



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Maestría en Derecho Penal

“Proporcionalidad y pena en los delitos de robo: Cuenca 2014 - 2016”

Trabajo de titulación previo a la
obtención del título de Magíster en
Derecho Penal

Autor:

Ab. Ángel Guillermo Arias Inga

C.I. 0104025549

Director:

PhD. Julio Teodoro Verdugo Silva

C.I. 0301697280

Cuenca - Ecuador

01/08/2019



RESUMEN

El tema que se anhela abordar, consiste en el análisis de la proporcionalidad o no de la pena privativa de libertad impuesta en los delitos de robo con amenazas o violencias, cuando existe al menos una agravante no constitutiva de la infracción, para verificar hasta qué punto, dicha pena guarda sintonía con la Constitución.

Para ello, revisamos las actas de debate de la Constitución ecuatoriana de 2008 y del Código Orgánico Integral Penal (COIP) respecto a los temas que nos atañen. Luego, consideraremos los aportes doctrinarios vertidos sobre la proporcionalidad de las penas y el delito de robo. Para finalmente, estudiar las sentencias que sobre este delito, han emitido las juezas y jueces de la Unidad Penal del cantón Cuenca, en el período comprendido entre agosto de 2014 hasta julio de 2016; y, en el caso, de los operadores jurídicos que conocieron los casos estudiados, se les realizará unas entrevistas.

Este tópico, se enmarca dentro de la primera línea de investigación llamada Derecho Penal ecuatoriano, que hace parte de la sublínea Derecho Penal General, la cual contiene una sublínea más específica, denominada el principio de proporcionalidad de la pena.

Palabras claves: Constitución. Derecho penal. Pena. Proporcionalidad. Sentencia.



ABSTRACT

The research that I will cover, consists of the analysis of the proportionality or not of the custodial sentence imposed in the crimes of robbery with threats or violence, when there is at least an aggravating circumstance not constituting the infraction, in order to verify if the penalty imposed keeps harmony with the Constitution.

To do this, I will review the documents of the debate of the Ecuadorian Constitution of 2008 and the Código Organico Integral Penal (COIP) regarding the issues that concern us. Then, I will consider the doctrinal contributions that exist about the proportionality of sentences in relation to the crime of theft.

Finally, I will study the judgments handed down by the judges of the Criminal Unit of Cuenca, in the period from August 2014 to July 2016; and, in the case, of the legal operators that knew the cases studied, they will be interviewed.

This issue is derived from the first line of research called Ecuadorian Criminal Law, which is part of the subline General Criminal Law, which contains a more specific subline called the principle of proportionality of punishment.

Keywords: Constitution. Criminal law. Penalty. Proportionality. Sentence.



INDICE

RESUMEN.....	2
ABSTRACT.....	3
INDICE	4
CLÁUSULA DE LICENCIA Y AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL	6
CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL.....	7
DEDICATORIA	8
AGRADECIMIENTO.....	9
INTRODUCCIÓN	10
ACRÓNIMOS.....	12
CAPÍTULO I: POSICIONES DISCURSIVAS DEL CONSTITUYENTE Y DEL LEGISLADOR SOBRE EL DELITO Y LA PROPORCIONALIDAD	14
1. 1. El espíritu del constituyente sobre el delito y la proporcionalidad	14
1. 2. La postura del legislador, en la elaboración del COIP, respecto al delito y a la proporcionalidad.....	23
1. 3. Tendiendo puentes de encuentro y desencuentro: constituyente versus legislador	39
CAPÍTULO II: DELITO DE ROBO Y PROPORCIONALIDAD DE LA PENA: ASPECTOS DOGMÁTICOS Y NORMATIVOS (CONSTITUCIONALES Y LEGALES)	45
2. 1. Tipicidad del delito de robo con amenazas o violencias	45
2. 1. 1. Tipicidad objetiva.....	45
2. 1. 2. Tipicidad Subjetiva (Dolo).....	51
2. 1. 3. Tentativa y consumación	52
2. 2. Contenido del principio de proporcionalidad	53
2. 2. 1. Subprincipios de la proporcionalidad	54
2. 2. 2. Clases de proporcionalidad	56
2. 3. El Derecho Penal, el delito y la proporcionalidad de la pena desde el ámbito constitucional.....	57
2. 4. El Derecho Penal, el delito de robo y la proporcionalidad de la pena desde el punto de vista legal: con énfasis en el COIP	60



2. 5. Función del Derecho Penal, el delito de robo y la proporcionalidad de la pena: Constitución versus COIP	71
CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN LAS SENTENCIAS POR DELITOS DE ROBO DICTADAS POR LOS OPERADORES JURÍDICOS DE CUENCA: 2014-2016	74
3. 1. El derecho en acción	74
3. 2. Tipos de sentencias analizadas	78
3. 2. 1. Sentencias que se adecúan a la Constitución.....	78
3. 2. 2. Sentencias que comulgan con el COIP	79
3. 2. 3. Sentencias híbridas	86
3. 2. 4. Casos que acabaron en conciliación	92
3. 3. Argumentos a favor de aplicar una pena menor a la mínima prevista.....	94
3. 4. Argumentos en contra de aplicar una pena inferior de la mínima establecida para el tipo penal y el eventual delito de prevaricato	95
3. 5. Hallazgos.....	98
3. 6. Conclusiones.....	99
BIBLIOGRAFÍA.....	103
ANEXO 1.....	110
ANEXO 2.....	126
ANEXO 3.....	132



Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio
Institucional

Ángel Guillermo Arias Inga, en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación “Proporcionalidad y pena en los delitos de robo: Cuenca 2014-2016”, conforme el Art. 114 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el Repositorio Institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 01 de Agosto de 2019.


Ángel Guillermo Arias Inga
C. C. No. 0104025549



Cláusula de Propiedad Intelectual

Ángel Guillermo Arias Inga, autor del trabajo de titulación "Proporcionalidad y pena en los delitos de robo: Cuenca 2014-2016", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación, con de exclusiva responsabilidad de su autor.

Cuenca, 01 de Agosto de 2019.


Ángel Guillermo Arias Inga
C. C. No. 0104025549



DEDICATORIA

A **Dios** por ser el faro de mi vida.

Quiero dedicar el presente trabajo: a **mi esposa Gabriela**, por el amor desplegado y por su apoyo en todo momento. A **mi hija Alanis** y a **mi hijo Guillermo**, por vivir con ellos la mejor experiencia del universo: ser padre; y, por ser la continuación de mi vida. A **mi padre Guillermo** y a **mi madre Margarita**, porque a pesar de los años, me siguen animando en todos los planes emprendidos.



AGRADECIMIENTO

Al PhD Teodoro Verdugo Silva, ya que sin su guía, esta investigación no hubiera arribado a buen puerto; gracias por ser un excelente director y amigo, y enseñarnos que a pesar de los conocimientos adquiridos, podemos seguir siendo las mismas personas humildes de siempre.

A mi familia, porque mientras realizaba esta investigación, no pude estar con ellos; no obstante, todo sacrificio tiene su recompensa.

A mis amigas y amigos de la Fiscalía, pues sin su ánimo no hubiera culminado este trabajo.

A las juezas y jueces de la Unidad Judicial Penal del cantón Cuenca, que con sus entrevistas contribuyeron a que esta investigación no sea sólo descriptiva, sino que evidencie los problemas que genera la fría aplicación de la norma penal.



INTRODUCCIÓN

Considerando que el Derecho Penal no es sino una rama del Derecho Constitucional (Rodríguez F., 2018); la pregunta que responderemos en esta investigación es: ¿A partir de la vigencia del COIP, es proporcional la pena impuesta, por las juezas y jueces penales de Cuenca, en los delitos de robo, con amenazas o violencias, cuando hay al menos una agravante no constitutiva de la infracción?

Como hipótesis, planteamos que la sanción establecida y que ha sido adoptada por los operadores jurídicos de Cuenca, desde que se puso en vigencia del COIP (agosto de 2014) hasta julio de 2016, frente a los delitos de robo con amenazas o violencias, cuando existe al menos una circunstancia agravante no constitutiva de la infracción, no se justifica en términos de proporcionalidad y razonabilidad, más allá de la constatación formal de las categorías dogmáticas que integran la estructura del delito. Por ello, consideramos que esas penas son desproporcionales bajo el prisma de la Constitución.

Analizaremos desde una perspectiva constitucional, si existe proporcionalidad en las penas impuestas por los operadores jurídicos penales del cantón Cuenca, en los términos trazados. Aclarando, que si bien, el esquema de tesis, sólo trató el tema de las agravantes, sin embargo, cuando revisamos las sentencias, nos percatamos que las penas resultan desproporcionadas, además, cuando se aplicaba la reincidencia.

El tema se justifica porque en nuestra labor como Fiscales, hemos intervenido en varias audiencias de juicio, en las que por el robo de un objeto, con amenazas o violencias, donde hubo una agravante no constitutiva, se consiguieron sentencias de 9 años 4 meses. La necesidad de encarar esta investigación con suficiente rigurosidad surge a partir de la puesta en marcha del COIP que regula y establece esa pena.

En el primer capítulo, examinamos las actas de debate de la Constituyente de Montecristi, así como las actas de discusión del COIP, en relación a los temas que nos atañen: Derecho Penal, delito y proporcionalidad, aspiramos distinguir las posiciones discursivas que tuvo el constituyente y el legislador, mientras se elaboraban tales cuerpos normativos, para hallar puntos de encuentro y de desencuentro.

El segundo capítulo, iniciamos con doctrina respecto del delito de robo y de la proporcionalidad de la pena, para luego aterrizar en lo que dispone la Constitución y el



COIP, sobre estos aspectos; para finalmente, encontrar semejanzas y diferencias, concluyendo *a priori*, que existe un total divorcio entre la Constitución y el COIP.

En el tercer capítulo, se estudian todas sentencias emitidas por los operadores jurídicos, es decir, vemos el derecho en acción, para determinar la proporcionalidad o no de la pena, en tales decisiones.

Para abordar el tema empleamos el material normativo y documental que existe sobre el principio de proporcionalidad. Se analizarán primordialmente las fuentes jurídicas directas: Constitución, Código Penal (CP), COIP y doctrina; esto es, las formas en que se expresa materialmente el Derecho; asimismo, se examinará el diario de debates de la Constitución de 2008 y del COIP.

Acudimos al análisis de casos, para observar los hechos que planteamos. Revisamos las decisiones emitidas por las juezas y jueces de la Unidad Penal del cantón Cuenca, en las que se sentenciaron a personas por robo, cometidos con amenazas o violencias, a una pena privativa de libertad de 9 años 4 meses.

Finalmente, realizamos entrevistas a dos juezas y a seis jueces de la Unidad Judicial Penal de Cuenca (UJPC) a fin de que, en su experiencia como operadores jurisdiccionales, nos indiquen si, a juicio de ellos, la pena establecida en el caso del delito de robo es o no proporcional; diálogo que se lo hizo cuando se tuvo suficientes elementos teóricos sobre el tópico.



ACRÓNIMOS

AC: Asamblea Constituyente.

ACOGP: Anteproyecto Código Orgánico de Garantías Penales.

AN: Asamblea Nacional.

AVANZA: Movimiento Avanza.

CAL: Consejo de Administración Legislativa.

CC: Corte Constitucional.

CCE: Código Civil ecuatoriano.

CEJEE: Comisión Especializada de Justicia y Estructura del Estado.

CERRNV: Comisión Especial de Revisión y Redacción de la Nueva Constitución.

CNJ: Corte Nacional de Justicia.

CJ: Consejo de la Judicatura.

COFJ: Código Orgánico de la Función Judicial.

COIP: Código Orgánico Integral Penal.

CONESUP: Consejo Nacional de Educación Superior.

COÑA: Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

CP: Código Penal ecuatoriano.

CREO: Movimiento Creando Oportunidades.

DRAE: Diccionario de la Real Academia Española.



Universidad de Cuenca

LOGJCC: Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

ID: Izquierda Democrática.

PAIS: Movimiento Patria Activa I Soberana.

PSC: Partido Social Cristiano.

PSP: Partido Sociedad Patriótica.

