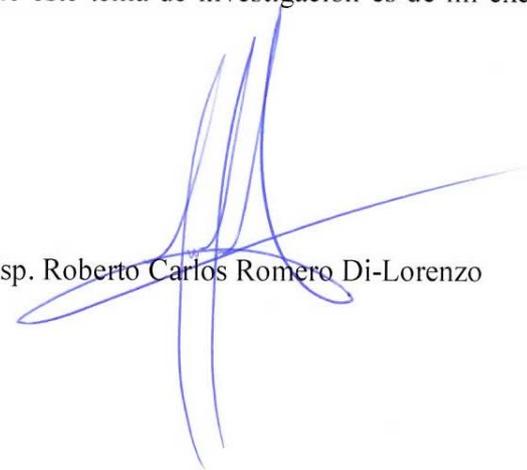
Dr. Diego Francisco Granja Zurita

Asesor

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Declaro bajo juramento que este tema de investigación es de mi exclusiva propiedad, por tanto, no lo he plagiado.

Esp. Roberto Carlos Romero Di-Lorenzo



DEDICATORIA

Dedico este logro académico a Dios todo poderoso que me protege, a mi familia compuesta por mi esposa Janeth Estefanía Márquez Flores, mis dos hijas carnales Estefanía Rafaela y Melanie Anais Romero Márquez, así, mi madre Sra. Ligia Clemencia Di Lorenzo Boza, mi padre Ab. Carlos Guillermo Romero Baquerizo, mis hermanos carnales Señor Juan Carlos Romero Di Lorenzo y hermana Doctora Cinthia Vanessa Romero Di Lorenzo y también al Señor Miguel María Márquez Ramírez y Sra. Elsa Mercy Flores Prieto y a mis cuñadas.

Esp. Roberto Carlos Romero Di-Lorenzo

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios de los ejércitos que me da vida y salud, a mi familia en su conjunto, a mi padre que me enseñó los primeros pasos en el mundo del Derecho, a mis profesores de la Universidad y maestría, a mi asesor Dr. Diego Francisco Granja Zurita y a la Universidad Autónoma Regional de los Andes “UNIANDES”, por haberme brindado esta oportunidad de incrementar mi conocimiento en Derecho Penal y Criminología, valores éticos que me ayudaron a culminar esta trabajo académico y seguro me servirá para desenvolverme dentro de esta sociedad ecuatoriana en el ámbito jurídico social.

Esp. Roberto Carlos Romero Di-Lorenzo

ÍNDICE GENERAL

Portada	Págs.
Certificación de asesoría	
Declaración de autoría	
Dedicatoria	
Agradecimiento	
Índice General	
Resumen Ejecutivo	
Executive Summary	
Tema	1
Problema	1
Justificación de la necesidad, actualidad e importancia	1
Objetivos	7
Objetivo general	7
Objetivos específicos	7
Línea de la investigación	7
Fundamentación teórico conceptual de la propuesta	8
Epígrafe I (Temas constitucionales)	8
1.- Constitución	8
2.- Bloque de Constitucionalidad	9
3.- Principios	10
4.- Derechos	11
5.- Garantías	12
6.- Neo constitucionalismo	13
7.- Constitucionalización	14
8.- Argumentación jurídica	15
9.- Interpretación integral	16
10.- Norma jurídica	17

Epígrafe II (Temas Penales)	18
1.- Delito	18
2.- Autor	19
3.- Debido proceso	20
4.- Tipicidad	21
5.- Antijuridicidad	22
6.- Culpabilidad	23
7.- Pena	24
8.- Rehabilitación	25
9.- Reparación integral	26
10.- Resocialización	27
Metodológico de la investigación	28
Tipo de investigación	28
Epígrafe III (Análisis de casos)	29
1.- Instrucción fiscal N- 120101814100210 o causa penal N.- 12282-2014-1786	29
2.- Instrucción fiscal N.- 120101814110030 o causa penal N.- 12282-2014-1846	33
Propuesta	38
Documento de análisis crítico	38
Propuesta	39
Conclusiones	42
Fuentes y Bibliografía	43
Anexos	45

RESUMEN EJECUTIVO

Este trabajo científico inspecciona el nuevo paradigma de Estado, ordenamiento jurídico del Ecuador, sistema jurídico denominado constitucionalización del sistema penal desde la promulgación de la Constitución de Montecristi, y contrastarlo frente al rol de los jueces de garantías penales que se está aplicando en las audiencias por flagrancias en la realidad jurídico-penal en Ecuador y determinar la interpretación extensiva de la ley penal y debido proceso lo cual evidencia su transgresión y de ahí recomendar la sanción por parte del Consejo de la Judicatura.

Palabras claves: Constitución, ordenamiento jurídico, ley penal, debido proceso, constitucionalización del sistema penal, interpretación restrictiva, derechos y principios constitucionales

EJECUTIVE SUMMARY

This scientific work inspects the new paradigm of state law of Ecuador , called legal system constitutionalización of the criminal justice system since the enactment of the Constitution of Montecristi, and contrast against the role of judges in criminal guarantees being applied at hearings by flagrancias in criminal legal reality in Ecuador and determine the broad interpretation of criminal law and due process which shows his transgression and then recommend the sanction by the Judicial Council .

Keywords: Constitution, law, criminal law, due process, constitutionalization of the penal system, restrictive interpretation, constitutional rights and principles

I.- TEMA

La interpretación extensiva en las audiencias por flagrancia transgrede el debido proceso.

II.- PROBLEMA

La interpretación extensiva ilegal, en las audiencias de calificación de flagrancia conducidas por los jueces de las Unidades Judiciales Penales de Babahoyo

III.- JUSTIFICACIÓN DE LA NECESIDAD, ACTUALIDAD E IMPORTANCIA

Promulgada la Constitución del 2.008, Ecuador paso de ser Estado Social de Derecho a un: “Estado constitucional de Derechos y justicia” (Constituyente, 2008). Transformando en general su ordenamiento jurídico y en especial la constitucionalización del sistema penal¹, comprobado con el Código Orgánico Integral Penal². Esta norma regula y desarrolla derechos abstractos constantes en la Constitución de la República del Ecuador y Bloque de Constitucionalidad³, respetando su característica constitucional, por tanto, guarda plenitud y coherencia con el Derecho constitucional ecuatoriano y sistema penal actual y estos basados en los principios

¹ Véase el ensayo inédito del Doctor y Profesor Alfonso Zambrano Pasquel, que tiene como título “teoría del delito y proyecto de Código Orgánico Integral Penal”

² El Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, fue publicado el día lunes 10 de febrero del año 2014, en el Registro Oficial N.- 180, y solo entro en vigencia las reformas al Código Orgánico de la Función Judicial, pero el resto del Código, tuvo una vacatio lege de 180 días, por tanto, fue promulgada el día lunes 10 de agosto del año 2014, todo basado en la disposición final del mismo Código.

³El bloque de Constitucionalidad, es el termino conocido en doctrina penal así: “se constituye por la Constitución, los Pactos y Tratados Internacionales de Derechos Humanos, esto es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y sus Instrumentos Internacionales en general, así como los pronunciamientos del sistema interamericano de derechos humanos, a través de las opiniones consultivas y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que son vinculantes y tienen fuerza erga homes”. Véase el ensayo inédito del Doctor y Profesor Alfonso Zambrano Pasquel, que tiene como título “teoría del delito y proyecto de Código Orgánico Integral Penal”

(Alexy, 2012, pág. 67) de oralidad y debido proceso (García, R, 2014, pág. 37). Se constituyen como verbos rectores en la prosecución del pre proceso y proceso penal, y deben aplicarse cabalmente para obtener cambios radicales y paradigmáticos en la vida jurídica social de los ecuatorianos, es decir, este sistema se convierte en la medula espinal del Derecho penal ecuatoriano.

Así el COIP, evidencia cambios introducidos al sistema penal ecuatoriano, es decir, a la: “doctrina penal, procesal penal, criminología y la política criminal” (Zambrano A. , 2009). Apreciándose que su esencia oral acusatoria debe respetar la interpretación restrictiva tanto de la ley penal en su conjunto y debido proceso penal, teniendo como objetivo jurídico-penal, solucionar los conflictos sociales y obtener la resocialización del delincuente (García, R, 2014, pág. 38) y la reparación integral de la víctima (García, R, 2014, pág. 39). Aplicando el principio de la justicia, por encima de valores antes considerados absolutos, como la verdad real, la obligatoriedad de la acción penal pública o venganza pública, etc., siendo imperativo asumir el criterio de interpretación restrictivo del sistema penal viabilizado por el principio de oralidad en las audiencias de calificación de flagrancias, estructurándose así en una garantía de justicia y no permitiría la injusticia masiva que involucra y afecta a nuestra sociedad que es el núcleo o base del Estado.