PRE: Partido Roldosista Ecuatoriano.

PRIAN: Partido Renovador Institucional Acción Nacional.

UJPC: Unidad Judicial Penal de Cuenca.



CAPÍTULO I: POSICIONES DISCURSIVAS DEL CONSTITUYENTE Y DEL LEGISLADOR SOBRE EL DELITO Y LA PROPORCIONALIDAD

1. 1. El espíritu del constituyente sobre el delito y la proporcionalidad

El 29 de noviembre de 2007, en Montecristi, se instaló la Asamblea Constituyente (AC) que emitió su Reglamento de Funcionamiento. El Pleno compuesto por los 130 asambleístas, era el máximo órgano decisorio de aquella. El quórum para su instalación y funcionamiento, estaba conformado por la mitad más uno de sus integrantes, es decir, 66. Esto supone que, así sólo hubiesen ido los constituyentes del movimiento Patria Altiva I Soberana (PAIS) la Asamblea funcionaría normalmente, y así se hubieran retirado los opositores, las labores de la AC no se hubieran suspendido.

La AC se dividió en 10 mesas: **1)** Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales; **2)** Organización, Participación Social y Ciudadana, y Sistemas de Representación; **3)** Estructura e Instituciones del Estado; **4)** Ordenamiento Territorial y Asignación de Competencias; **5)** Recursos Naturales y Biodiversidad; **6)** Trabajo, Producción e Inclusión Social; **7)** Régimen de Desarrollo; **8)** Justicia y Lucha contra la Corrupción; **9)** Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración Latinoamericana; y, **10)** Legislación y Fiscalización.

Las decisiones internas de las mesas se tomaban por mayoría absoluta. Cada mesa debía elaborar y aprobar la propuesta de articulado sobre los temas asignados. Al informe de mayoría, podía acompañarse uno o varios informes de minoría, en los cuales tenían que constar el articulado distinto que proponían, así como los razonamientos de su desacuerdo con el informe de mayoría. En todo caso, el informe de mayoría y el de minoría, se ponían en conocimiento del pleno, para el debate pertinente.

Cuando los informes pasaban al Pleno, primero se leía el informe de mayoría y luego el o los informes de minoría. Posteriormente, los asambleístas que deseaban intervenir, lo hacían. Después de la discusión en la Asamblea, la Secretaría enviaba a la mesa, las reflexiones aportadas en el debate. La Mesa examinaba las observaciones y preparaba el o los informes y articulados para la discusión definitiva en el Pleno.



Antes del debate en el Pleno, los informes se enviaban a la Presidencia de la AC para su inclusión en el orden del día. Previo a la discusión, la Presidencia distribuía los informes a todos los asambleístas. El día del debate se presentaba el asambleísta ponente del informe de mayoría. Si se presentaban, observaciones al contenido del informe, el ponente podría hacer uso de la réplica. A continuación, si el Presidente de la AC consideraba que el informe de mayoría había sido debatido de forma suficiente, disponía su votación, ya sea por el contenido del informe, o artículo por artículo. Si el informe de mayoría, obtenía el respaldo de la mayoría absoluta de los asambleístas se consideraba aprobado. De haber, informe de minoría, éste ya no era debatido.

En relación al delito, no hubo discusión en el seno de la AC, ya que la concepción adoptada de aquel, se debate cuando se elabora la ley penal. Únicamente, ante el Pleno, Edison Narváez (PAIS) el 16 de mayo de 2008, sostuvo que la consumación del delito, se debe a causas exógenas, es decir, atribuibles a la sociedad en la que se desenvuelva la persona. En este aspecto, sostenía que el delito provenía:

[...] De otros países vecinos, [...] como Colombia y Perú, en donde los delincuentes consideran a nuestro país como un paraíso judicial, en el que rara vez se aplican las penas acumulativas por los varios delitos que se cometen en un solo hecho criminal [...]. (Acta 50A: 66).

De lo dicho, se puede ver que, para tal asambleísta, el fenómeno criminal se relaciona con los extranjeros, que vienen a habitar nuestro país, por eso, los delitos aumentan, así “los desconocidos, equiparados a los inmigrantes de países limítrofes, funcionan como una matriz explicativa de una serie de hechos negativos: el delito” (Kessler, 2009: 114). El criterio del asambleísta se basa en la teoría criminológica de la desorganización social, que tiene como su representante a la Escuela de Chicago.

La proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones, se la incluyó dentro de las garantías al debido proceso, al igual que en la Constitución de 1998. La proporcionalidad fue debatida al interior de las mesas No. 01 y 10. Aparte, de tratarse en las referidas mesas, el 15 de enero de 2008, Rafael Correa, en el Pleno de la AC, respecto a la desproporcionalidad que había entre la sanción y la infracción, manifestó



que para llevar a cabo aquello, se necesitaba de un organismo encargado de generar una verdadera política criminal, por eso, decía que era ineludible:

[...] reformar el Código de Procedimiento Penal, el Código Penal, que revise leyes que no tienen relación entre la pena y el delito, como la Ley Antidrogas, donde a cualquiera por veinte gramos de droga le mandan ocho, diez, doce, dieciséis años a la cárcel, no hace diferencia entre mulas, entre consumidor o entre traficantes. [...] (Acta 16: 71).

Como se observa ya desde un primer momento, el Ejecutivo, estaba consciente del respeto a la proporcionalidad, lo cual le iba a servir como punta de lanza, para que se den los indultos en la AC.

La Presidenta de la Mesa No. 01, María Molina (PAIS) en su intervención del 15 de mayo de 2008, cuando se debatían los derechos civiles y de libertad, sostuvo que:

[...] Además de las amplias garantías ya reconocidas en la Constitución del noventa y ocho, se dan algunos avances sustanciales, como el detalle específico del derecho a la defensa. [...] (Acta 50: 41).

El 16 de mayo de 2008, la Mesa No. 01 presentó el informe de mayoría para primer debate en el Pleno, sin que haya informe de minoría. Sobre el debido proceso y a la proporcionalidad, tal informe establecía que:

[...] Para asegurar el debido proceso, en todo caso y materia deben observarse las siguientes garantías. [...] d) Las leyes establecerán la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza sancionadora. Determinarán también sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad, de conformidad con las circunstancias de cada caso, la personalidad del infractor y la reinserción social del sentenciado. [...] (Acta 50A: 33, 34).

Sí comparamos la disposición del informe de mayoría, con el Art. 24 numeral 3) de la Constitución de 1998, y el Art. 25 numeral 3) del Proyecto de Constitución elaborado por juristas elegidos por el Consejo Nacional de Educación Superior



(CONESUP) vemos semejanzas: **a)** la proporcionalidad es parte del debido proceso; **b)** se norma en iguales términos; **c)** la primera parte de la regulación de la proporcionalidad es correcta, no así la segunda, porque termina mezclada con la privación de libertad, como recurso de *última ratio* para las personas en conflicto con la ley penal.

La proporcionalidad, forma parte del debido proceso, entendido éste como un derecho constitucional que rige para todas las materias. Es el derecho que verifica que en todo proceso se garanticen los derechos constitucionales y los establecidos por los instrumentos internacionales, para quienes son los presuntos responsables, hablamos de presuntos, debido al estado de inocencia que les cobija.

El 16 de mayo de 2008, día en que se debatía este informe de mayoría, Sergio Chacón del Partido Sociedad Patriótica (PSP) en torno a la proporcionalidad, sostenía:

[...] La proporcionalidad entre infracciones y sanciones, que es un mensaje claro a todos los órganos legislativos que se constituyan en el futuro, en el sentido de que deben mirar y observar atentamente el tipo de infracción, para acorde con la gravedad de las mismas, implantar una sanción correspondiente y no establecer una legislación como ha ocurrido en el pasado, que se priorizan ciertas faltas que, en realidad, no causan ningún tipo de alarma social, como el narcotráfico, por ejemplo, que ha sido un delito reprimido severamente, sin considerar ni la cantidad de sustancias traficadas, da lo mismo en este país, la sanción es similar tanto para la persona que lleva diez gramos, como para aquella que transporta diez mil toneladas. Definitivamente, aquí tiene que haber una racionalización entre infracciones y sanciones. [...] (Acta 50A: 45).

La proporcionalidad que debe haber entre sanción e infracción, no suscitó mayor debate, el día que se discutió el informe de mayoría, pues todos consideraban, que el legislador debía respetar aquella al momento de establecer las penas.

Después de haber sido recogidas las observaciones pertinentes, el 18 de junio de 2008, fue discutido en segundo debate, el informe de mayoría presentado por la Mesa No. 01, sin que haya habido informe de minoría. Aquel informe, en torno al debido proceso y a la proporcionalidad, mantuvo la misma redacción del informe presentado el 16 de mayo de 2008, lo único, es que se reafirma que “el texto relativo al debido



proceso aprobado por la Mesa, mantiene la obligatoriedad, de que en todo proceso, no sólo judicial, se respete un conjunto de garantías que aseguren la correcta administración de justicia” (Acta 064, 17 junio 2008: 127). Como se verifica, se mantuvo las garantías del derecho fundamental al debido proceso en un solo artículo.

El 24 de junio de 2008, una vez que el Presidente de la Asamblea, estableció que estaba profundamente debatido el debido proceso y la proporcionalidad, este artículo fue sometido a votación, recibiendo ochenta y nueve votos afirmativos, cero negativos, tres blancos, tres abstenciones (Acta 067: 184). Lo anterior devela, que todos los constituyentes, estuvieron de acuerdo en la constitucionalización de la proporcionalidad.

Aunque, el artículo donde figuraba la proporcionalidad, fue aprobado, no se dejó de seguir discutiendo sobre ella. Así, Amanda Arboleda (PAIS) en el Pleno, decía que:

[...] El endurecimiento de las penas no solucionará el problema de violencia.
[...] (Acta 75, 04 julio 2008: 64).

En idéntica línea, Marisol Peñafiel (PAIS) ante el Pleno, sostuvo:

[...] Hemos vivenciado [...] procesos de cómo la pobreza es sinónimo de persecución, y cómo hombres y mujeres al interior de las cárceles del país son víctimas de la desproporcionalidad de la aplicación de las penas. Es lo mismo robar millones de millones de dólares al pueblo ecuatoriano, con aquellos de cuello blanco, así como también para esta justicia inequívoca es lo mismo que ciudadanas y ciudadanos por la tenencia y servir de mulas de treinta gramos de droga, paguen las mismas penas. Esa desproporcionalidad de la pena creo que es la que debemos cambiar [...] (Acta 76, 04 julio 2008: 153).

Al hablar de la desproporción entre las infracciones y las sanciones, relacionado al tema de las drogas, el 04 de julio de 2008, Fernando López (PAIS) para generar una mayor persuasión frente al Pleno, trajo a colación algunos ejemplos que evidenciaban, esa desproporcionalidad. Así expresaba:

[...] Yo voy a demostrar [...] que esta Ley de Estupefacientes, realmente es una ley desproporcionada, entre la cantidad de la droga versus al castigo. [...] Caso



número uno, María Antonieta Enríquez y Gloria Amparo Chuga, detenidas [...] con veinticinco gramos de marihuana, y una planta de marihuana, con un peso bruto de ciento sesenta gramos, dicha planta fue pesada con tierra y maseta; Condena, ocho años de reclusión. Costo de veinticinco gramos de marihuana en el mercado, diez dólares. Si esto hubiese pasado en el caso de los grandes narcotraficantes de toneladas de drogas, en donde en el mercado tenía un precio, tiene un precio de miles y millones de dólares, hubiese significado igual condena, ocho años. Caso segundo, Luis Alfonso Valencia Ramírez, veinte gramos de marihuana, dos gramos de base de cocaína; condena ocho años de reclusión. Caso tres, Wilfrido Moreno Imbañez, setenta gramos; ocho años de reclusión. [...] No hay proporcionalidad entre la cantidad de droga versus a la sanción penal [...] (Acta 76: 198, 199).

Algo digno de resaltar de la intervención de Marisol Peñafiel, es que el tópico de las desproporcionalidad, no la liga sólo a las drogas, sino que abre la puerta, a que la discordancia de las penas pueda darse en los delitos contra la propiedad y los compara con los ilícitos contra la administración pública, esto cuando sostuvo “no es lo mismo robar millones de dólares al pueblo ecuatoriano”, criterio que engloba el hecho, de que no es igual robar un celular, que sustraerse un millón de dólares, y peor si es capital público. La intervención de Fernando López, nos llega, pues el Derecho Penal es casuístico, cuando se aplica la fría norma penal, tal vez no lo percibimos, pero, cuando se habla de personas de carne y hueso, el asunto cambia. Finalmente, tenemos que los tres asambleístas que hablaron de proporcionalidad, fueron de PAIS, lo que devela que a pesar de que pudieron existir discrepancias internas, empero, en este punto, todos coincidían en combatir la desproporcionalidad.

En la mesa 10, se habló de proporcionalidad, pero para viabilizar los indultos por motivos humanitarios, a las personas condenadas por drogas u otros delitos.

El 10 de marzo de 2008, Fernando Vega (PAIS) Presidente de la Mesa No. 08, mientras se lidiaban los indultos, precisaba en el Pleno:

[...] Hemos constatado que las cárceles ecuatorianas están llenas de gente pobre.

[...] Están pagando penas a veces desproporcionadas, como el caso de un



ciudadano que por doce gramos de droga está pagando doce años de cárcel. [...] (Acta 26: 74).

De igual forma, María Paula Romo (PAIS) exteriorizó que:

[...] En el país, en algún momento se pensó que mientras dura era la sanción, eso podría ayudar a evitar accidentes, y es todo lo contrario, las sanciones desproporcionadas solamente favorecen la corrupción y el chantaje [...] (Acta 95, 24 julio 2008: 94).

A pesar de ello, la postura de conceder el indulto a las personas que llevaban cantidades mínimas, no fue unánime, así Rafael Esteves (PSP) indicó que:

[...] Si hay violación de derechos humanos en las cárceles, hay que sancionar a esos violadores, hay que reacondicionar la situación de los presos en las cárceles; más no rebajarles las penas tan rápidamente, no se puede hacer esto, porque se pone en peligro a la sociedad misma, porque podemos poner en las calles a personas que están cumpliendo una pena, que no se han rehabilitado y ponen en peligro a la sociedad. [...] (Acta 93, 22 julio 2008: 18).

María Paula Romo, fue Vicepresidenta de la Mesa No. 10, mesa que trató el indulto a las mulas del narcotráfico. Así, el 04 de julio de 2008, la AC, perdonó a quienes habían transportado hasta 2000 gramos de cualquier droga ilícita, que fueron condenados bajo la vigencia de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Este indulto benefició a 2223 personas (Paladines, 2016). Esta decisión de política criminal, que tenía como fin combatir el hacinamiento en nuestras cárceles, se enmarcó dentro del discurso de Rafael Correa, que decía que no existía proporcionalidad entre el daño causado y la pena impuesta, pues habían personas que por haber sido encontrados en posesión de pocos gramos de droga, fueron condenadas a ocho años, ya que la ley de drogas, no consideraba la cantidad de droga encontrada en posesión de las personas. Sin embargo, había assembleístas como Esteves, que no quería que les rebajen las penas, porque según él, si es que salían antes de tiempo, ponían en peligro a la colectividad, cuando se sabe que así sea que cumplan toda la pena, la cárcel no rehabilita.



Lo expuesto, hace relación a que el Estado puede violar derechos constitucionales, cuando se contravienen los postulados de la Constitución, sobretodo, cuando se tiene normativa que no guarda la proporcionalidad entre infracción y sanción.

Finalmente, en otra de las discusiones ante el Pleno, se discutía sobre la adopción de la cadena perpetua. Por ejemplo, César Gracia del Partido Roldosista Ecuatoriano (PRE), Integrante de la Mesa No. 08, el 15 de mayo de 2008, sostenía que si bien estaba en contra de la pena de muerte, puesto que, desde la Constitución de 1906 aquella estaba proscrita, empero, no veía con malos ojos, la inclusión de la cadena perpetua, castigo que rompe el principio de proporcionalidad. En tal sentido, el mentado constituyente, expresaba:

[...] Pero ¿por qué no va a haber cadena perpetua, colegas asambleístas? Ustedes creen, acaso que no hay un escenario delincencial al momento que amerita también proteger la vida de los presentes, de los trece millones de ecuatorianos que ya han nacido, ¿acaso porque no pensamos también en ese tipo de protección? [...] (Acta 50: 118).

El 16 de mayo de 2008, Antonio Lara (PAIS), en torno a la pena de muerte, dijo:

[...] Incluir la cadena perpetua, significaría correr el riesgo de que a través de ese mecanismo constitucional, se persiguiera a los líderes, a los dirigentes populares, sociales, sindicales, a través de cualquier instrumento falso, como acusarlo de terrorismo, acusarlo de narcotraficante. [...] (Acta 50A: 118).

César Gracia, viniendo del PRE, es lógico que viera con buenos ojos la instauración de penas draconianas. También, sostenía el asambleísta que la cadena perpetua, a más de ser una sanción, es un escudo para la ciudadanía. Desde esta óptica, concibe a la pena como una retribución, es decir, que frente al delito, se debe irrogar un daño, que es la pena. Por fortuna, el tema de la cadena perpetua, no tuvo asidero en la AC. La cadena perpetua, es una especie de muerte en vida, imaginémosnos alguien que sea sentenciado a cadena perpetua, con una sanción así, se habría cercenado su vida.

Al haberse agotado la discusión de todos los contenidos de la nueva Constitución, el proyecto fue remitido a los integrantes de la Comisión Especial de



Revisión y Redacción de la Nueva Constitución (CERRNV) quienes verificarían la composición de las disposiciones constitucionales, su organización y eliminación, en caso de duplicidad de temas, etc. En términos generales, la Comisión respetó lo más que pudo la secuencia de títulos y secciones que constaban en el índice original. Sin embargo, formuló una clasificación distinta de los derechos, que no alteró en esencia el contenido que aprobó el constituyente. La Comisión dividió los derechos en 7 categorías, siendo la número 7, los derechos de protección, entendidos como la “herramienta para remover los obstáculos que se presentan cuando los demás derechos son ejercidos” (Trujillo & Ávila, 2008: 84), dentro de los cuales, estaban el debido proceso, la seguridad jurídica y la protección judicial (Acta 096, 24 julio 2008: 197).

Quedando la redacción sobre la proporcionalidad de la siguiente forma:

[...] Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías: 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza [...] (Acta 096, 24 julio 2008: 229).

El debido proceso fue dividido en dos artículos, el 76 se refiere a las garantías del debido proceso en todo trámite; en cambio, el 77 alude a las garantías de aquel en el proceso penal. La separación del debido proceso, en dos artículos, fue invención de la CERRNV, aprobada el 24 de julio de 2008, con 94 votos afirmativos, 32 negativos, 0 blancos, 0 abstenciones (Acta 96: 376), viendo la luz la nueva Constitución. La separación del debido proceso es buena, pues así “se aclaran los elementos del debido proceso en cada caso. Por ejemplo, no es lo mismo el derecho a la defensa en un proceso penal cuando hay privación de la libertad, que el derecho a ser escuchado en un procedimiento administrativo en una escuela” (Trujillo & Ávila, 2008: 84).

Como se podrá verificar, además fue borrada de la disposición de la proporcionalidad, la segunda parte referente a la adopción de salidas alternativas a la privación de la libertad, la cual se puso en el Art. 77 numeral 11 de la Constitución.

En la AC, hubo dos posturas bien marcadas, respecto a la forma de Derecho Penal que se quería para el Ecuador. En la una orilla, estaban los que defendían un



Derecho Penal garantista, bloque compuesto por el Presidente Correa, los asambleístas de PAIS y uno del PSP, que defendían la proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones, el no endurecimiento de las penas y la proscripción de la pena de muerte. Del otro lado, aunque en minoría, estaban un constituyente del PSP que exigía el aumento de las penas, sin importarle la proporcionalidad, y otro dignatario del PRE que pedía la adopción de la cadena perpetua sabiendo que es una sanción exageradísima.

1. 2. La postura del legislador, en la elaboración del COIP, respecto al delito y a la proporcionalidad

Con la Constitución en vigencia, era ineludible dictar un nuevo ordenamiento penal, que esté a tono con los postulados constitucionales, pues el Derecho Penal no es sino el Derecho Constitucional aplicado (Cote-B, 2008). En tal virtud, se convocaron a elecciones; así, el 26 de abril de 2009, los ecuatorianos, debíamos escoger 124 asambleístas: 103 provinciales, 15 nacionales y 6 por los ecuatorianos domiciliados en el exterior. De los puestos en disputa, PAIS, fue el movimiento que más asambleístas alcanzó, con 59 (47,58%), el siguiente partido, fue Sociedad Patriótica (PSP), que obtuvo 19 escaños (15%). Sí a esto le sumamos, que PAIS, contaba con un colegislador —presidente Rafael Correa—, entonces vemos que en la Legislatura, debería imponerse el pensamiento de PAIS, en las leyes que se dictaban, *verbigracia*, en el ámbito penal.

En Ecuador, existe la figura de la iniciativa popular normativa —potestad para presentar proyectos de ley—, que entre otros, la tiene el Presidente de la República (Art. 134 numeral 2). En base a ello, Rafael Correa, el 13 de octubre de 2011, remitió el proyecto de Ley Código Orgánico Integral Penal (COIP) trabajado en el Ministerio de Justicia, para que se debata en la Asamblea Nacional (AN), pues a juicio del Presidente, la normativa penal que regía era anacrónica, por lo cual, era ineludible, la aprobación de un Código Penal, que fusione las partes: sustantiva, adjetiva y ejecutiva del Derecho Penal. El proyecto tenía 1084 artículos y estaba dividido en cuatro libros.

Sobre el delito, el Art. 5 del proyecto, definía a la infracción penal, como aquel acto imputable sancionado por la ley, una definición incompleta, porque aparte de la culpabilidad, existen otras categorías dogmáticas que acompañan a la infracción penal, por ejemplo: la tipicidad (descripción de la conducta en la ley) y la antijuridicidad



(transgresión al ordenamiento jurídico). En el Art. 7, si bien el título decía, relación de causalidad, lo que podría dar a entender, que precisaba la adscripción material de una acción a una persona (Prieto, 2011), es decir, el nexo entre la infracción y la atribución de aquella a alguien, sin embargo, se refería a la definición de la preterintencionalidad, esto supone, que el título de la disposición no se correspondía con su contenido.

Las infracciones penales, pueden ser dolosas o culposas. En cuanto al dolo, el proyecto indicaba que es el designio de causar daño, definición anacrónica, que traslada el concepto civilista del dolo al campo penal. La irrogación de un daño, sólo cubre el dolo directo o de primer grado, pero deja de lado al dolo de consecuencias necesarias y al dolo eventual (Zambrano, 2017), ya que como veremos el concepto actual de dolo, va en otro sentido. Mientras que, a la culpa, la definía como la conducta del agente, que pudiendo ser prevista, pero no querida, se ejecuta por falta de negligencia, imprudencia e impericia o inobservancia de la normativa; en este último aspecto, no se mencionaba a la violación al deber objetivo de cuidado, concepto más actual, y que engloba las cuatro formas descritas arriba, en que puede manifestarse la culpa.

Asimismo, el proyecto, contemplaba el error de tipo y el error de prohibición. Mientras, el error de tipo alude a los casos en que el sujeto realiza los elementos objetivos de un tipo penal, pero desconociendo la realización de alguno de ellos. En cambio, el error de prohibición, recae sobre el desconocimiento de la ilicitud de la conducta. En resumen, actúa con error de tipo quien no es consciente de lo que hace, y procede con error de prohibición, quien sí es consciente de lo que hace, pero no sabe que está actuando de forma ilícita (Moreno, 2015).