Si los jueces de garantías penales del Ecuador aplicaran cabalmente el nuevo sistema de “constitucionalización del Derecho” (Zavala, 2011). Ya no sería continuo el problema palpable que se está viviendo en el Ecuador en general y en particular en la ciudad de Babahoyo, por cuanto, no se está interpretando restrictivamente la ley penal y debido proceso penal, lo cual conlleva a la descontextualización de la oralidad desde el punto

vista jurídico-social, en el ámbito del Derecho penal ecuatoriano, específicamente, dentro del procesal penal ordinario, porque debería de consistir íntegramente en permitir un buen acceso a la administración de justicia penal, en base a la aplicación acertada de los principios que constituyen el debido proceso penal, el cual hasta la fecha no se aplica en su totalidad por causas de desconocimiento basado en la interpretación extensiva de la ley penal lo cual quebranta flagrante y públicamente los derechos, principios y garantías de las personas que están siendo investigadas o procesadas, las cuales se encuentran preestablecidas en los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por el Ecuador y recogidos por nuestra Constitución de la República del Ecuador y consecuentemente por las normas jurídicas sub constitucionales por el efecto de irradiación del sistema denominado constitucionalización del sistema penal, las mismas que deberían ser inmediata y directamente aplicables por los jueces de garantías penales en este tipo de procesos, lo cual desemboca, en que el sospechoso, denunciando, procesado o acusado, no pueda desenvolverse plenamente desde el punto de vista moral y físico, contradiciendo lo establecido en el numeral 7, inciso primero, del Art. 11 de la CRE y viola los Arts. 7.2 y 7.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En Babahoyo, según los procesos penales por delitos flagrantes: instrucción fiscal N-120101814100210 o causa penal N.- 12282-2014-1786; e, instrucción fiscal N.-120101814110030 o causa penal N.- 12282-2014-1846, se evidencia jurídicamente que los jueces de las unidades judiciales penales de la ciudad de Babahoyo, desconocen arbitraria, ilegal e inconstitucionalmente el principio de interpretación restrictiva de la ley penal y debido proceso penal, porque se ha constatado han hecho y decidido aplicando una interpretación extensiva de la ley penal y debido proceso así: CASO

UNO, a) Es un delito de acción penal pública en flagrancia, por delito de lesiones físicas, pero no existe dentro de expediente el acta de posesión del doctor que realizó el informe; b) No hay testigo presencial (versión libre y sin juramento) que acredite el hecho que el detenido haya golpeado al afectado; c) No hay elemento de convicción de cargo ni de descargo; y, CASO DOS, a) Es un delito de acción penal pública por flagrancia por delito de robo con fuerzas en las cosas, pero no existe la justificación legal que acredite jurídicamente la procedencia lícita de la cosa sustraída y del sitio de donde se dice que estaba al momento del robo; b) Se sostiene que existe un video en circuito cerrado relacionado con la infracción pero jamás se lo agrego, exhibió y exploto en la audiencia; c) Al detenido al momento de su detención no se le encontró con la evidencia física en su poder; d) No hay testigo presencial que haya reconocido al detenido como autor del hecho punible; e) Primero dieron versiones los tres policías que realizaron la detención, de ahí habló y acusó e inicio instrucción fiscal pidiendo prisión preventiva el fiscal, y acto seguido habló el juez y declaró y calificó la flagrancia y legalidad de la detención y aprobó (los jueces no aprueban los inicios de instrucción fiscales) el inicio de la instrucción fiscal y dicto prisión preventiva en contra del detenido, después al último habló él ya procesado, es decir, existen indefensión; f) No existe un solo elemento de convicción de cargo ni de descargo. Consecuentemente en los referidos casos se han trasgredido evidente, ilegal e inconstitucional el debido proceso penal, derivado de una interpretación extensiva por parte de los jueces intervinientes, transgrediendo los Arts. 467, 498, inciso primero N.- 2, 501, 502 y 580 Código Orgánico Integral Penal en el primero caso y en el segundo los Arts. 467, 471, 501, 502 y 580 del mismo cuerpo de leyes, y juntamente el Art. 527, del COIP, que tiene cinco elementos constitutivos para que se perfeccione la figura de delito flagrante, siendo estos: a) El que se comete en presencia de dos o más personas; b) Se descubre inmediatamente después de su supuesta comisión; c) Siempre que exista una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión

hasta la aprehensión; d) Se encuentre con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos a la infracción recién cometida; e) No se podrá alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de veinticuatro horas entre la comisión de la infracción y la aprehensión. Sin embargo, los juez competentes tanto en el caso 1 y 2, dentro del desarrollo de la audiencia lo menos que hicieron es calificar dicha flagrancia, bajo los parámetros preestablecido y públicos y por ende de aplicación inmediata y estricta, lo cual, indudablemente vulnera los siguientes principios: interpretación restrictiva de ley penal y las garantías básicas del debido proceso penal, y los: “principios, reglas y garantías que permiten la mínima injerencia penal en la sociedad y son retributividad, legalidad, necesidad, lesividad, materialidad, culpabilidad, jurisdiccionalidad, acusatorio, carga de la prueba y contradictoriedad por la defensa o de refutación” (García, R, 2014). Y principio de motivación dado en el Art. 76, inc. 1, numeral 7, literal L, de la CRE, principios de: “supremacía constitucional, responsabilidad, probidad, seguridad jurídica, acceso a la justicia, tutela a la justicia, interpretación de normas procesales” (Asamblea, 2009). Todos ellos desarrollados en el COFJ.

La interpretación restrictiva de la ley penal y debido proceso en Ecuador, en las audiencias de flagrancia, está diseñada para simplificar un proceso penal ordinario, fundado en los principios legalidad, favorabilidad, duda a favor del reo, inocencia, igualdad, impugnación procesal, prohibición de empeorar la situación del procesado, prohibición de autoincriminación, prohibición de doble juzgamiento, intimidad, oralidad, concentración, contradicción, dirección judicial del proceso, impulso procesal, publicidad, intermediación, motivación, imparcialidad, privacidad y confidencialidad y

objetividad⁴, desemboca en el respeto a los principios de: “seguridad jurídica y tutela judicial efectiva” (Asamblea, 2009). Los cuales son la base jurídica de la justicia penal en el Ecuador dentro del Estado constitucional de derechos y justicia⁵.

En la realidad jurídico penal en Ecuador la mayoría de jueces en Babahoyo, no aplican íntegramente la interpretación restrictiva de la ley penal y debido proceso penal basado en los principios y procedimentales constitucionales, al realizar las audiencias de flagrancia, por falta de cultura jurídico-penal, injerencia política, desafecto, errónea interpretación, interpretación extensiva, afecto y corrupción, consecuentemente, esta investigación científica sirve para que ya no se siga vulnerando públicamente más los derechos, principios y garantías determinados en la CRE y Bloque de constitucionalidad, dentro del ámbito jurídico penal en el desarrollo y resolución de dichas audiencias y con efecto de que todas las personas miembros de este Estado constitucional de derechos y justicia nos beneficiemos de ella.

Acatando lo antes expuesto se criticará, orientará y delimitará el actuar de los jueces que actualmente no incorporan ni aplican en su rol, los estándares de interpretación restrictiva de la ley penal y debido proceso penal en las audiencias de flagrancia para que ya no afecten más a la administración de justicia en el Ecuador, y así se evidenciará una interpretación restrictiva de la ley penal y debido proceso desarrollado y regulado por los Arts. 527 y 529 COIP, basado en el respeto de la dignidad humana que es base fundamental del nuevo esquema estatal *constitucional de derechos y justicia*, encuadrado con la nueva teoría del Derecho penal llamado *constitucionalización del sistema penal*.

⁴Constituyéndose en los elementos básicos del debido proceso penal.

⁵Es la denominación con la cual el Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador define el concepto de Estado y del ordenamiento jurídico del Ecuador.

Así el COIP, desarrolla y regula los derechos, más no su vulneración flagrante por mala y arbitraria interpretación, falta de cultura jurídica penal, injerencia política, afecto o desafecto o cualquier otra presión exógena, debiéndose capacitar jurídicamente a los jueces en el ámbito jurídico penal para que optimicen sus tareas en las audiencias de calificación de flagrancia, aplicando la técnica de interpretación restrictiva según lo determinado en el Art. 13 COIP, así se disminuiría la injusticia, respetaría parcialmente la seguridad jurídica y tutela judicial efectiva. Fundamentado en todos estos beneficios está claramente demostrado que se ha justificado la elaboración de esta trabajo para dar la solución a este problema jurídico-penal y social planteado.

IV.- OBJETIVOS

4.1.- OBJETO GENERAL

Realizar un análisis jurídico en los cuales se indique la interpretación extensiva por parte de los jueces que transgreden el debido proceso.

4.2.- OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Fundamentar científica y doctrinariamente la interpretación restrictiva de la ley penal y debido proceso.
- Comparar opiniones de jueces, fiscales y abogados en libre ejercicio profesional sobre la interpretación extensiva en la audiencia de flagrancia.
- Establecer los elementos necesarios para la elaboración de un documento de índole crítico que establezca la interpretación restrictiva en las audiencias de flagrancia.

4.3.- LINEA DE INVESTIGACIÓN

El presente trabajo se enmarca en línea de investigación de retos, perspectivas y perfeccionamientos de la ciencia jurídica en el Ecuador.

V.- FUNDAMENTACIÓN TEÓRICO CONCEPTUAL DE LA PROPUESTA

5.1.- Epígrafe I (Temas Constitucionales)

5.1.1.- **Constitución.-** Esta palabra tiene el siguiente significado: “Esta voz pertenece de un modo especial al Derecho Público donde significa la forma o sistema de gobierno que tiene adoptado cada Estado” (Cabanellas de torres, 2006, pág. 88). Así la Constitución se erige dentro de un Estado: “en un sentido amplio (...) hace referencia a la estructura de un organismo político de un Estado, al diseño y organización de los poderes decisión colectiva de una comunidad (...), pero en un sentido estricto (...) una Constitución supone dos requisitos más: una declaratoria de derechos y una organización inspirada en cierta interpretación del principio de separación de poderes” (Atienza, 2007).