En lo que tiene ver con la proporcionalidad, en la parte de los justificativos, el proyecto, prescribía que se aplicaría el principio de proporcionalidad de la pena en relación directa con el ilícito cometido, incluso decía que de haber tipos penales desproporcionados, el efecto sería la declaratoria de inconstitucionalidad (página 21). Además, dentro del Libro II que regulaba el procedimiento, estaba la sección primera, titulada derechos de la persona procesada, entre los que, constaba en el Art. 451 el debido proceso, que en su numeral 9) rotulado proporcionalidad, instituía que “las penas serán proporcionadas a la infracción penal”. Lo cual se relacionaba con el discurso del presidente Correa, que ya en la AC, concedió el indulto a las mulas del narcotráfico.



El 18 de octubre de 2011, el Consejo de Administración Legislativa (CAL) calificó este proyecto y remitió a la Comisión Especializada de Justicia y Estructura del Estado (CEJEE). En tal fecha, la CEJEE contaba con 11 asambleístas: Mauro Andino, Rosana Alvarado, Gina Godoy, Mariangel Muñoz, Marisol Peñafiel, María Paula Romo, Xavier Tomalá (PAIS), Henry Cuji, (independiente de Pastaza), César Gracia (PRE), Luis Almeida (PSP) y Vicente Taiano del Partido Renovador Institucional Acción Nacional (PRIAN). El presidente era Mauro Andino y el vicepresidente Henry Cuji, quienes fueron elegidos hasta mayo de 2013.

El 19 de octubre de 2011, el Presidente de la CEJEE, exteriorizó que “a partir de este día comienzan a correr los plazos constitucionales y legales para socializar, debatir, analizar el proyecto y procesar el informe para primer debate” (Sesión 87: 2).

Se conformaron tres subcomisiones: **a)** Libro I, llamado de la infracción penal, integrado por Mauro Andino (coordinador), Mariangel Muñoz, Luis Almeida y Marisol Peñafiel; **b)** Libro II, denominado del procedimiento, compuesto por Gina Godoy (coordinadora), Rosana Alvarado, Vicente Taiano y César Gracia; y, **c)** Libro III, designado como de ejecución y medidas socio educativas, integrado por Xavier Tomalá (coordinador), Henry Cuji y María Paula Romo.

En lo atinente al delito, no se dieron discusiones a la interna de la subcomisión encargada de tratar el Libro I. En cambio, con relación a la proporcionalidad, si se generaron algunos planteamientos, aunque no precisamente, de los asambleístas.

Ramiro García Falconí, invitado por la AN, al referirse al proyecto COIP, enunciaba “se debe incorporar adecuadamente el principio de proporcionalidad de las penas” (Sesión 89, 08 noviembre 2011: 6). En igual sentido, Galo Chiriboga, Fiscal General, sostuvo que era forzoso: “efectuar una revisión de la proporcionalidad de las penas, para que vayan acorde con la infracción y los bienes jurídicos lesionados” (Sesión 109, 27 febrero 2012: 3). De la misma forma, el delegado del Fiscal General, José García Falconí, abogaba por la instauración del principio de proporcionalidad, indicando que para el tiempo de las penas, se debía apreciar el bien jurídico afectado, y en función de ello, aplicar la dosimetría penal (Sesión 119, 18 abril 2012: 8). En este aspecto, vemos que la proporcionalidad, va de la mano del principio de lesividad y de la



dosimetría penal, criterios que el legislador debió considerar al momento de establecer la pena respectiva para cada delito.

La CEJEE, luego de debatir el proyecto COIP en 38 sesiones, haber procesado 184 recomendaciones y textos alternativos, el 14 de junio de 2012, presentó el informe para primer debate, con la finalidad de que el proyecto, sea discutido en el seno de la AN. En el informe, una de las cosas más destacadas, que aunque no guarden relación con el objeto de estudio, fue la exclusión del proyecto presentado por Rafael Correa, de la responsabilidad penal de los adolescentes infractores, esto implicó, que el proyecto quedó compuesto por un libro preliminar y 3 libros, éstos últimos, correspondientes a la parte penal: sustantiva, adjetiva y ejecutiva, respectivamente.

En relación al delito, el proyecto para primer debate, definió a la infracción penal, como la conducta típica, antijurídica y culpable (Art. 20), siendo un concepto completo, que fue acuñado por Von Liszt y Belling (Agudelo, 1994). Asimismo, no consideró la categoría punibilidad, puesto que ésta es una consecuencia del delito. Además, el proyecto nos hablaba de la conducta penalmente relevante, es decir, que para que una conducta sea considerada por el Derecho Penal, debe producir resultados, daños externos, descriptibles y verificables, esto hace parte del concepto social de acción, esto implica, que la acción que interesa al Derecho Penal es “un comportamiento humano socialmente relevante” (Agudelo, 1994: 77).

Aparte, se reveló que nadie podía ser sancionado por cuestiones de peligrosidad o características personales, con lo cual, en teoría, se proscribía el Derecho Penal de autor y se legislaba en función del Derecho Penal de acto. Esta última afirmación hace parte de uno de los postulados de la corriente garantista, para la cual, no hay personalidades criminales o peligrosas *per se*, tales como: la reincidencia, inmoralidad, sino sólo hechos tipificados como delitos por una norma penal, y éstos son los que deben ser probados en el juicio penal (Prieto, 2011).

En torno al dolo, la definición ya no se limita a decir que es la intención de irrogar daño, sino que da un concepto más actual (Agudelo, 1994), cuando sostiene que la persona actúa con dolo cuando conociendo los elementos objetivos del tipo quiere efectuar la conducta (Art. 27), en este concepto, constan los elementos cognitivo y



volitivo del dolo. Bajo este criterio, actúa dolosamente quien “sabe que está realizando los elementos del tipo penal y quiere hacerlo” (Moreno, 2015: 118).

En lo que respecta a la culpa, el informe, nos habla de que actúa con culpa la persona que transgrede el deber objetivo de cuidado, pero vuelve a redundar los términos por “imprudencia, negligencia o impericia”, que son una especie del género deber objetivo de cuidado. Algo digno de destacarse, es que se establece que la infracción culposa será punible, cuando esté prevista en la infracción como ley, así no hay tipos culposos, más que los referidos expresamente en el Código Penal, siendo atípica la conducta imprudente no tipificada como infracción penal. Así por ejemplo, no es típica la conducta de dañar un bien ajeno por imprudencia.

En el Art. 30 del informe para primer debate, se mantiene el error de tipo, aunque se lo divide, para una mejor redacción, y se enuncia, cuáles son los efectos del error cuando es invencible o vencible. En el primer caso, no hay infracción, y en el segundo, la infracción es culposa, que son los mismos efectos establecidos por la doctrina (Meini, 2015). Se agrega que, el error de tipo, no puede ser alegado en los delitos contra la inviolabilidad de la vida y delitos contra la integridad sexual. Lo que no se concebía del Art. 30, es porque el error de tipo no podía aplicarse a los delitos que quebranten la vida y la indemnidad sexual, cuando justamente un ejemplo de error de tipo, ocurre cuando la persona mata a otra sin saber que es su padre, aquella no comete parricidio, porque le falta el elemento objetivo, que es matar sabiendo que existe la relación filial (Donoso, 2007). La exclusión del error de tipo en tales delitos, abre la puerta de un trato discriminatorio a los sujetos activos de esos delitos.

En cuanto, al error de prohibición, su definición consta en el Art. 37 del informe, la cual es mucho más técnica que la del proyecto del Presidente Correa, pues se habla de que este tipo de error, ocurre cuando la persona no comprende la ilicitud de la conducta, y los efectos, dependen si es invencible o vencible, cuando es invencible no se le puede atribuir la conducta, y si es vencible se aplica la pena mínima prevista para este caso, esto es, que se “atenúa la culpabilidad del sujeto, el reproche penal y, en consecuencia, la pena” (Meini, 2015: 294) y no es que la infracción se hace culposa, como se sostenía erróneamente, en el proyecto enviado por el Presidente Correa.



En la parte de los considerandos, el informe para primer debate, decía que el principio de proporcionalidad tiene rango constitucional, que alude a la relación entre la gravedad de la infracción y la pena, que para cristalizar aquel principio, se deben usar técnicas de contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses, según las circunstancias del caso. También, se habla de una proporcionalidad abstracta, esto es, aquella que el legislador fija al determinar la pena para cada delito. En este punto, se acogió el criterio del Dr. José García, pues el informe, establecía que para conseguir la proporcionalidad, era necesario reflexionar sobre parámetros de dosimetría penal.

En línea con lo anterior, el informe enseñaba que para lograr una pena proporcional, se debían meditar algunos criterios como: la relevancia del bien jurídico protegido, su grado de vulnerabilidad, el grado de conmoción social, situaciones de riesgo para la comunidad, la vulnerabilidad del sujeto pasivo, entre otros. Además, el Art. 1 del informe, dentro de las finalidades, determinaba en su numeral 4), el juzgamiento a las personas con estricta observancia del debido proceso y de ser el caso, sancionarlas penalmente de forma proporcional. Otra disposición del informe, que se refería a la proporcionalidad, era el Art. 56, que prescribía que la pena tiene que ser proporcional al daño provocado.

En este punto, se debe mencionar que la Asambleísta María Paula Romo, presentó un informe de minoría para primer debate, porque sostuvo que en el proyecto de mayoría, no se ha hecho un esfuerzo serio, respecto a que las penas sean organizadas, coherentes y se correspondan con la gravedad del acto determinado. Para corroborar su aseveración, dio dos ejemplos, el primero de que como era posible que a una persona por edificar un inmueble sin los permisos, se le dé la misma pena, que a una persona que tortura, cuando la tortura, si es que se la comete como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, es vista como crimen de lesa humanidad, también ponía el caso de como el testaferrismo tenía una pena más alta que el secuestro.

Como vemos, había un informe de mayoría y un informe de minoría. En relación a la concepción del delito, que se establecía, no había problemas. La discrepancia, se daba porque el informe de minoría cuestionaba que la cantidad de pena impuesta a cada delito, y que estaba en el informe de mayoría, no había sido debatida concienzudamente, y que al parecer las penas se pusieron por poner, esto guarda coherencia, con el discurso



que venía manteniendo la Asambleísta Romo, que ya en la AC, hablaba de la proporcionalidad que debía existir entre las infracciones y las sanciones.

El 28 de junio de 2012, se inició el primer debate del COIP. En esta sesión, se resolvió que el proyecto iba a discutirse por partes, primero el Libro Preliminar y el Libro I, luego el Libro II, y finalmente el Libro III. El primer debate duró ocho sesiones: 28 de junio, 03, 04, 05, 10, 11, 12 y 17 de julio, todas en el año 2012.

Referente al delito, la Asambleísta María Augusta Calle (PAIS) sostenía que:

Es necesario que la teoría del finalismo sea aplicada en su totalidad, en todo el Código, no solamente en algunos artículos. [...] (Acta 174A, 03 julio 2012: 59).

Esto coincidía con el enfoque que se le estaba dando al COIP, ya que uno de los rasgos del finalismo, es que la culpa y el dolo, se trasladan desde la culpabilidad hacia la tipicidad. La culpabilidad no se la entiende, como “el mero vínculo psicológico entre el autor y el hecho, sino como el juicio de reproche que se hace al sujeto porque habiendo podido respetar el derecho no lo hizo” (Agudelo, 1994: 128). Otra característica del finalismo, es que, cambia el concepto causal de acción, para el cual la intención del sujeto y la producción del resultado, no era un problema que debía resolverse en la acción, sino en la culpabilidad, es decir, que a una persona se la juzgaba por el resultado producido; esto a diferencia de la acción final, en donde se verifica cuál fue la intención que tuvo el agente al instante de realizar su comportamiento, y si se confirma que no tuvo la intención, ésta se examina en la tipicidad, y no hay que esperar a la culpabilidad.

En lo concerniente al error de tipo y de prohibición, Mauro Andino (PAIS) el 11 de julio de 2012, decía:

[...] El error de tipo y el error de prohibición están en vigencia en el Código Penal [...] en los artículos trece y treinta y seis. [...] (Acta 174E: 59).

A pesar de lo dicho, por el asambleísta, se debe tener presente que tanto el error de tipo, cuanto el error de prohibición, son instituciones propias del finalismo. Es con esta corriente, que el dolo y la imprudencia son tratados como elementos subjetivos del tipo. La introducción de elementos subjetivos en la tipicidad, conllevó a que los



conocimientos y errores del agente, se valorasen en función al objeto sobre el cual recaían. Por ende, no se puede decir, que estos conceptos estuvieron ya en el Código Penal (CP), cuando este Código recogía los postulados de la Escuela Causalista, bajo la cual, había el error de hecho —desconocimiento parcial o total de la ley—, y el error de derecho —representación equivocada de los hechos— (Meini, 2015). En este mismo sentido, se debe establecer que mientras para la teoría causalista, el error era siempre un problema a ventilarse en la culpabilidad, ya sea como error de hecho o de derecho; en cambio, siguiendo el esquema finalista, el error de tipo se resuelve en la tipicidad, en tanto que, sólo el error de prohibición se lo trata en la culpabilidad, además, de que no tienen las mismas consecuencias que se les daba en la teoría causalista (Agudelo, 1994).

Sobre la proporcionalidad, asambleístas de distintas bancadas, dieron su aporte:

Mauro Andino (PAIS) el 28 de junio de 2012, indicaba:

[...] Uno de los problemas más complejos de la elaboración de este proyecto es establecer la dosimetría de las penas. [...] (Acta 174: 59).

En el mismo sentido, el 03 de julio de 2012, Paola Pabón (PAIS) manifestaba:

[...] Es fundamental en este nuevo Código Integral Penal mantener la proporcionalidad de la pena [...] en todos los delitos. [...] (Acta 174A: 49).

Silvia Salgado (PAIS) el 03 de julio de 2012, expresaba:

[...] Necesitamos que este Pleno conozca la matriz sobre la cual se hicieron la ponderación de las penas, la matriz en la que se señale claramente y podamos visibilizar cuáles fueron los criterios jurídicos en los cuales se establecen en unos casos penas menores de cinco años, en otros de diez y en otros se equipara inclusive de quince a veinticinco años. [...] (Acta 174A: 59).

Además de pedir el respeto por la proporcionalidad, se vislumbraba que el endurecimiento de las penas, no era la panacea para apalea la seguridad ciudadana. En este aspecto, el 04 de julio de 2012 Fernando Bustamante (PAIS) manifestaba:



[...] El endurecimiento de penas [...], sin estudio técnico, sin graduación, sin una demostración de exactamente a qué sirve cada caso, es a la fenología, a la criminología como las cataplasmas y las sangrías fueron para la medicina, remedios basados en la superstición y no hay ningún tipo de eficacia. [...] (Acta 174B: 39).

En cambio, Galo Vaca de la Izquierda Democrática (ID) el 03 de julio de 2012, sostenía que:

[...] Ser permisivos con los delitos es una forma de desconocimiento de los derechos humanos, por eso, mi posición es [...] el endurecimiento de las penas con castigos ejemplarizadores para toda forma de delitos atroces [...], para los atentados contra el pudor y para toda forma de irrespeto a la vida de las personas en situación de víctimas [...] pues toda concesión en favor de los delincuentes no es sino un escarnio para las víctimas. [...] (Acta 174A: 43).

Apoyando esta postura, Abdalá Bucaram (PRE) el 03 de julio de 2012, decía:

[...] El camino para combatir la inseguridad es sencillamente el endurecimiento de las penas. [...] (Acta 174A: 60).

En el mismo sentido, Andrés Roche del Partido Social Cristiano (PSC) el 10 de julio de 2012, indicaba:

[...] Es el momento que se aumente sustancialmente las penas en los delitos que tienen aterrada a la ciudadanía. [...] (Acta 174D: 82).

Con lo dicho se evidencia, una preocupación, de los assembleístas de PAIS, de respetar el principio de proporcionalidad. Insinúan que el incremento de las penas, implica apartarse de la proporcionalidad, pues si subimos las penas, no habría nada que sopesar. Esto por cuanto, “el principio de proporcionalidad de las penas, exige que exista una adecuada ponderación entre el bien o interés que se lesiona o pone en peligro (gravedad del delito) y el bien que se restringe o del que se priva mediante la sanción penal (gravedad de la pena)” (Moreno, 2015: 54). Además, debe considerarse que, “lo que debe justificarse, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, es la



necesidad de castigar penalmente una conducta, no de lo contrario, ni de la conveniencia de incrementar la represión penal” (Orts, 2014: 138). En el caso de Silvia Salgado, insta a la CEJEE que diga cuáles fueron los criterios que le llevaron a establecer las penas, sin que esta interrogante, haya tenido respuesta; en igual sentido, Fernando Bustamante, dice que si no hay un estudio técnico de dosimetría penal, las penas pueden resultar desproporcionadas.

En cambio, los tres asambleístas (Vaca, Bucaram y Roche) de los partidos tradicionales, piden que se acrecienten las penas, esto se enmarca dentro del populismo penal, el cual propugna como bandera de lucha contra la inseguridad, que genera el delito, la represión carcelaria “pura y dura” caracterizada por que la “duración de las sanciones se aumenta”; en otros términos, este populismo, implica adoptar propuestas que endurezcan las penas (Rodríguez, 2016). No obstante, se debe reflexionar que no se puede, *so pretexto* de ganar seguridad, infringir principios como el de proporcionalidad, si aparte de ello, no se sigue una política criminal adecuada.

Sí el aumento de las penas, no ha logrado bajar los índices de criminalidad, entonces, la inseguridad ha permanecido intacta. Lo expuesto se relaciona, con el criterio de que “la dureza o severidad del castigo es sólo uno de los factores que intervienen en la disuasión del delito, pero no siempre en la dirección que podríamos pensar” (Vilajosana, 2015: 39). En tal virtud, para conseguir la disminución en la comisión de los delitos, deben adoptarse otras estrategias, como son: garantizar a la población, más débil económicamente hablando, de un trabajo digno, salud, vivienda, educación. En este sentido, cobra vigencia la opinión, de que a los delitos se los previene con políticas sociales de prevención e integración de los socialmente marginados (Ferrajoli, 2013).

Fernando González (PAIS) en la misma línea de Bustamante, formulaba que:

[...] Una reforma penal en la que se plasma plenamente, a través del aumento indiscriminado de penas [...] choca frontalmente con el Estado constitucional de derechos y justicia. [...] (Acta 174D, 10 julio 2012: 70).

Pues, si el Estado constitucional, implica la supremacía de la Constitución, y el Estado de derechos, supone que los derechos de todas las personas, están por encima de



los poderes públicos o privados, entonces no se explica, cómo se recurre al endurecimiento de las penas, cuando la propia Constitución garantiza la proporcionalidad entre infracciones penales y sanciones, además de que proscribire toda práctica regresiva de derechos (Art. 11 numeral 8).

Con las observaciones planteadas, en relación a los temas que son objeto de estudio en este acápite, el proyecto, regresó a manos de la CEJEE.

En lo que corresponde al delito, las únicas observaciones que se plantearon, fueron hechas por Gina Godoy, quien el 21 de septiembre de 2012, sostuvo que:

[...] En el Art. 20, se sustituya la definición de delito como conducta típica, antijurídica y culpable, por el concepto de: “son infracciones penales las acciones u omisiones penales dolosas e imprudentes descritas y penadas en la Ley”. (Acta 137: 2).

Con esa nueva definición, a juicio de esta legisladora, se sustituirían los Arts. 21, 22, 23 y 24. Sin embargo, se debe considerar que las disposiciones que se pretendían cambiar, hablaban de la clasificación de las infracciones, del concurso de delitos, de las modalidades de la conducta, y del concepto de conducta penalmente relevante. Este último punto de vista, fue acogido por la Comisión ya que para el informe de segundo debate, se mantuvieron indemnes los artículos que se anhelaban reemplazar.

En lo que atañe a la proporcionalidad, en la CEJEE, no existieron discusiones.

Hasta ahí llegó la discusión del COIP, puesto que los asambleístas estaban por culminar su período, y se venía un nuevo proceso electoral.

El 17 de febrero de 2013, se celebraron las elecciones, donde se iban a escoger a 137 asambleístas para el período 2013-2017: 116 provinciales, 15 nacionales y 6 por los ecuatorianos domiciliados en el exterior. De los puestos en disputa, de nuevo, PAIS fue el movimiento que alcanzó más escaños, 100, que encarnaban el 72,99%. El siguiente partido, fue el Movimiento Creando Oportunidades (CREO) que logró 10 curules (7,29%). Asimismo, PAIS ganó las elecciones presidenciales, donde ni siquiera hizo falta una segunda vuelta, debido a la cantidad de votos alcanzada por Rafael Correa,



respecto del segundo, Guillermo Lasso; con ello, PAIS contaba con un legislador. De lo expresado, podemos discurrir, que debía imponerse la ideología de PAIS, en las leyes a debatirse, más tratándose del COIP, cuya discusión en segundo debate se había suspendido. Si a esto le sumamos, el hecho que faltaba después el veto del presidente.

El 26 de junio de 2013, se reanudaron las discusiones al interior de la CEJEE, para presentar el informe para segundo debate. La CEJEE contaba con algunos antiguos integrantes y otros nuevos que vencieron en la contienda electoral. Esta Comisión quedó conformada por: Mauro Andino, Mariangel Muñoz, Gina Godoy, Marcela Aguiñaga, Gilberto Gumangate, Nicolás Issa, Gabriel Rivera y Fabián Solano (PAIS), Magali Orellana (MUPP-MPD), Miguel Moreta (CREO) y Luis Fernando Torres (CREO-Tiempo de Cambio-PSC). Se debe indicar que, en los debates en la CEJEE, previos al segundo debate ante la Asamblea, no se mencionaron los temas de estudio.

El 04 de octubre de 2013, la CEJEE, remitió al Pleno de la AN, el informe del proyecto de ley COIP, para el segundo debate.

En relación al concepto del delito, en el proyecto para segundo debate, se mantiene la locución “conducta típica, antijurídica y culpable”, pero, se agrega la frase “cuya sanción se encuentra prevista en este Código” (Art. 23), que hace parte de la punibilidad, que no es una categoría del delito, sino la consecuencia de aquel.

En lo que concierne, al tema de las conductas penalmente relevantes, a la frase prevista en el informe de primer debate, “de acciones u omisiones que produzcan resultados”, se agrega la expresión “las acciones u omisiones que ponen en peligro” (Art. 22), con lo cual, se deduce, que para el legislador, tan importantes, son los delitos de resultado, es decir, aquellos en los que se sanciona la producción de un menoscabo o modificación en el objeto material de la conducta, así como los delitos de peligro abstracto y de peligro concreto, en los que no se requiere la consumación, sino únicamente la creación de un riesgo, el riesgo de que potenciales objetos de la acción, sufran una lesión (Moreno, 2015).



A la tipicidad se la define en términos iguales, al informe de primer debate.

El Art. 26 da un concepto de dolo, el cual coincide plenamente con la definición dada en el informe para primer debate. En lo atinente a la culpa, si bien, consta en los mismos términos al concepto dado en el informe de primer debate, no obstante, se le agrega la frase “que personalmente le corresponde”, es decir, que no toda violación al deber objetivo de cuidado es penada, sino sólo cuando se logra determinar que esa persona transgredió al deber, que en ese momento tenía que hacerlo, esto es “la imagen ideal de un hombre diligente en la misma posición del autor” (Mir Puig, 2005). Otro aspecto interesante, referente a la culpa, es que se elimina los términos “imprudencia, negligencia o impericia”, porque aquellas tres locuciones, son formas de violaciones al deber objetivo de cuidado, pues sería redundante mantener esos términos.

En el Art. 29, el error de tipo se mantuvo en los mismos términos que el del informe de primer debate, sólo que se suprimió el último inciso, relacionado a que esta clase de error, no podía ser alegado en los casos de delitos contra la inviolabilidad de la vida, violencia intrafamiliar y contra la integridad sexual y reproductiva, es decir, que corrigieron esa segregación que se preveía. En cuanto, al error de prohibición, consta en el Art. 37 del precitado informe, se mantiene la misma redacción del informe para primer debate, solo que en el caso de que el error sea invencible, se aplica la pena mínima, pero reducida en un tercio, lo cual es lógico, ya que cuando el error de prohibición es invencible se debe rebajar la pena.