Además: “La Constitución es el conjunto de normas que regula la creación de normas por los órganos superiores del Estado (...) sino como indicativa que la función normadora está subordinada a las normas de la Constitución” (Zavala, Jorge; José, Zavala Jorge y Acosta, 2012, pág. 90). Consecuentemente la Constitución se constituye en el pilar fundamental del modelo de Estado y ordenamiento jurídico, depende de su esquematización o inclinación ideológica, por ejemplo, Ecuador: “es constitucional de

derechos y justicia” según su artículo 1 (Constituyente, 2008).

5.1.2.- **Bloque de Constitucionalidad.-** La jurisprudencia ecuatoriana sostiene que: “es el conjunto de normas que no constando en la Constitución formal, o sea en el texto preparado por la Asamblea Constituyente y aprobado por el pueblo en el referéndum, forman parte de ésta porque la misma Constitución les reconoce ese rango y papel y, por lo que se relaciona con los derechos humanos, las listas que contengan estas normas hay que sumar a la lista constitucional y, en caso de conflicto se ha de aplicar la que de mejor manera más efectivamente garantice la dignidad de la persona” (Sentencia N.- 001-10-SIN-CC, 2010).

Así la doctrina ecuatoriana ha definido como se debe entender a la teoría denominada Bloque de Constitucionalidad, y la conceptualiza así.

El inciso segundo del Art. 424 de la Constitución reconoce la primacía de los tratados internacionales (...) que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, con ello, la norma fundamental establece, tácitamente, la vigencia de la teoría del bloque de constitucionalidad en virtud de la cual los derechos no previstos por el ordenamiento interno, pero reconocidos por el Derecho Internacional (...) es decir el conjunto de disposiciones que incluyen a la Constitución y al resto de las normas con su mismo rango. (Zambrano D. , 2011)

Consecuentemente, se evidencia que el bloque de constitucionalidad integra sin lugar a dudas nuestro ordenamiento jurídico interno y por tanto debe ser entendido y aplicado por los jueces que tengan casos en materia penal usando los principios pro homine, optimización, precedentes vinculantes e integridad ordenamiento.

5.1.3.- **Principios.**- Se ha sostenido doctrinariamente que los principios son: “son normas constitucionales de derechos y justicia (...) normas que ordenan algo que se ha realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes dando un carácter de mandato de optimización” (García, R, 2014, pág. 45). En la misma línea de ideas se sostiene que: “Las normas principios, a diferencia de las normas-reglas que se cumplen o no, ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas existentes”. (Zavala, Jorge; José, Zavala Jorge y Acosta, 2012, pág. 40)

Ahora bien, nuestra Carta Magna ha introducido dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano estos principios de la siguiente manera.

Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para

negar su reconocimiento. (Constituyente, 2008)

Por tanto de acuerdo a este articulado la Constitución literalmente incorpora también no solo los principios constantes en la Carta Magna sino también los establecidos en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, es decir, los establecidos en las sentencias o consultas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

5.1.4.- **Derechos.**- Se ha definido a los derechos como: “el vocablo se emplea pluralizado cuando se refiere a un conjunto de normas o atribuciones que se concede, reivindica y o ejerce colectivamente” (Cabanellas de torres, 2006, pág. 123). Por tanto se ha sostenido en el Ecuador desde la academia jurídica que.

(...) proceden lógicamente a las normas positivas, y no son por estar en la Constitución o en las leyes, son antes parte de la persona y de la dignidad que a esta le es connatural (...) constituyen el fundamento de todo ordenamiento jurídico positivo, que se limita a reconocerlos como condición de su propia existencia que equivale, en el mundo de las normas de Derecho, a su validez (...) nace en y va de la norma constitucional a la ley que es categoría normativa rectora. De ahí que esencia que contienen los derechos de las personas y las garantías que se les otorgan forman un límite infranqueable para el legislador y que delinea la Constitución en forma lapidaria”. (Zavala, Jorge; José, Zavala Jorge y Acosta, 2012, pág. 103)

Consecuentemente nuestra *norma de normas* determinada claramente que: “ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”. (Constituyente, 2008)

Ahora bien, otros doctrinarios han estudiado a los derechos así.

(...) instrumentos de democratización y de igual inclusión. Para ello,

se parte de una concepción de los mismos que es histórica y subjetiva: los derechos son entendidos no como realidades reveladas, abstractas, *objetivas*, sino como fruto de procesos de reivindicación y de lucha protagonizados por sujetos concretos, con una especial relevancia de aquéllos que se encuentran en una posición de mayor vulnerabilidad (Aparicio, 2008).

5.1.5.- **Garantías.**- Se ha conceptualizado constitucionalmente a las garantías como: “conjunto de declaraciones, medios o recursos con que los textos constitucionales aseguran a todos los individuos o ciudadanos el disfrute y ejercicio de los derechos públicos y privados fundamentales que se les reconocen” (Cabanellas de torres, 2006, pág. 174). En este sentido la doctrina ecuatoriana destaca que: “En este sentido, las garantías de los derechos deberán ser el parámetro a través del cual se aplique la Constitución y se resuelvan las controversias entre ciudadanos, entre los diferentes poderes del Estado y entre este último y los ciudadanos. En este sentido, hablar de Estado de derechos significa aplicar e interpretar la Constitución y todas sus instituciones, reglas y principios a la luz de los derechos en ella garantizados”. (Storini, 2013, pág. 41)

Continuando con la fundamentación e interpretación de las garantías constitucionales la jurisprudencia ecuatoriana ha dicho: “De esta forma, la constitucionalización y la internacionalización del derecho a una justicia accesible, oportuna, imparcial, eficiente y autónoma, concretan el concepto de tutela judicial efectiva en la solución de las controversias a través del proceso como instrumento fundamental de la paz social. Es decir, el derecho que tiene toda persona a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, consagrado en el artículo 75

de la Constitución de la República (...)”. (Sentencia N.- 024-10-SEP-CC, 2010)

Así la doctrina Internacional dice que se debe entenderse a las garantías: “(...) precisamente, las técnicas idóneas para asegurar efectividad tanto a las normas como a los principios” (Ferrajoli, 2004, pág. 137) . Dentro de la realidad jurídico constitucional.

5.1.6.- **Neo constitucionalismo.-** Argumenta la doctrina ecuatoriana que se entiende por neo constitucionalismo.

(...) justamente en conexión con el desarrollo del proceso de constitucionalización del derecho, y que pretende superar aun hasta suplantarlo tanto el positivismo jurídico, como el iusnaturalismo (...) y se lo utiliza para describir ciertos fenómenos o prácticas institucionales de los Estados constitucionales tras la Segunda Guerra Mundial (...). En este punto donde se puede establecer el criterio para distinguir aquello que puede definirse como evolución del constitucionalismo del siglo XX de aquello que ha venido en llamarse *neo constitucionalismo*” (Storini, 2013, págs. 25-26).

Consecuentemente se puede entender que el neo constitucionalismo no es otra cosa que el nuevo constitucionalismo moderno.

Así, se sostiene que el neo constitucionalismo se lo debe entender desde tres puntos de vistas: “considerando que el neo constitucionalismo debe ser visto desde tres grandes parámetros: como modelo de Estado, como Teoría del Derecho y como Ideología” (Merino, 2013). En la misma líneas de conceptualización jurídico constitucional se ha dicho que: “es el constitucionalismo plurinacionales o debe ser un

nuevo tipo de constitucionalismo basado en relaciones interculturales igualitarias que redefinan y reinterpreten los derechos constitucionales reestructuren la institucionalidad proveniente del Estado Nacional”. (Yumbay, 2014)

5.1.7.- **Constitucionalización.-** Esta figura jurídica denominada constitucionalización se la ha contextualizado en la doctrina así.

La nueva Constitución prefigura un nuevo modelo constitucional-social no solo para referenciarse en la crisis del Estado liberal sino también –ya con perspectiva histórica– intentar evitar las carencias y déficit del modelo de constitucionalismo social europeo de postguerra. Y lo hace desde el marco del constitucionalismo democrático y del constitucionalismo social. Esta constitucionalización básica solo tiene presencia desde la oleada neo constitucional de finales de siglo: Nicaragua (1987), Colombia (1991), Ecuador (1998), Venezuela (1999)” (Palacios, 2008) .

Continuando con la explicación se ha argumentado que sin duda alguna esta figura o técnica jurídica constitucional se ha implementado y consiste en: “tanto en el derecho alemán, como en el italiano y en el español, al igual que en el ecuatoriano, la clave para el reconocimiento, la garantía y la protección de los derechos públicos subjetivos ja sido la constitucionalización del derecho a la tutela judicial efectiva”. (Zavala, 2011, pág. 72)

Y para finalizar esta temática se dice sustenta también que: “Uno de los

elementos, que separa el neo constitucionalismo teórico de la teoría iuspositivista, es la tesis según la cual la constitucionalización del derecho provoca un cambio radical en la teoría de la interpretación cuya consecuencias refleja en la relevancia del papel de juez y en la consideración de la jurisprudencia como fuente del derecho”. (Storini, 2013, pág. 28)

5.1.8.- **Argumentación jurídica.-** La doctrina internacional ha definido a la argumentación así: “argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determina tesis que se trata de sostener o de refutar (...) tiene ciertas unidades básicas que son, los argumentos, en los que pueden distinguir premisas (enunciados que se parte) y conclusiones (enunciados que se llega) que son evaluados según ciertos criterios que permiten calificar los argumentos como válidos, solidos persuasivos, falaces, etc.” (Atienza, 2007, pág. 134 y 135)

En necesario saber el ámbito de dicha argumentación jurídica y se conceptúa que actualmente qué.