Para que quede claro la diferencia entre error de tipo y error de prohibición, vale la pena, decir que un ejemplo de error de tipo, sería la persona que va a la montaña y pensando que es un venado, lo que se mueve entre los matorrales, dispara, cuando se ha tratado de una persona escondida (Moreno, 2015). Por su lado, un caso de error de prohibición, sería alguien que comete incesto prevaliéndose de su superioridad, sin saber que aquello está prohibido en la normativa penal de un país (Mir Puig, 2005).

En referencia a la proporcionalidad, el informe para segundo debate, establecía que la CEJEE, había solucionado los problemas de dosimetría y proporcionalidad penal, para lo cual, asimiló las sugerencias hechas por quienes conformaban el sector Justicia —Fiscalía, Ministerio de Justicia, Defensoría Pública y Consejo de la Judicatura—, así



como también, tuvo en cuenta el informe presentado por Francisco Muñoz Conde, quien revisó cada uno de los tipos penales y su sanción.

El 09 de octubre de 2013, comenzó en la AN, el segundo debate sobre el COIP. Esta discusión duró siete sesiones: 09, 10, 11 y 13 de octubre, 05 de noviembre, 11 y 17 de diciembre, todas en el año 2013.

En torno al delito, Andrés Páez (CREO) el 10 de octubre de 2013, decía que:

[...] Merece ser revisado el artículo relacionado con el error de tipo [...], sobre todo por la subjetividad, porque debe considerarse que el error de tipo va a estar en manos del juez, el calificar si es que el autor de la infracción, efectivamente ignoraba lo que iba a hacer. Pongamos el caso del violador, yo no sabía que la persona violada tenía catorce años, pensé que tenía veinte, entonces, está en manos del juez, el valorar eso y decirle, sabe qué, su ignorancia le excusa de esa infracción [...] No se puede permitir que un error de tipo sea legislado con una subjetividad al punto de que la persona autora de un delito pueda encubrir su acción dolosa y delictiva en un tipo de orden penal. [...] (Acta 257A: 38).

Sobre la concepción del delito, Gabriel Rivera (PAIS) indicaba:

[...] El mayor logro en este Código es apartarnos lo más posible, abandonar ese causalismo e ir hacia el finalismo, que es lo que las corrientes doctrinarias penales hoy nos demandan. (Acta 257A, 10 de octubre de 2013: 150).

El 11 de octubre de 2013, Marcela Aguiñaga (PAIS) manifestaba:

[...] El Código recoge los elementos subjetivos en el tipo, situándolos aquí en dolo y culpa, y los define en su parte medular. El dolo, como lo reconoce la doctrina, está integrado por los elementos del conocimiento y la voluntad. No puede entenderse, hoy en día, que la voluntad es ciega y que se reprima solamente por la causa de resultados y no por la finalidad de la actuación. Hoy, el concepto de dolo en nuestro Código realza la dignidad de las personas, reconociéndolas como seres pensantes y, sobre todo, implica que dirigen adelante su forma de actuar. [...] (Acta 257B: 25).



Mientras, el Asambleísta Páez, no estaba de acuerdo con que se regule el error de tipo, porque a su juicio generaba impunidad, cuando más bien si no se contempla esta clase de error podríamos devenir en una sanción penal por simple objetivismo: cárcel por el daño causado, más allá de la intención del sujeto (Encalada, 2015).

En cambio, los asambleístas de PAIS, propugnaban la adopción de tal error, ya que, con ello, se desterraba el causalismo como doctrina que explica el fenómeno delictivo. De ahí, que era necesario, recurrir al finalismo, incluso la Asambleísta Aguiñaga, cuando sostuvo que “la voluntad es ciega y que se reprima solamente por la causa de resultado y no por la finalidad de la actuación”, no hace sino parafrasear a Welzel, cuando sostenía que “la acción es un acontecer final y no solamente causal [...] la finalidad es vidente, la causalidad es ciega” (Welzel, 2001: 41).

Sobre la proporcionalidad, se escucharon los siguientes planteamientos:

El 10 de octubre de 2013, Antonio Posso (AVANZA) expresaba:

[...] Hay que relieves que el artículo setenta y seis de la Constitución Política del Estado, establece la necesaria proporcionalidad que tiene que existir entre la infracción y la sanción penal; sin embargo, a mí me preocupa, colegas legisladores, lo que ha venido ocurriendo en estos últimos tiempos, cuando existe un escándalo, cuando existe el conflicto, inmediatamente varios legisladores para atender ese clamor popular, inmediatamente estamos pensando en incrementar las penas, en la acumulación de penas, pensando que eso es precisamente la solución a este tipo de conflictos. [...] (Acta 257A: 11-12).

El 11 de diciembre de 2013, Luigi García (PAIS) mocionaba que:

La proporcionalidad es una herramienta metodológica válida para evitar en mayor medida de lo posible la arbitrariedad. (Acta 257E: 78).

Con esta última intervención, vemos que sí existe proporcionalidad en la pena, entonces, se cierra la puerta, para que ni el legislador ni el juzgador, puedan dictar y emitir penas que no guarden relación con el daño causado.



El 17 de diciembre de 2013, se procede a la votación, del informe de segundo debate del COIP. Ese día se efectuaron cuatro votaciones: **a)** respecto a la Exposición de motivos, Considerandos, Libro Preliminar y Libro I; **b)** en torno al Libro II; **c)** en relación al Libro III; y, **d)** sobre las reformas al Código Orgánico de la Niñez Adolescencia (COÑA), al Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), y demás disposiciones generales, modificatorias, reformatorias, transitorias, derogatorias y disposición final. En todas las votaciones, se obtuvieron idénticos resultados: 101 votos afirmativos, 28 votos negativos, cero blancos y una abstención.

Aprobado el proyecto en la AN, fue remitido al Presidente de la República, para que haciendo uso de su facultad prevista en el Art. 137 de la Constitución, lo sancione u objete de forma fundamentada. Se debe indicar, que, en el documento enviado al Presidente, se borró el error de tipo, así como también el error de prohibición vencible, porque el invencible si constaba en el Art. 35.

El Presidente objetó parcialmente el COIP, realizando algunas observaciones. Así en la disposición que regulaba el dolo, propuso agregar un inciso, en donde se defina qué es lo que ha de entenderse por preterintencionalidad. También, planteó la eliminar el error de prohibición, bajo el siguiente razonamiento:

Si bien es una institución de la escuela finalista, es una figura bastante peligrosa, ya que podría ser utilizada por jueces inescrupulosos, para dejar en la impunidad un sinnúmero de delitos, ya que bastaría la nueva alegación del desconocimiento de la antijuridicidad de una conducta y la aquiescencia de un administrador de justicia corrupto o ignorante para que cualquier persona que haya cometido un delito pueda quedar en la impunidad, aumentando la desconfianza en la administración de justicia.

El Presidente, defendía que como causa de inculpabilidad, quede sólo el trastorno mental debidamente comprobado, y no el error de prohibición. El Presidente al decir que los delitos iban a quedar en la impunidad, ignoraba que sólo cuando el error de prohibición es invencible, el sujeto activo no responde.



Al dolo, se lo volvió a definir como el designio de hacer un daño.

La CEJEE, con el voto favorable de ocho de sus miembros, sugirió al Pleno de la AN, el allanamiento a la objeción parcial del Presidente de la República al Proyecto COIP. El 28 de enero de 2014, se procedió en la AN, a la discusión de la objeción parcial, donde se hizo conocer que la Comisión, decidió acoger las observaciones planteadas por el Presidente, entre ellas, incluir la definición de preterintencionalidad, y eliminar el error de prohibición, sin entrar a discutir en profundidad, el porqué de dicha supresión (Acta 267: 9). Se procedió a la votación de allanamiento a la objeción parcial del presidente, presentándose los siguientes resultados: 97 votos afirmativos, 25 negativos, 0 blancos y una abstención. Con lo cual fue aprobado, el allanamiento total al texto contenido en la objeción parcial realizada por el Presidente de la República.

Agotado el proceso de formación de la ley, el COIP, fue enviado al Registro Oficial, para su promulgación y publicación.

1. 3. Tendiendo puentes de encuentro y desencuentro: constituyente versus legislador

El pórtico de nuestra Constitución, es el Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Toda actuación del poder público o privado, deberá respetar ese modelo estatal. Lo ideal, es que lo debatido en la AC, que no precisamente puede reflejar el texto final de la Constitución, concuerde en esencia, con lo discutido y aprobado en la AN, en este caso, en materia penal, rama donde se pueden transgredir los derechos más importantes.

La integración de la AC y de la AN (en sus dos tiempos) guardan similitudes. Ambas, en su mayoría tuvieron a representantes de PAIS. En la AC, alcanzaron un porcentaje del 62%; en la AN para el período 2009-2013, PAIS tuvo el 47,58%, y para el ciclo 2013-2017 consiguió el 72,99%. Esto *a priori* suponía, que lo debatido y admitido en la AC, iba a reflejarse en la AN, en el producto final, COIP.

A la AC y a la AN, se les critica que en el proceso de elaboración de la Constitución y del COIP, no existió una discusión suficiente sobre cada artículo y que la aprobación se la hizo en bloque. En la AC se sostuvo que faltó la discusión, bajo el argumento de que los artículos habían sido debatidos ampliamente en las mesas



(Martínez, 2018). En torno al COIP, si bien, la discusión duró dos años y tres meses, no obstante, entre el primero y el segundo debate, pasó más de un año, ya que se vino un nuevo proceso electoral, por lo tanto, no hubo continuidad, no se tomó el ejemplo de Colombia, donde se discutió por una década el Código Penal, se armaron comisiones con eminentes juristas, antes de ponerlo en vigencia (Zambrano, 2017).

En lo que sigue nos referiremos, a las discusiones en la AC y en la AN, respecto del delito y de la proporcionalidad. A cada discurso de los constituyentes/asambleístas le daremos un código, para luego analizar sus posturas.

En la AC, no hubo discusiones sobre el concepto de delito, sólo Edison Narvárez, se refirió a que el delito se daba por el ingreso de extranjeros de países vecinos. En la AN, si hubo debate sobre la concepción del delito.

Constituyente/Asambleísta	Título del discurso	Postura
María Augusta Calle	“Finalismo y COIP”	Pro finalismo
Gabriel Rivera	“Finalismo si, causalismo no”	Apoya al finalismo
Marcela Aguiñaga	“La causalidad es ciega, la finalidad es vidente”	Pretende el finalismo
Mauro Andino	“Errores ya están vigentes”	No se pronuncia sobre el finalismo, quiere la eliminación del error de prohibición y de tipo
Andrés Páez	“Error de tipo: antesala de la impunidad”	Exclusión del error de tipo

María Augusta Calle, le apostaba al finalismo, al igual que, Gabriel Rivera y Marcela Aguiñaga. Sin embargo, Mauro Andino, en el primer debate, indicaba que no había porque regular el error de tipo y de prohibición, porque a su juicio ya estaban vigentes, empero, partía de una confusión, que ya en páginas anteriores lo aclaramos; la supresión del error de tipo, fue retomado en el segundo debate, cuando Paéz, explicaba que tal error dejaba la puerta abierta a la impunidad. En todo caso, los dos últimos asambleístas estaban en contra del error de tipo, pero no atacaban toda la postura finalista, que se quería dar al COIP.



La AC si debatió la proporcionalidad, incluyéndola dentro del debido proceso.

Constituyente/Asambleísta/ Presidente	Título del discurso	Postura
Rafael Correa	“Perdón a las mulas”	Anhela la proporcionalidad
Fernando Vega	“Pobreza y sistema penitenciario”	Desea la proporcionalidad
Sergio Chacón	“Respeto a la proporcionalidad”	Quiere la proporcionalidad

En la AN, también se habló de proporcionalidad.