La teoría o teorías de la argumentación jurídica tiene como objeto de reflexión, obviamente, las argumentaciones que tiene lugar en contextos jurídicos. En principio pueden distinguirse tres distintos campos de los jurídicos en que se efectúan argumentaciones. El primero de ellos es el de la *producción o establecimientos de normas jurídicas* (...). El segundo campo en que se efectúan argumentos jurídicos es el de la *aplicación* de normas jurídicas a la resolución de casos, bien sea esta una actividad que lleven a cabo los jueces en

sentido estricto, órganos administrativos en el más amplio sentido de expresión o simples particulares (...). Y finalmente el tercer ámbito en que tiene lugar argumentos jurídicos es el de la *dogmática jurídica*. La dogmática es, desde luego, una actividad compleja en la que cabe distinguir esencialmente estas tres funciones: 1.- Suministrar criterios para la producción del derecho en las diversas instancias en que ello tiene lugar; 2.- suministrar criterios para la aplicación del derecho; y, 3.- ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico”.

(Atienza, M, 2005, pág. 1 y 2)

5.1.9.- **Interpretación integral.**- La interpretación se la debe entender como: “acción y efecto de interpretar, esto es, declaración, explicación o aclaración del sentido de una cosa o de un texto incompleto obscuro o dudoso (...). Interpretación restrictiva, es la aplicación de la norma jurídica a los casos que menciona o a los cuales se refiere expresamente, se denomina también estricta (...) (Cabanellas de torres, 2006, pág. 204). Juntamente se ha determinado que la interpretación es: “una actividad práctica encaminada a la solución de supuestos concretos que se presentan todos los días a la experiencia (...). Así hay que diferenciar la modalidad cognitiva, decisoria y creativa. La primera solo descubre el significado del texto, lo desoculta. La segunda, decide entre varios significados el que corresponde y lo fija; y, el tercero, lo crea, pues, no ha sido determinado por la interpretación cognitiva” (Zavala, Jorge; José, Zavala Jorge y Acosta, 2012, pág. 57).

Nuestra CRE, en su art. 427, ordena que: “las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los

principios generales de la interpretación constitucional” (Constituyente, 2008). Y el art. 3, de la LOGJCC, ha desarrollado y regulado así: “(...) como reglas de solución de antinomias, principio de proporcionalidad, ponderación, interpretación evolutiva o dinámica, sistémica o integral, teleológica, literal, otros métodos de interpretación” (Asamblea, 2009).

5.1.10.- **Norma jurídica.**- Se la conceptúa como: “Regla de conducta cuyo fin es el cumplimiento de un principio legal. Para Gierke, la norma jurídica es aquella regla que, según la convicción declarada de una comunidad, debe determinar exteriormente, y de modo incondicionado, la libre voluntad humana” (Cabanellas de torres, 2006, pág. 257). Ahora bien se dice que la verdadera norma jurídica es: “norma es el texto interpretado” (Zavala, Jorge; José, Zavala Jorge y Acosta, 2012, pág. 58). Y esta idea esta compartida sosteniendo que: “la norma jurídica no es el presupuesto, sino el resultado del proceso de interpretación” (Prieto, 2007, pág. 169 y 170).

La doctrina ha determinado que la norma jurídica.

(...) trata de ver a la norma como instrumento idóneo para alcanzar unos determinados fines. El actual modelo de Estado de derecho propone una serie de fines u objetivos que deben ser perseguidos por las normas inferiores. Las normas a veces se muestran como instrumentos idóneos para alcanzar estos fines, entonces, se considerarán eficaces pero en otras ocasiones el legislador no acierta y la norma no produce los efectos esperados -problema de la identificación de las finalidades que persigue la norma-. La

importancia de este enfoque de la efectividad en que el modelo Constitucional propone una serie de fines u objetivos que deben ser perseguidos por las normas inferiores; es decir, las normas inferiores son una necesidad para la efectividad de la Constitución”. (Storini, 2013, pág. 49)

Consecuentemente es necesario saber interpretarlas normas jurídicas basados en técnicas actuales y constitucionales teniendo en cuenta la realidad concreta del caso que se trata de resolver para concretar la necesidad de efectivización de los derechos establecidos en la Constitución de Montecristi.

5.2.- Epígrafe II (Temas Penales)

5.2.1- **Delito.-** Se ha definido al delito: “Etimológicamente la palabra delito proviene del latín delictum, expresión también de un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena. En general, culpa, crimen y quebrantamiento de una ley imperativa” (Cabanellas de torres, 2006, pág. 114). Así en la doctrina ecuatoriana se encuentran definiciones del delito.

(...) delito es una acción u omisión humana, típica antijurídica y culpable, sancionada con una pena, o sea es un hecho ilícito cometido por la infracción de la ley penal. Es una acción u omisión humana, porque el elemento material básico del delito es una conducta del ser humano. Es acción típica, porque esta conducta deberá estar descrita expresamente por la ley penal. Es acción antijurídica, porque la conducta debe ser contraria al Derecho. Es culpable, porque esa acción le puede ser imputada y reprochada a una persona, ya sea a título de dolo en los casos más graves, o de culpa en los casos menos graves y con una sanción penal, o sea que la norma viola completamente siempre una pena. (García, 2013)

Esta concepción del delito ya había sido conceptualizado muchos años antes y se la había definido así: “la tipicidad (como) adecuación de un hecho determinado con la descripción que de él hace un tipo legal; la antijuridicidad, la contravención de ese típico con todo el ordenamiento jurídico, y, la culpabilidad, el reproche porque el sujeto pudo actuar de otro modo, es decir, conforme al orden jurídico” (Ramirez, 1984).

Acá en nuestro ordenamiento jurídico se ha introducido legalmente que es delito en el COIP, art. 19, inciso segundo, que dice: “(...) delito es la infracción penal sancionada con pena privativa de libertad mayor a treinta días (...)” (Asamblea, 2014).

5.2.2.- **Autor.**- El autor se lo ha definido así: “El sujeto activo del delito; el que coopera a su realización como cómplice o autor moral” (Cabanellas de torres, 2006, pág. 42). Juntamente la doctrina dice: “el sujeto activo se constituye en el elemento esencial de la misma. Cuando hablamos de sujeto activo básicamente nos referimos a autor de la conducta típica, sin embargo, las circunstancias de la realización de dicha conducta, la modalidad de comisión o la intervención de varias personas en la misma, conllevan diferentes grados de participación (...)” (García, R, 2014, pág. 383).

Nuestro ordenamiento jurídico interno ya ha definido el concepto de autor y sus modalidades según en el art.42 COIP, así.

(...) **Autoría directa:** a) Quienes cometan la infracción de una manera directa e inmediata; b) Quienes no impidan o procuren impedir que se evite su ejecución teniendo el deber jurídico de hacerlo. **Autoría mediata:** a) Quienes instiguen o aconsejen a otra persona para que cometa una infracción, cuando se demuestre que tal acción ha determinado su comisión. b) Quienes ordenen la comisión de la infracción valiéndose de otra u otras personas, imputables o no,

mediante precio, dádiva, promesa, ofrecimiento, orden o cualquier otro medio fraudulento, directo o indirecto. c) Quienes, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obliguen a un tercero a cometer la infracción, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin. d) Quienes ejerzan un poder de mando en la organización delictiva. **Coautoría:** Quienes coadyuven a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción. (Asamblea, 2014)

5.2.3.- **Debido proceso.**- El debido proceso legal se constituye como: “cumplimiento de los requisitos constitucionales en materia de procedimiento, por ejemplo, en cuanto a la posibilidad de defensa y producción de pruebas” (Cabanellas de torres, 2006, pág. 110). Así se ha denominado al debido proceso penal como: “también Derecho Constitucional aplicado, como así dice el profesor Fernando Cruz, esto es así, ya que en el procedimiento penal debe aplicarse todos los principios del debido proceso, establecidos en la Carta Magna, esto sin tomar en consideración los otros principios y garantías constitucionales y legales, lo que implica que para aplicar la ley penal se debe tener conocimientos de derecho constitucional (...)” (Carvajal, 2008).

Ahora bien, es necesario saber cuál fue el origen, su subdivisión y conceptualización individual del principio del debido proceso.

Históricamente el origen del principio del debido proceso es situado en la Carta Magna inglesa de 1215; sin embargo, se ha desarrollado en tres sentidos: El debido proceso legal, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal; La creación del debido proceso constitucional o debido proceso a secas,

como procedimiento judicial justo, todavía adjetivo, formal o procesal; y, el desarrollo del debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad, entendiendo como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores del Derecho de la Constitución (Zavala, Jorge; José, Zavala Jorge y Acosta, 2012, pág. 106 y 107)

En conclusión, el debido proceso sirve para evitar y limitar el abuso que pueda hacer el Estado a sus ciudadanos, es decir, limitar el poder punitivo del Estado.

5.2.4.- Tipicidad.- La tipicidad es una figura jurídica conceptualizada como un.

(...) concepto muy discutido en el Derecho Penal moderno entre otras razones porque guarda relación con el Derecho penal liberal, del cual es garantía, que se vincula con el principio del *nullum crimen sine praevia lege* (...). Jiménez de Asúa, dice que esa descripción legal, desprovista de carácter valorativo, es lo que constituye la tipicidad. Por tanto el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición de hecho que se cataloga en la ley como delito. Añade que en la tipificación no hay tipos de hechos, sino solamente tipos penales porque se trata de la conducta del hombre que se subsume en el tipo legal”. (Cabanellas de torres, 2006, pág. 365 y 366)

Consecuentemente la doctrina penal sostiene que la tipicidad se: “constituye en el elemento central de la teoría del delito, pues no puede haber delito sin tipo, evidentemente desde una concepción esencialmente objetiva, porque entendía que la descripción típica comprendía solo el aspecto externo de la acción humana, dejando todo lo subjetivo para la categoría de la culpabilidad” (García, R, 2014, pág. 258).

Nuestra legislación ha definido a la tipicidad en el art. 25 COIP, así: “Los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes” (Asamblea, 2014). La cual ha sido tomada de la doctrina moderna que dice que la tipicidad es una: “adecuación de un hecho determinado con la descripción que de él hace un tipo legal” (Ramirez, 1984, pág. 148). Consecuentemente tanto la tipicidad, culpabilidad y culpabilidad son elementos constitutivos del delito.

5.2.5.- **Antijuridicidad.**- A este vocablo se lo ha determinado como una figura jurídica que significa: “Elemento esencial del delito, cuya fórmula es el valor que se concede al fin perseguido por la acción criminal en contradicción con aquel otro garantizado por el Derecho” (Cabanellas de torres, 2006, pág. 34). Juntamente se sostiene que la antijuridicidad es: “la contravención de ese típico con todo el ordenamiento jurídico” (Ramirez, 1984, pág. 148).

Ahora bien, esta denominación ha sido recogida por nuestra legislación ecuatoriana debidamente tipificada en el art.29 COIP, como: “para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este código” (Asamblea, 2014).

Un reconocido jurista ecuatoriano ha dicho sobre a antijuridicidad que.

Existen algunas contradicciones dogmáticas en el COIP, como ya hemos anotado al analizar varios artículos, pero resulta evidente que adopta las consecuencias derivadas de una posición dualista de la

norma penal, con preeminencia subjetivista. Solo de esta forma se explica por ejemplo, la ubicación del dolo y la culpa en la tipicidad. Sin embargo vemos que en materia de antijuridicidad, la posición que se adopta es totalmente contradictoria y obedece a una visión objetivista de la norma penal, al ligarla verificación de esta categoría dogmática a la existencia de lesión o amenaza del bien jurídico, en lugar de la contradicción de la conducta típica con el ordenamiento jurídico y su no justificación. (García, R, 2014, pág. 273)

5.2.6.- **Culpabilidad.**- A este elemento del delito se lo ha definido como: “calidad de culpable, de responsable de un mal o de un daño. Imputación de un delito o falta, a quien resulta agente de uno u otra, para exigir la correspondiente responsabilidad tanto civil como pena” (Cabanellas de torres, 2006, pág. 104). Juntamente, muchos autores en la materia de Derecho penal coinciden en que la culpabilidad es: “el reproche porque el sujeto pudo actuar de otro modo, es decir, conforme al orden jurídico” (Ramirez, 1984, pág. 148). Así como “el presupuesto subjetivo decisivo de la responsabilidad penal.” (García, R, 2014, pág. 360)

Tradicionalmente en la doctrina penal actual se ha definido a la culpabilidad desde dos aspectos válidos y son.

(...) dos exigencias de diversa naturaleza. Por una parte, la necesidad de que se requiera entre los presupuestos de la pena la concurrencia de dolo o imprudencia y se deje sin castigar el caso fortuito. Por otra parte, el postulado de que la pena se condicione a la posibilidad de reprochar el hecho a su autor, por ausencia de causas de inimputabilidad o de inculpabilidad. El segundo aspecto incluido en la designación tradicional "principio de culpabilidad" es la exigencia de

que el injusto cometido sea reprochable a su autor, por no concurrir causas que excluyan la culpabilidad por el hecho. (Mir, 2003, pág. 136 y 137)

En Ecuador se ha definido a la figura de culpabilidad en el art. 34 COIP, así: “Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta” (Asamblea, 2014).

5.2.7.- **Pena.-** La conceptualización de este tema jurídico es: “Sanción, previamente establecida por la ley, para quien comete un delito o falta, también especificados” (Cabanellas de torres, 2006, pág. 287). Así también se sostiene que: “Según su concepto la pena es un mal que se impone por causa de la comisión de un delito: conceptualmente, la pena es un castigo. Pero admitir esto no implica, como consecuencia inevitable, que la función -esto es: fin esencial- de la pena sea la retribución” (Mir, 2003, pág. 49).

La función de la pena se la he definición tradicionalmente como: “retribución, prevención general o especial, o combinación de ambos puntos de vista”. (Mir, 2003, pág. 48). Hay otra filósofo del Derecho que sostiene: “El eco de Nietzsche: la pena es venganza. Todo esfuerzo por asignarle un objetivo noble a la pena devuelve el eco de las palabras sabias del más loco de los filósofos, definiendo a la pena como venganza y a la redención como liberación de ésta. Sólo un demolidor de ruinas como Nietzsche podía; además, percatarse de que la venganza provenía de la idea de tiempo lineal; que era venganza contra el tiempo, porque nadie puede hacer que lo que fue no haya sido” (Zaffaroni, 2009, pág. 8).

Nuestro ordenamiento ecuatoriano, específicamente en el Art. 51 COIP, determina textualmente que es pena: “La pena es una restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles. Se basa en una disposición legal e impuesta por una sentencia condenatoria ejecutoriada” (Asamblea, 2014).

5.2.8.- **Rehabilitación.**- Significa para el Derecho penal: “acción de efecto de habilitar de nuevo o restituir una persona o cosa a su antiguo estado” (Cabanellas de torres, 2006, pág. 328). Ahora bien la rehabilitación es uno de los cinco elementos constitutivos de la reparación integral según lo he desarrollado la CIDH basado en que: “La rehabilitación alude a medidas tales como atención médica y psicológica, así como servicios legales y sociales que ayuden a las víctimas a readaptarse a la sociedad” (Beristain, 2009, pág. 178). Y se las ha explicado en la doctrina ecuatoriana así.

Se comprende al fin y al cabo en qué consiste la reparación y los diferentes elementos que la conforman. Las medidas de satisfacción, restitución, indemnización, rehabilitación y no repetición, consideradas por el actual derecho internacional como los componentes básicos de cualquier reparación, son abordadas con suficiente profundidad. A medida que el lector avanza en la lectura queda muy claro que la reparación es un programa de transformación, es un proceso, que tiene sus contextos, un antes y un después. También se subraya que el sentido reparador es un conjunto de medidas, donde es tan importante el qué se repara y el cómo se repara. Las diferentes aristas y matices de la reparación son desarrolladas en

los diferentes capítulos, y no solo en lo que corresponde a las reparaciones individuales sino también a las colectivas. En fin se ofrece una mirada holística e integral a esta temática. (Beristain, 2009, pág. xvi)

Consecuentemente Ecuador ha conceptualizado a la rehabilitación en el art.78, inciso primero, numeral 2, COIP, como: “La rehabilitación, se orienta a la recuperación de las personas mediante la atención médica y psicológica así como a garantizar la prestación de servicios jurídicos y sociales necesarios para esos fines” (Asamblea, 2014).

5.2.9.- Reparación integral.- La reparación es una palabra que significa en el mundo del Derecho: “Arreglo de daño, compostura, satisfacción y desagravio por ofensa o ultraje, indemnización y resarcimiento” (Cabanellas de torres, 2006, pág. 329).

Ahora bien, basado en la figura de bloque de constitucionalidad podemos mencionar que esta figura jurídica ha sido desarrollado por la jurisprudencia vinculante de la CIDH, así: “Las reparaciones son medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen de las características de la violación y del daño ocasionado en los planos material e inmaterial. No pueden implicar enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores, y deben guardar relación con las violaciones declaradas en la Sentencia” (García, R, 2014, pág. 39).

Esta figura desarrollada por el Derecho Internacional público, ha sido introducida en nuestro ordenamiento jurídico, por nuestra Carta Magna y art. 77 del COIP que dice.

(...) La reparación integral radicaré en la solución que objetiva y

simbólicamente restituya, en la medida de lo posible, al estado anterior de la comisión del hecho y satisfaga a la víctima, cesando los efectos de las infracciones perpetradas. Su naturaleza y monto dependen de las características del delito, bien jurídico afectado y el daño ocasionado. La restitución integral constituye un derecho y una garantía para interponer los recursos y las acciones dirigidas a recibir las restauraciones y compensaciones en proporción con el daño sufrido (Asamblea, 2014).

5.2.10.- **Resocialización.-** Esta figura se la analizará desde la perspectiva del delincuente, y se sostiene que.