Constituyente/Asambleísta/ Presidente	Título del discurso	Postura
Mauro Andino	“Dosimetría penal”	Aspira la proporcionalidad
Paola Pabón	“Proporcionalidad total”	Anhela la proporcionalidad
Silvia Salgado	“Criterios para imponer las penas”	Desea la proporcionalidad
Antonio Posso	“Respeto a la proporcionalidad”	Si a la proporcionalidad
Luigi García	“Proporcionalidad y arbitrariedad”	Pretende la proporcionalidad

Analizando los discursos anteriores, tenemos que ya el Presidente, habló de la necesidad de eliminar las penas draconianas, esto lo dijo, para obtener el respaldo en el indulto, de las mulas del narcotráfico y de los consumidores de drogas. En esta línea, el constituyente Vega, hablaba que el sistema penal, sancionaba a los más pobres, es la criminalización secundaria, que son: “las personas sobre las que se ejerce realmente el poder punitivo” (Zaffaroni, 2011: 22); pues, es más fácil, para todos: agencias ejecutivas y operadores jurídicos, investigar un robo, que un delito de lavado de activos.

Mauro Andino, refirió que, para alcanzar la proporcionalidad, era forzoso acudir a la dosimetría penal, esto lo compartió Silvia Salgado, quien, instó a la CEJEE que diga cuáles fueron los parámetros jurídicos que le llevaron a determinar las penas para cada delito. Los otros asambleístas —Pabón, Posso y García— querían que se respete la proporcionalidad, al momento de imponer la pena para cada delito, en el caso de García, hablaba de que, si no respeta la proporcionalidad, el tratamiento que se dé resulta arbitrario, y por lo tanto, discriminatorio. En este tema, el presidente, los constituyentes



y los legisladores, tenían una misma posición discursiva, a excepción del aumento de las penas, que, de alguna forma, rompería el principio de proporcionalidad.

En la AC, sobre el endurecimiento de las penas, existían posiciones disímiles.

Constituyente/Asambleísta	Título del discurso	Postura
Amanda Arboleda	“Aumento no disminuye violencia”	No al aumento
Marisol Peñafiel	“Persecución y pobreza”	Contra el incremento
Fernando López	“Casos puntuales”	No al aumento
María Paula Romo	“Aumento y corrupción”	Contra el incremento
Antonio Lara	“No a la cadena perpetua”	En contra de penas desproporcionadas
Rafael Esteves	“Rebaja es peligro para la sociedad”	En favor del aumento
César Gracia	“Si a la cadena perpetua”	Si al incremento

En la AN, tampoco había una sola posición sobre el aumento de penas.

Constituyente/Asambleísta	Título del discurso	Postura
Fernando Bustamante	“Estudio técnico”	No al aumento
Fernando González	“Endurecimiento: antípoda del Estado Constitucional”	Contra del incremento
María Paula Romo	“Informe de minoría”	En contra del incremento
Galo Vaca	“Penas: sanciones ejemplificadoras”	En favor del incremento
Abdalá Bucaram	“Aumento lleva a la seguridad”	Si al aumento
Andrés Roche	“Aumento favorece a la ciudadanía”	En favor del incremento

Arboleda, Peñafiel y López, decían que la violencia no disminuye, endureciendo las penas, pues aquella bajaría, cuando el Estado invierta más en obra social, que en la construcción de las cárceles, para que la gente que no posea recursos, no cometa delitos. Los asambleístas ven que la pobreza, en algunos casos, va de la mano de la delincuencia, porque sí visitamos las cárceles, constataremos, que la mayor parte de la población carcelaria, es pobre.

La Asambleísta Romo (PAIS), fue un poco más allá, y vio que la ampliación de las penas, podría llevar a la corrupción. Siguiendo la línea constituyente, Bustamante, indicaba que, si no existe el estudio técnico de graduación de las penas, las penas no



valen, coincidía con Romo, quien ya como asambleísta, e integrante de la CEJEE, criticaba a sus compañeros, el no hacer un estudio suficiente al momento de establecer las penas, ese mismo estudio, pero jurídico, que reclamaba la Asambleísta Salgado. La postura de Fernando González era que la desproporcionalidad no podía convivir en un Estado Constitucional. Como se ve, la posición discursiva de los constituyentes y asambleístas de PAIS, iban en contra del aumento de las penas.

En contra de la rebaja de las penas, estaba el constituyente Esteves, quien revelaba que no debían disminuirse, ya que si las personas, salían de la cárcel antes del tiempo de la condena, la sociedad corría un riesgo, cuando se sabe, que no porque la persona cumpla toda la pena, se va a rehabilitar. El aumento de las penas, que en la constituyente no despertaba mayores adeptos, al momento de debatir el COIP, fue generando adherentes, entre ellos: Vaca, Bucaram y Roche, que expresaban que la única forma de combatir la inseguridad es el incremento de las penas, eso hará que la colectividad no viva en vilo, ya que los transgresores al ver que las penas son más altas, interpretando el pensamiento de los asambleístas, se abstendrán de cometer delitos.

Respecto al aumento de penas había dos posturas claramente marcadas, la una que sostenía que si se aumentaban aquellas había más seguridad y la otra postura que no, en este aspecto, nos adherimos a la segunda postura, pues como se ha sostenido el combate a la delincuencia viene dada por la adopción de políticas sociales, pues si incrementando las penas se rebajarán los delitos, Estados Unidos debería poseer el menor índice delictivo, cosa que no sucede (Namnum, 2018).

Un tema escasamente debatido en la AC, y nada discutido en la AN, fue la adopción de la cadena perpetua, que sería una pena desmedida. Antonio Lara, no estaba de acuerdo con tal pena, porque podría servir como un instrumento de persecución política, como se ve, el constituyente dirigió el tema de la cadena perpetua, sólo desde la óptica de la política, pero no consideró a otra clase de delincuencia. En favor, de la cadena perpetua, Gracia, sostenía que era ineludible para proteger a la sociedad.

En el informe de mayoría, que presentó la Mesa No. 08 en la AC, incluía a la proporcionalidad dentro del debido proceso, pero lo seguía confundiendo con las penas



alternativas a la privación de libertad. En torno, a la proporcionalidad el informe de mayoría para segundo debate, reguló en los mismos términos la proporcionalidad.

Sobre el delito, en el proyecto de Ley enviado por el Presidente, se hablaba de la proporcionalidad entre la infracción y la sanción, se expresaba que, de haber tipos desproporcionados, serían declarados inconstitucionales. La proporcionalidad fue puesta como un derecho de la persona procesada, que luego fue cambiada por la denominación principios procesales, que consta en el actual Art. 5 del COIP, pero dentro del cual, no figura la proporcionalidad, que no es necesario, pues es un principio con rango constitucional. Al delito, el proyecto lo calificaba como un acto imputable sancionado por la ley, que era una definición incompleta. El dolo se lo definió como el designio de causar daño. El proyecto si establecía el error de tipo y el error de prohibición.

En el informe para primer debate en la AN, se puso la definición clásica del delito. El dolo contenía sus elementos: volitivo e intelectual. Se mantuvo el error de tipo y el de prohibición, con los efectos que generaba cuando era vencible o invencible. En los considerandos, se hablaba de la proporcionalidad, y de la dosimetría penal. Había incluso el Art. 56 que indicaba la proporcionalidad entre la pena y la conducta.

En el informe para segundo debate, se mantuvo la definición de delito del informe de primer debate, se agregó la frase cuya sanción esté prevista en la ley, que es parte de la punibilidad. El dolo se lo define en los mismos términos que en el informe para primer debate. Se mantuvo el error de tipo y el error de prohibición. Luego del segundo debate en el Pleno, se borró el error de tipo, y el error de prohibición vencible. Así, fue enviado documento al Presidente Correa. En referencia a la proporcionalidad, y puesto que había recibido críticas por parte de las Asambleísta Salgado y Romo, se dijo que se había solucionado los problemas de dosimetría penal, que, para ello, consideraron el informe presentado por Francisco Muñoz Conde.

Finalmente, el presidente objetó parcialmente el proyecto, eliminó el error de prohibición, en torno al dolo, se lo volvió a definir como en el proyecto original.



CAPÍTULO II: DELITO DE ROBO Y PROPORCIONALIDAD DE LA PENA: ASPECTOS DOGMÁTICOS Y NORMATIVOS (CONSTITUCIONALES Y LEGALES)

2. 1. Tipicidad del delito de robo con amenazas o violencias

El delito de robo con amenazas o violencias, consta en el primer inciso del Art. 189 del COIP. Esta disposición contiene todos los supuestos en los que el legislador ecuatoriano ha previsto que hay robo. De todas esas modalidades, nos centraremos, en el robo cometido con amenazas o violencias contra las personas, dejando de lado las otras clases de robo. Por eso, en lo que sigue, cuando mencionemos la palabra robo, se entenderá que aludimos al robo con amenazas o violencias.

Ya el Derecho Romano, distinguía la rapiña —arrebato violento de la cosa— de la sustracción clandestina —asimilable al hurto— (Donna, 2001). Se considera que, al estar presente en el robo, los elementos: violencia o amenaza, esos rasgos le convierten *ipso facto* en un tipo penal distinguible del hurto (Salinas, 2010). De ahí que, haya un elemento objetivo distinto en el robo —empleo de violencia o amenaza— por parte del sujeto activo para despojarle de su bien al sujeto pasivo (Donoso, 2008).

Otra diferencia entre el hurto y el robo, radica en que mientras el hurto es un delito uniofensivo, pues sólo afecta la propiedad. En cambio, el robo es un delito pluriofensivo, debido a que con su consumación pelagra otro bien: integridad (Peña, 2013). Y al ser pluriofensivo, se eleva la pena, con relación al hurto (Souto, 2017), y porque se entiende que en el robo, el autor requiere un mayor esfuerzo o habilidad, que el que se verifica en el hurto (Donna, 2001). No obstante, consideramos que está última aserción no es del todo correcta, pues para cometer el robo, amenazando o agrediendo al sujeto pasivo, no es imperioso poseer una mayor destreza.

2. 1. 1. Tipicidad objetiva

Es la descripción abstracta y genérica de la conducta prohibida (Encalada, 2015).



a. Sujeto Activo

Es la persona que comete el delito. Considerando el sujeto activo, los delitos pueden ser: comunes y especiales o propios. Son comunes, los que tienen un sujeto activo indeterminado, expresado mediante la frase “el que” o “la persona”. Mientras, son delitos especiales, aquellos donde debe haber un sujeto activo calificado, es decir que, la conducta sólo puede ser realizada por quien ostenta determinada calidad (Hernández, González, Ochoa, & Hernández, 2016). Es evidente que el robo, es un delito común, pues lo puede cometer cualquier persona que cumpla los elementos de las conductas penalmente relevantes.

b. Sujeto Pasivo

Es la persona que sufre el menoscabo de su patrimonio. En el caso del robo, puede ser, el propietario y el poseedor de la cosa mueble (Souto, 2017). En otros términos, el sujeto pasivo, “será el propietario del bien y junto a él también será el poseedor legítimo del bien cuando a éste se le hayan sustraído” (Salinas, 2010).

Lo dicho, no es un óbice, para que, en el robo, si la violencia o intimidación se ejerce sobre sujetos distintos al dueño, sean sujetos pasivos, tanto el dueño —titular del patrimonio— como el no dueño, por ver lesionada su integridad física o psíquica. Es preciso, aclarar que en los casos donde la violencia se ejerce sobre un tercero, para intimidar a quien tiene la cosa, el robo no presenta dos sujetos pasivos distintos. En tal situación, se habrá cometido un robo con intimidación por un lado, y un delito de lesiones por el otro, presentando cada uno, un sujeto pasivo diferenciado (Souto, 2017).

c. Bien jurídico protegido

No hay consenso, sobre el bien jurídico que se protege con el robo. Así, algunos códigos como el colombiano, el peruano, el español, usan la locución “delitos contra el patrimonio”. En cambio, otros ordenamientos jurídicos, por ejemplo: el argentino o el uruguayo, prefieren llamarles “delitos contra la propiedad” (Albán, 2018: 171).

Para Donna (2001) es preferible designarles delitos contra el patrimonio, porque el patrimonio engloba a la propiedad, sobre todo, partiendo de que aquel implica el



conjunto bienes y obligaciones —activo y pasivo— perteneciente a una persona, que posee valor económico, recibe protección jurídica, y no contraría el sistema de valores del ordenamiento jurídico, por eso, la normativa, resguarda el patrimonio y castiga toda apropiación ilícita. También, se indica que existen delitos que constan dentro del capítulo contra la propiedad, por ejemplo, la quiebra fraudulenta, en la cual, no se protege la propiedad de los acreedores, sino que el fin, es que el deudor, en el caso de que posea bienes, no pueden disponer de aquellos (Donna, 2001).