La prevención especial, a") A diferencia de la prevención general, que se dirige a la colectividad, la especial tiende a prevenir los delitos que puedan proceder del delincuente: la pena persigue, según ella, evitar que quien la sufre vuelva a delinquir. Frente a él, la imposición de la pena ha de servir como escarmiento o como camino para la readaptación social (resocialización). La prevención especial no puede operar, pues, como la general, en el momento de la conminación penal, sino en el de la ejecución de la pena. (Mir, 2003, pág. 55)

Es necesario saber las clases históricas carcelarias y son: "(...) segundo, la cárcel como recurso para explotar la mano de obra prisionera; tercero, el procedimiento correccionalista y moralizador para la redención del preso, en Philadelphia y como cuarta la resocialización del delincuente mediante el sistema "progresivo" que implanta Montesinos en Valencia y que, dicho sea, de paso, se ha extendido y se aplica en casi todos los penales del mundo" (Gómez, 2005).

Es necesario saber que en la actualizada la doctrina ha dicho sobre la reeducación de la pena que.

(...) ¿Puede la pena rehabilitar? ¿Puede enseñarse a una persona a convivir adecuadamente en libertad encerrándolo? La función preventiva especial positiva de la pena no ha estado exenta de críticas y ya desde la construcción de Von List se ha asignado a esta posibilidad, al menos de resocializar al delincuente. Sin embargo voces como la de Pavarini o Muñoz Conde, sin dejar de mencionar a Zaffaroni, resaltan la utopía, el mito o el eufemismo, de la resocialización. (García, R, 2014, pág. 38)

VI.- METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

La metodología de investigación que se ha utilizado en este trabajo académico tiene algunos aspectos fundamentales que debo destacar a continuación: En lo tocante a la modalidad del presente trabajo científico se utilizó el paradigma llamado cuali-cuantitativa, en este esquema la modalidad cualitativa ayudó averiguar las cualidades o características generales del problema y esta averiguación se hizo observando y analizando jurídicamente la interpretación extensiva de la ley penal y debido proceso penal por parte de los jueces de garantías penales en Babahoyo. Las particulares cualitativas de la problemática posteriormente son ratificadas mediante la cuantificación de la investigación de campo llevada a cabo generalmente en base a encuestas.

6.1.- TIPO DE INVESTIGACIÓN

Los tipos de investigación utilizados son el bibliográfico, que consiste en la recopilación de datos o información existente en libros, revistas y ensayos, se la aplica para la

elaboración del denominado marco teórico conceptual el cual fundamenta científicamente la propuesta de solución. En este caso concreto la investigación bibliográfica se orientó a las herramientas de desarrollo en la interpretación extensiva de la ley penal y debido proceso penal por parte de los jueces de garantías penales en Babahoyo, que evidencio por ejemplo: la contradictoriedad de lo que se aplica en Babahoyo contra lo determinado en el nuevo paradigma doctrinal llamado constitucionalización del sistema penal, violación al principio de interpretación restrictiva de la ley penal y debido proceso penal, etc.

De campo, esta investigación se llevó a cabo en el sitio mismo donde se manifiestan los síntomas de la problemática, particularmente en el ámbito jurídico social de Babahoyo. En este proceso investigativo se lo desarrollo llevando a cabo una encuesta orienta para los abogados en libre ejercicio profesional y entrevista directa con algunos jueces de garantías penales.

VII.- ANÁLISIS DE CASOS

7.1.- Descripción y análisis jurídico de la instrucción fiscal N-120101814100210 o causa penal N.- 12282-2014-1786.- Basado en el parte policial suscrito por los señores policías: SGOS. DE RIVERA ZAMBRANO FELIX Y CBOS. MONAR SORIAPABLO, en el cual consta que el día, veinte de octubre del año dos mil catorce, aproximadamente a las ocho horas y veinte minutos, en las calles Juan Montalvo y 5 de Junio de esta ciudad de Babahoyo, por medio del presente me permito poner en su conocimiento a usted Mi Tcnl., que encontrándonos de servicio en el móvil sabana de 1er turno, por disposición del Ecu 911, nos trasladamos al lugar y hora antes

indicado, al llegar al lugar se detuvo la marcha al bus de transporte público perteneciente a la Cooperativa Fluminense disco 31 línea 4 donde se tomó contacto con el señor conductor el mismo que manifestó que un ciudadano habían agredido físicamente a una persona dentro del vehículo, del cual solo se encontraba presuntamente uno de los individuos, que responde a los nombre FRANCISCO JAVIER QUISPHE PAZMIÑO, por lo que se lo hizo bajar del bus y en ese instante se acercó el señor GUTIERREZ CABELLO CARLOS ISIDRO, manifestando que había sido agredido por el ciudadano antes en mención, motivo por el cual se procedió a su aprensión (reparo), no sin antes darle a conocer sus Derechos Constitucionales estipulados en el Art. 77 numeral 3 y 4 de la Constitución de la República del Ecuador para posterior ser trasladado hasta el hospital para sacarle el respectivo certificado médico. Cabe indicar mi Tcnl., que el hoy detenido fue trasladado al UVC (unidad de vigilancia comunitaria) a la unidad judicial penal sede en el cantón Babahoyo, donde se realizó la respectiva audiencia de flagrancia en presencia del señor juez Ab. Carlos Albán Yáñez, quien determino prisión preventiva dentro de instrucción fiscal N.- 2014-1786, emitido la respectiva boleta Constitucional de encarcelamiento N.- 0085, y trasladado al centro de privación de libertad de valores en conflicto con la ley de Babahoyo. Adjunto certificado médico emitido por el galeno de turno y boleta constitucional de encarcelamiento N.- 0085 original.

En la audiencia por flagrancia, se hizo lo siguiente: (...) partes procesales, supuesta víctima CARLOS ISIDRO GUTIERREZ CABELLO, su abogado ELOY DEMETRIO SUAREZ AYALA, y procesado QUISPHE PAZMIÑO FRANCISCO JAVIER, otros participantes ARNOLDO ROMERO RIVERA (MEDICO LEGAL), FELIX RIVERA ZAMBRANO (policía) (...); Las pruebas, el médico (Arnoldo

Romero sin posesión) certificada a fojas 2 que existe “(...) presenta lesiones físicas por GOLPES (VARIOS) un tiempo de incapacidad para el trabajo y salud es de 45 días salvo complicación desde el primer día(...), la supuesta víctima dice: “ el día viernes ya tuvimos problemas con el detenido (no dice que tipo de problemas) (...) y él se subió directamente me insultó y me golpeo un puñetazo en la cara, por lo que me baje y me subí a un taxi para ir al hospital cuando íbamos avanzando que di cuenta que los policías lo detuvieron(...); El policía que hizo la detención dijo: “ por llamada del ECU 911 nos dirigimos al bus fluminense en las calles Juan Montalvo y 5 de Junio(...); El inocente detenido dijo: “me subí al colectivo el me medo mirando fijamente y me insulta porque le reclame y el me dio una patada y yo le di un puñetazo”.

Extracto de la resolución, se califica la legalidad de la detención y la flagrancia de la presente infracción, en mérito de lo prescrito al Art. 640 numeral 4 (no dice de que código) se señala para la audiencia de procedimiento directo para el día jueves 30 de octubre del año 2014, 14h00, las partes presentaran sus anuncios probatorios tres días antes de la realización de la audiencia, acorde a los prescrito en el Art. 595 (no dice que código) el señor fiscal ha iniciado instrucción fiscal en contra del procesado por el delito de lesiones al tenor del Art. 534 Ibídem, con el fin de garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y por encontrarse reunido lo elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción, que los elementos de convicción son claros y precisos de que el hoy procesado es autor de la infracción, que existen indicios de los cuales se desprenden que las medidas cautelares no privativas de libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio, así como se trata de una infracción sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, dicto prisión preventiva en contra del hoy

procesado QUISPHE PAZMIÑO FRANCISCO JAVIER que deberá permanecer detenido en el centro de privación de libertad de personas adultas en conflicto con la ley del cantón Babahoyo, girándose para el efecto la boleta constitucional de encarcelación, las partes quedan notificadas con las decisiones adoptadas en la presente audiencia.

Del análisis jurídico hecho a esta detención por supuesta flagrancia, se desprende jurídicamente las siguientes conclusiones parciales así:

- a) Existe un informe médico legal que no tiene acta de posesión, lo cual conlleva una eficacia probatoria en el ámbito constitucional y legal, y esto da como resultado que no existe delio alguno, por tanto, tampoco responsable; sin dejar de mencionar su inconsistencia, incongruencia o incompatibilidad verosímil porque inicialmente este informe dice que la víctima tiene varios golpes (plural), pero la misma víctima en su versión libre y sin juramento dijo que era un solo golpe (singular) en la cara lo cual adicionalmente concuerda con lo que dijo el detenido;
- b) El parte informativo informa que basado en la llamada del ECU 911 se trasladaron al sitio del suceso supuestamente punible, pero jamás se anexo, detalló y mostró con forme a Derecho en dicha audiencia el video y audio que debe contener dicho transporte público;
- c) El policía que realizó la detención se basó tan solo en la versión libre y sin juramento del supuesto ofendido y de un ciudadano que jamás se identificó, solo se limitó en decir el chofer de bus;

- d) El juez en su “motivación” comete un error de orden constitucional y legal, al no mencionar a que Código hace referencia cuando individualiza los artículos que le sirven de fundamento para dictar su auto de prisión preventiva;
- e) El juez no aplicó la técnica de indubio pro procesado o reo, basado en los elementos de convicción de descargo, siendo esta la duda razonable.
- f) El juez no aplicó la característica residual, subsidiaria o secundaria de la prisión preventiva, es decir, no optó por otra medida de carácter personal no privativas de libertad, basado en el principio de proporcionalidad, por cuanto, solo se limitó a decir que son insuficientes las cautelares no privativas de libertad y nunca explico porque razón o argumento;
- g) Se evidencia un error semántico constitucional y legal, por parte de juez, por cuanto, la calificada la flagrancia de la infracción, porque lo correcto es que califique la flagrancia de la acción del agente de detención, retención o aprehensión que es lo correcto basado en el Derecho penal moderno, consecuentemente, por todo lo antes expuesto es ilegal la detención, violando los principios del debido proceso penal, seguridad jurídica, tutela judicial efectiva, presunción de inocencia, etc.

7.2- Descripción y análisis jurídico de la Instrucción fiscal N.- 120101814110030 o causa penal N.- 12282-2014-1846.- Basado en el parte policial suscrito por los señores policías: SBTE. ALEJANDRO JACOME; SGOS. HUGO ROSADO; Y, POLICIA EDWIN RODRIGUEZ, en el cual consta que el día, uno de noviembre del año dos mil catorce, aproximadamente a las doce y cuarenta y ocho minutos, en las calles General Barona entre 27 de Mayo y Pedro Carbo, de esta ciudad de Babahoyo, cabe indicar mi coronel que encontrándome de servicio como: JC-

SABANA, por disposición de la CGM.B, me traslade hasta el lugar antes descrito a verificar la novedad de un posible robo a un local comercial de nombres BELL NOVAINSER, donde acudieron a colaborar las unidades del sector, una vez en el lugar se tomó contacto con el señor SOBENIS CORTEZ JUAN ALPIO, propietario del local, quien nos supo manifestar que dos ciudadanos en una motocicleta arribaron a su local, los mismo que procedieron a sustraerse una computadora portátil (laptop) de marca xtratech código: 2246299200033, que se encontraba en el modular con sus respectivas seguridades, las cuales de manera inmediata y del sector en la misma motocicleta que arribaron. El señor propietario del local nos manifestó que poseían un circuito cerrado de video vigilancia, a la cual acudimos pudiendo visualizar y corroborar el testimonio del propietario, dando como características un corte de cabello tipo “iguana” con pigmentaciones amarillas así mismo el otro individuo con camiseta amarilla y gorra blanca. Al conocer de dichas características se dio a conocer a la central de radio, para que imparta a la demás unidades a que realicen un operativo ininterrumpido móvil, para poder localizar a los actores de este hecho, por lo cual las unidades GOM CENTRO 10 Y GOM CENTRO 12, reportan aproximadamente a las 14h30 pm, que en las calles Juan X Marcos y Barreiro, haber interceptado a un ciudadano con características similares a las antes descritas, identificándose como MARTINEZ PROAÑO GEOVANNY VLADIMIR, cédula de ciudadanía 1206411181, el mismo que fue trasladado hasta el comando provincial de Los Ríos en Babahoyo, para verificar si se trataba de alguno de los actores, una vez en el lugar se tomó contacto con el perjudicado el cual por temor a regresarías indico que no quería ser identificado por el posible actor y por los familiares que ya se encontraban en el comando, identificándolo como una de los actores del robo en su local comercial, al cabo de unos minutos frente al comando al costado derecho de la farmacia GENESIS de manera

injustificada una persona no identificada, procedió a dejar una laptop en dicha esquina abandonándolo el lugar, laptop que tenía similares características de la sustraídas en el local comercial, al indicar la computadora portátil a la víctima indico que se trataba de la misma laptop que se habían sustraído de su local comercial, por lo que el propietario del lugar se trasladó a realizar la respectiva denuncia a la fiscalía, y el señor detenido MARTINEZ PROAÑO GEOVANNY VLADIMIR fue trasladado hacia un centro de salud de esta ciudad, y de ahí traslado hacia el UVC no sin antes darle a conocer sus Derechos Constitucionales estipulados en el Art. 77 numeral 3 y 4 de la Constitución de la República del Ecuador, donde se realizó la respectiva audiencia de flagrancia en presencia del señor juez AB. JOSÉ AVILA REYES, quien determino prisión preventiva dentro del instrucción fiscal N.- 2014-1846, emitido la respectiva boleta Constitucional de encarcelamiento y trasladado al centro de privación de libertad de valores en conflicto con la ley de Babahoyo.

En la audiencia por flagrancia, se hizo lo siguiente: (...) partes procesales, supuesta víctima no compareció a la audiencia y procesado MARTINEZ PROAÑO GEOVANNY VLADIMIR, otros participantes POLICÍA EDWIN RODIGUEZ; SGOS. HUGO ROSARIO TOVAR; Y, SBTNTE EDWIN JACOME; Las pruebas, versión libre y sin juramento de EDWIN RODIGUEZ, dice: “reportaron un robo a un local comercial una vez en el local se verificó por medio de un video como fue el robo; SGOS. HUGO ROSARIO TOVAR, dijo: “por medio de la central de radio patrulla reportaron un robo al local llamado novainser, una vez en el lugar el dueño nos manifestó que el local posee cámaras de seguridad por lo que procedió a mostrar el video; Ab. JAVIER SANCHEZ MERMEO, una vez legalizada la detención y consecuentemente calificada la flagrancia se apertura la etapa de instrucción fiscal, en

contra del procesado en calidad de autor, por el delito de robo al tenor del Art. 189 COIP, la misma que tendrá una duración de treinta días, solicitó el procedimiento directo al tenor de lo establecido en el Art. 640 COIP, y que se notifique a las partes procesales, prisión preventiva al tenor a de lo dispuesto en el Art. 534 COIP, para garantizar la presencia del procesado al proceso; Procesado dice (después de haberse iniciado instrucción fiscal y dictado prisión preventiva): “yo salí de mi casa un rato en la moto, y cuando en la calle Juan X Marcos y Barreiro, el señor policía me pidió mis documentos y me llevaron al comando porque les habían dicho de un robo yo no sé nada de la laptop y yo estaba sentado dentro del comando cuando llego la laptop.

Extracto de la resolución, por las consideraciones plateadas en esta audiencia se califica la flagrancia y legal la detención, se APRUEBA el inicio de instrucción fiscal la misma que tendrá una duración 30 días, y como lo ha solicitado el señor fiscal al tenor del Art. 534 del COIP, se dicta orden de prisión preventiva en contra del procesado MARTINEZ PROAÑO GEOVANNY VLADIMIR, consecuentemente, como lo ha solicitado el fiscal en mérito de lo prescrito al Art. 640 numeral 4 COIP, se señala para la audiencia de procedimiento directo para el día 10 de noviembre del año 2014, 11h00, las partes presentaran sus anuncios probatorios tres días antes de la realización de la audiencia.

Del análisis jurídico hecho a esta detención por supuesta flagrancia, se desprende jurídicamente las siguientes conclusiones parciales así:

- a) Según las versiones libres y sin juramento de los señores policías que hicieron el operativo su actuación se motivó porque observaron pero nunca anexaron y explotaron, el referido video y audio que menciono el supuesto propietario que tenía su supuesto local;

- b) El señor supuesto propietario SOBENIS CORTEZ JUAN ALIPIO, jamás justifico conforme a Derecho su calidad de dueño de dicha computadora, ni tampoco del sitio de donde dice él estaba al momento del robo;
- c) Al ciudadano detenido, no se lo encontró al momento de su detención en su poder con la evidencia física que lo relacione con el hecho investigado;
- d) El policía que realizó la detención se basó tan solo en la versión libre y sin juramento del supuesto ofendido o dueño basado a su vez en un video y audio que dice vio y jamás anexo en la audiencia de flagrancia;
- e) Inconstitucionalmente al detenido se lo escucho en la audiencia de calificación de flagrancia después de que el juez ya había emitido su auto de prisión preventiva, esto lo dejo en indefensión;
- f) El juez erróneamente aprueba el inicio de la instrucción fiscal, lo cual no le compete, por cuanto, el dueño de la acción penal publica es el fiscal, Art. 195 CRE;
- g) El juez no aplicó la técnica de indubio pro procesado o reo, basado en los elementos de convicción de descargo, siendo esta la duda razonable.
- h) El juez no aplicó la característica residual, subsidiaria o secundaria de la prisión preventiva, es decir, no opto por otra medida de carácter personal no privativas de libertad, basado en el principio de proporcionalidad, por cuanto, solo se limitó a decir que la dictaba porque el fiscal se lo había pedido y nunca explico porque razón o argumento jurídico lo hacía, falta de motivación;
- i) El detenido al momento de su detención fue ilegal e inconstitucionalmente engañado por parte del policía que realizó la detención porque supuestamente

paro la marcha del vehículo en que iba el detenido por su licencia y una vez llevado hacia la comandancia le dicen que es por un robo con fuerza;

j) Un segundo ciudadano dejó la evidencia física del supuesto robo en los alrededores del Comando Policial, pero jamás se mencionó como los policías supieron que fue la entrega como dicen que fue;

k) El juez arbitrariamente cambio el plazo de duración de la instrucción fiscal porque el fiscal ofreció terminar dicha etapa en 30 días, porque dictamino el procedimiento directo, que técnicamente dura 10 días con una prórroga de hasta 5 días más, por todo lo antes expuesto;

Se evidencia un error semántico constitucional y legal, por parte de juez, por cuanto, calificada la flagrancia de la infracción, porque lo correcto es que califique la flagrancia de la acción del agente de detención, retención o aprehensión que es lo correcto basado en el Derecho penal moderno, consecuentemente, por todo lo antes expuesto es ilegal la detención, violando los principios del debido proceso penal, seguridad jurídica, tutela judicial efectiva, presunción de inocencia, etc.

VIII.- PROPUESTA

8.1.- DOCUMENTO DE ANÁLISIS CRÍTICO

El presente documento de análisis crítico sobre la interpretación extensiva que se contrapone a la interpretación restrictiva en las audiencias de flagrancias hecha por parte de los jueces de garantías penales competentes debe ser analizada desde el ámbito Constitucional, Convencional y Penal del Ecuador, es conveniente entender que promulgada la Constitución del 2.008, Ecuador cambio su esquema estatal y

ordenamiento jurídico, el cual se ha definido en su Art. 1, como *Estado constitucional de derechos y justicia*, lo que implica entre otras cosas: que los jueces ya dejaron de ser mecánicos en la aplicación e interpretación de la ley, existe justicia ordinaria, constitucional e indígena, surge un organismo estatal de cierre denominado Corte Constitucional, existente cinco poderes estatales denominados Ejecutivo, Judicial, Legislativo, Consejo de Participación Ciudadana y Consejo Nacional Electoral, Ecuador se ha constituido como un Estado garantista cimentada en los derechos constitucionales de la personas con contenidos primariamente previos y ajenos a la ley, se erigen como valores jurídicos la igualdad, libertad, democracia y justicia, principios: pro homine o pro libertatis, optimización, precedentes vinculantes e integridad del ordenamiento jurídico, nacen garantías normativas, políticas públicas y jurisdiccionales etc.

Referente a los derechos, principios y garantías, la Constitución del 2.008, reconoce en su Art. 10 que: “las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales”; Art. 11, inciso primero, numerales 3, 6 y 9 que especifica que el ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: “ (...) 3.- Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte(...) 6.- “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”; 9.- “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución(...)”; Art. 75, que manda: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de

inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”; Art. 76, inciso primero, numerales 1, 2, 3, 4, 7 literales a, b, c, d, g, h, l y m, que estipulan lo siguiente: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1.- Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes; 2.- Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada; 3.- Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento; 4.- Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria; 7 literales a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento. g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor. h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra. Las resoluciones de los poderes públicos

deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”; Art. 82 que dice: “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” y Art. 169 que reza: “el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”.

En el ámbito Convencional o bloque de constitucionalidad tenemos a la Declaración Universal de Derechos Humanos que en sus artículos 3 y 5 reconocen el derecho a la vida, libertad y seguridad personal, como también a la dignidad humana; juntamente el Pacto de Derechos Civiles y Políticos dice en sus artículos 6 y 7 tratan el derecho a la vida y a ser protegido por la ley; en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su Art. 1, 18 y 26 que reconocen la vida, libertad, seguridad e integridad de la persona, derecho de justicia y derecho a un proceso regular, los cuales están desarrollados y regulados por los art. 4 dignidad humana y titularidad de derechos, Art. 5 principios procesales, dentro de los cuales tan los principios de legalidad, favorabilidad, duda a favor del reo, igualdad, impugnación procesal, prohibición de auto incriminarse, empeorar la situación del procesado y del doble

conforme, intimidad, oralidad, concentración, contradicción, dirección judicial del proceso, impulso procesal, publicidad, inmediación, motivación, imparcialidad, objetividad; Art. 13 interpretación y Art. 527 flagrancia del COIP.

Por tolo lo antes explicado y motivado se deja establecido que aquel juez de garantías penales que realice una audiencia de calificación de flagrancia y haga interpretación extensiva a las normas penales y debido proceso penal, está socavando y trasgrediendo los mandatos Constitucionales, Convencionales y Legales. Es decir, se violentan los principios de seguridad jurídica, tutela judicial efectiva y coherencia y plenitud de todo el ordenamiento jurídico, por tal razón argumentada pido que aquellos jueces sean ejemplarmente disciplinados por vía de sanción por el Consejo de la Judicatura.

IX.- CONCLUSIONES

Los jueces de garantías penales de Babahoyo en las audiencias por flagrancias están calificando las mismas, al margen de lo principios de legalidad, retributividad, necesidad, lesividad, materialidad, culpabilidad, jurisdiccionalidad, acusatorio, carga de la prueba y contradictoriedad por la defensa o de refutación, los cuales están positivados en el Art. 13 y 529 COIP, es decir, fuera de los límites constitucionales y legales que

establece el mecanismo llamado constitucionalización del sistema penal, el cual es pleno y coherente con el esquema Estatal del Ecuador constitucional y derechos y justicia.

Los juzgadores al momento de calificar la flagrancia, lo hacen erróneamente del delito, porque lo correcto es del acto de aprehensión o detención del funcionario que lo realizó, pero a pesar de aquello, deben atender únicamente los requisitos o elementos constitutivos del delito flagrante determinado en el Art. 527 COIP, es decir, hacer una verdadera interpretación restrictiva de la ley penal y debido proceso penal.

Este accionar constituye un verdadero abuso del poder estatal frente a sus ciudadanos, porque no se están aplicando esos famosos límites o pesos o contra pesos determinados en los principios retributividad, legalidad, necesidad, lesividad, materialidad, culpabilidad, jurisdiccionalidad, acusatorio, carga de la prueba y contradictoriedad por la defensa o de refutación que constituyen la base fundamental del sistema penal moderno adaptado a nuestro ordenamiento jurídico llamado constitucionalización del sistema penal que tiene como finalidad la paz social de sus ciudadanos.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- Alexy, R. (2012). *Teoría de los Derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales .
- Aparicio, M. (2008). Derechos: enunciación y principios de aplicación. En R. Ávila, & A. y. Grijalva, *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva* (págs. 38-39). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos .
- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica*. Mexico D.F: Litorada S.A.
- Atienza, M. (2007a). Argumentación y Constitución . En J. Aguiló, & M. y. Atienza, *FRAGMENTOS PARA UNA TEORIA DE LA CONSTITUCIÓN* (pág. 114). Madrid, España: Iustel.
- Beristain, C. (2009). *Diálogos sobre la reparación: Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*. Quito: Ministerio de justicia y Derechos Humanos.
- Carvajal, P. (2008). *MANUAL PRÁCTICO DE DERECHO PENAL*. Ambato: Librería Jurídica Astrea.
- Ferrajoli, L. (2004). *EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA Y GARANTISMO*. Mexico D.F: Distribuciones Fontamara, S.A.
- García, J. (2013). El juzgamiento motivado de la Contravenciones en el Ordenamiento Jurídico Penal Ecuatoriano. *REVISTA ENSAYOS PENALES SALA PENAL*, 53.
- Gómez, E. (2005). EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA CÁRCEL. En T. S. Venezuela, *Ponencias del Congreso Internacional sobre Derecho Penal y Criminología* (pág. 208). Caracas: TSJ DEM.
- Merino, W. (2013). Constitucionalización del proceso penal: un viaje de la utopía a la realización de la dignidad. *Rendición de cuentas* , 81.
- Mir, S. (2003). *INTRODUCCIÓN A LAS BASES DEL DERECHO PENAL* . Montevideo: B de F Ltda.
- Palacios, F. (2008). Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales. De la Daseinsvorsorge al Sumak Kawsay. En R. Ávila, & A. y. Grijalva, *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriano del 2008 en perspectiva* (pág. 52 y 52). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos .
- Prieto, L. (2007). *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho* . Lima: PALESTRA-TEMIS.
- Ramirez, J. (1984). *Manual de Derecho Penal Español. Parte General*. Madrid-España: Ariel S.A.
- Sentencia N.- 001-10-SIN-CC, 0008-09IN Y 0011-09-IN (Corte Constitucional del Ecuador 18 de Marzo de 2010).
- Sentencia N.- 024-10-SEP-CC, 0182-09-EP (Corte Constitucional del Ecuador 3 de Junio de 2010).
- Storini, C. y. (2013). *La acción de protección en Ecuador: Realidad jurídica y social*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Yumbay, M. (2014). Delitos contra el Derecho a la igualdad. *REVISTA ENSAYOS PENALES SALA PENAL*, 47.

- Zaffaroni, E. (2009). *La pena como venganza razonable: Lectio doctoralis en Udine*. Udine-Italia: Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional .
- Zambrano, A. (2009). *Anteproyecto de Código de Garantías Penales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Zambrano, D. (2011). Democracia procedimental con enfoque intercultural: una asignatura pendiente para el Estado de derechos. En C. C. Ecuador, *Emancipación y transformación constitucional* (pág. 302). Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional .
- Zavala, J. (2011). Tutela Judicial Efectiva versus Eficacia de los Actos Administrativos . *PODUM*, 71-72.
- Zavala, Jorge; José, Zavala Jorge y Acosta. (2012a). *COMENTARIOS A LA LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL*. Guayaquil: Edilex S.A.

NORMAS JURIDICAS

- Asamblea. (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea. (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Cabanellas de torres, G. (2006). *Diccionario Jurídico Elemental* . Buenos Aires : Heliasta.
- Constituyente. (2008a). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Constituyente. (2008b). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

DATOS PERSONALES

ROBERTO CARLOS ROMERO DI LORENZO

C.C 1203928807

CORREO ELECTRONICO cheoo82@hotmail.com

TELÉFONO: 0998648478

DIRECCIÓN DOMICILIARIA: Babahoyo, en las calles 27 de Mayo entre 5 de Junio y García Moreno.