De la otra vertiente, se sostiene que, con el robo, se protege la “propiedad” y la “posesión”. Ello dependerá de si en el sujeto pasivo, concurren las calidades de propietario y poseedor de la cosa, al momento del robo. Partiendo de esta premisa, cuando haya segregación de ambos derechos en sujetos disímiles, puede decirse que la posesión será el bien jurídico protegido en primera instancia, de tal forma que, si un tercero sustrae aquello que se posee sin que quien tiene el derecho de posesión sea propietario, cometería un robo, de la misma forma que ocurriría con la sustracción de la misma cosa al propietario (Souto, 2017). Quienes defienden esta denominación, indican que se debe considerar que el Derecho Penal no siempre emplea ciertos términos en el mismo sentido que tienen otras ramas jurídicas, por lo que el término propiedad debe entenderse en un sentido más amplio (Albán, 2018). La propiedad en el Ecuador está constitucionalizada (Art. 66 numeral 26), y en esa línea, el COIP regula el robo dentro de los delitos que atentan el derecho a la propiedad.

Si bien, la propiedad sería el bien jurídico directamente afectado, no debemos olvidar, que el robo al ser un delito pluriofensivo, habría otros bienes jurídicos indirectamente constreñidos: la integridad física o psíquica (Peña, 2013).

d. Objeto Material

Es la cosa sobre la que recae la infracción. En el robo, es la cosa mueble ajena. Cosa es el objeto apreciable por los sentidos y que ocupa un sitio en el espacio. Mueble implica que puede ser trasladado de un lugar a otro. Dicha definición, *a priori*, exceptúa del ámbito de protección del robo, cierta sustracción como la de gas. Empero, debe precisarse, que cuando el gas, están dentro de un cilindro, si podría pasar un robo, si para la sustracción del cilindro, se empleó amenazas o violencias (Souto, 2017).



En torno a los títulos valores que consisten en documentos, es posible que estos puedan ser objeto de apoderamiento, pero emerge la interrogante sobre el valor de aquellos. Si se trata de documentos nominativos, el valor es simplemente el del papel, aquí no habría delito. Pero si son títulos al portador, que pueden ser efectivizados sin más, el valor sería el que consta en el título, por ende, sí habría delito. Lo mismo pasa con otros documentos, como boletos de espectáculos o transporte, que pueden ser utilizados por quien los tiene (Albán, 2018), salvo que sea un boleto aéreo, que no podría hacer uso, sino sólo la persona a cuyo nombre consta ese documento.

También, se sostiene que no es adecuado hablar de cosa mueble, que es preferible adoptar el término bien, pues el término genérico cosa es algo que tiene existencia corporal, que puede o no tener valor patrimonial. En cambio, la palabra bien es una cosa que posee valor económico (Salinas, 2010). No obstante, el COIP, habla de cosa mueble ajena, no distingue si el objeto material, tiene un valor elevado, es ínfimo, o sin valor, lo único que se requiere acreditar es que no le pertenece al sujeto activo.

La ajenidad hace relación a que la cosa, no le corresponde al agente. Ligada a la ajenidad está aquella cuestión de incluir como objeto del robo, a las: *res nullius*, *res derelictae*, *res comunes* y a las cosas perdidas o sin dueño conocido. Existe consenso en que no pueden ser el objeto material del robo, porque no son “cosas ajenas” en el sentido legal, y, porque según la legislación civil son cosas susceptibles de ocupación sin que ello suponga lesión patrimonial (Souto, 2017). En definitiva, son cosas que al momento de la sustracción, no están en la esfera de custodia de alguien, o sí lo estuvieron fueron abandonadas.

e. Verbo rector

La sustracción implica la acción que efectúa el sujeto activo, para separar o apartar el bien mueble de la esfera de dominio de la víctima (Salinas, 2010). Como lo dice el Diccionario de la Real Academia Española (DRAE), sustraer es “restar” (DRAE, 2018), y esto porque como en el robo se ve disminuido el patrimonio del sujeto pasivo.

El apoderamiento es el alejamiento del poder fáctico sobre la cosa del titular legítimo de la custodia y la consecuente apropiación por el autor de un poder autónomo sobre la misma cosa. En este aspecto, el Tribunal Supremo Español, indica que el



apoderamiento ocurre cuando la cosa ajena, pasa de la esfera de custodia del dueño o del poseedor legítimo, al ámbito de resguardo del sujeto activo (Souto, 2017), quien puede disponer libremente, aunque sea por un breve tiempo. Apoderarse es “hacerse dueño de algo, ocuparlo, ponerlo bajo su poder” (DRAE, 2018).

f. Violencia

La violencia es el despliegue agresivo: físico, muscular o mecánico, que hace el sujeto activo para suprimir o disminuir la libertad de movimiento de la víctima, y la resistencia que pudiera oponer (Donna, 2001). La violencia puede ser efectuada sobre el dueño del bien, de su legítimo poseedor, de algún acompañante, de alguien que persiga al infractor. Ejemplos de violencia son: amarrar, azotar, lesionar, empujar, forcejear.

En el robo, la violencia, posee algunas características:

a) Ser relevante, esto es, de gran magnitud, así el tirón de la cartera que llevaba consigo la víctima, no sería robo, como si acontecería cuando se golpea a la víctima o se la empuja, se la hace caer, y ahí se le jala la cartera (Souto, 2017), en todo caso, deben considerarse las circunstancias del hecho y a la víctima.

b) Ser el medio idóneo para la consumación del robo, es decir, emplearse en la acción de sustracción, como medio para alcanzar el desapoderamiento de la cosa y el correlativo apoderamiento de la misma por el infractor (Souto, 2017), de tal forma que, si el agente golpea a la víctima y no la despoja de sus pertenencias, no habría un robo.

c) No es necesario, que la violencia deje lesiones visibles (Zavala, 1988), basta que le genere una equimosis, que no devenga días de enfermedad o incapacidad. En todo caso, le corresponde al operador jurídico, verificar si “ha existido violencia suficiente en la sustracción para configurar el robo” (Salinas, 2010: 119).

Un tema es ver el momento que pasa la violencia. La violencia cometida antes del robo se denomina preparatoria, ocurre cuando el agente practica alguna acción para facilitar su camino hacia el robo, por ejemplo: si antes de ingresar a un condominio, le golpea al guardia y lo deja desmayado. La violencia en el momento de la consumación, se llama concomitante, porque se realiza una vez iniciada el desapoderamiento y abarca



hasta la consumación, *verbigracia*: cuando uno le sujeta del cuello a la víctima y otro le sustrae el objeto. Finalmente, la violencia cometida después del robo, es para lograr su impunidad, o para impedir que la cosa se recupere, empero, esta violencia debe ocurrir en el momento posterior inmediato al robo, es el caso de quien, al ser sorprendido, para evitar su detención, golpea a quien le intercepta el paso (Donna, 2001), todo con el propósito de que el robo culmine de la mejor manera para el sujeto activo.

Una interrogante, es que pasa si en el robo, participan dos o más personas, y sólo una de ellas ejerce violencias contra el sujeto pasivo, compartimos el criterio, de que se perfecciona para todos el robo, pues no es dable fragmentar la causa, y al uno procesarle por las amenazas y al otro por el robo, si los agentes acordaron previamente cometer el acto, empero, sólo se dividieron los roles en la consumación, por eso, la ley, exige que la violencia se presente para poder calificar el delito como robo, sin que importe, si es que las amenazas las ejercieron todos los agentes del delito, o sólo uno de ellos (Zavala, 1988), lo dicho respecto de la violencia es aplicable a las amenazas.

g. Amenazas

Las amenazas implican, el anuncio de causar un mal inminente que ponga en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de una persona, con la finalidad de obtener el apoderamiento o la sustracción del objeto material del robo. La noticia de la inminencia del daño, puede estar dirigido no sólo contra el sujeto pasivo, sino contra sus familiares (Salinas, 2010). En suma, las amenazas, son los medios de apremio moral que infunden el temor en la víctima de un mal apremiante, por ejemplo: apuntarle con un arma y decirle que si no le da sus pertenencias le va a matar. Las amenazas puede estar dirigidas al dueño del bien, a su legítimo poseedor, o a alguien que les escolte.

Igual que la violencia, las amenazas poseen algunas características:

a) Ser relevante, esto es, suficiente para intimidar a la víctima, de que con seguridad se le va a ocasionar un atentado, para lo cual deberá verse, si la capacidad psicológica de resistencia del sujeto pasivo ha quedado suprimida o debilitada (Salinas, 2010), por ende, no toda amenaza sería elemento constitutivo del robo, si es que antes no se verifica las particularidades de la víctima, o el contexto en el que se ejecutaron,



así, la frase “te voy a matar” dirigida a un adolescente, acompañada de la exhibición de un arma de fuego, en la noche, en una calle poco iluminada, si serían amenazas.

b) Constituir el medio idóneo para vencer la resistencia de quienes la soportan y ha de estar conectada con la acción de sustracción, de tal forma que, si no se pretende la entrega de la cosa o no hay el ánimo de lucro, podrá haber delito de intimidación, más no robo (Souto, 2017), no sería un medio apto, por ejemplo, el exigir dinero con un palillo, empero, si sería amenaza, el hecho de que una persona camine por una calle del suburbio, en la noche, y le rodeen dos o más personas, tal circunstancia, *per se*, constituye una grave amenaza, sin necesidad de que los agentes le presenten un arma de fuego (Peña, 2013), respecto de este último ejemplo, se considera que la sola presencia del ladrón, no sería una amenaza, si es que ésta no se exterioriza, (Zavala, 1988), sin embargo, consideramos, que a pesar de que no haya la manifestación del mal, en el ejemplo que plantea Peña, si habrían las amenazas.

La amenaza puede materializarse hasta en tres supuestos: **a)** antes para impedir que la víctima se oponga al desapoderamiento; **b)** en el momento de la sustracción, para que la víctima entregue el bien; y, **c)** luego del robo, cuando la amenaza es proferida, cuando el agente se da a la fuga, para que no le cojan, y pueda disponer libremente del objeto sustraído (Salinas, 2010).

2. 1. 2. Tipicidad Subjetiva (Dolo)

Es el nexo psicológico entre el agente y el resultado típico (Encalada, 2015).

El dolo se hace presente en el robo, en la intención de sustraer el bien mueble para apropiárselo definitivamente, porque quien sustrae debe hacerlo sabiendo que la cosa no le pertenece y que falta el consentimiento o hay un consentimiento viciado, por parte de su dueño (Souto, 2017), ya que, si están presentes las amenazas o violencias, es lógico que el sujeto pasivo no toleró la entrega del bien.

Otra situación que corrobora, que el robo sea un delito doloso, es la presencia del ánimo de lucro, es decir, el propósito del sujeto activo de incorporar a su patrimonio una cosa que hasta antes del robo no era suyo. En suma, el agente actúa “impulsado por



el afán de obtener una ventaja económica, ya sea por la apropiación de bienes ajenos o por la obtención de otros beneficios económicos” (Albán, 2018:173).

2. 1. 3. Tentativa y consumación

Respecto al momento de la consumación del robo, han surgido varias posturas. La disciplina hace referencia a la *concrectatio*, *amotio*, *ablatio e illatio*.

Para la *concrectatio*, el robo se consuma cuando se toma contacto con la cosa, se asimilaría a la tentativa, dependiendo qué clase de actos idóneos se hicieron para la realización del ilícito. La *amotio* requiere que la cosa haya sido aprehendida y trasladada, por el agente desde el sitio donde estaba, por ejemplo, que, dentro de la misma casa, haya sido llevada desde la sala hasta la cocina, sin que haya salido de la esfera de custodia. La *ablatio*, implica que el bien, salió de la esfera de custodia del dueño, poseedor o tenedor, y se puede hacer actos de disposición. La *illatio*, involucra que el sujeto activo haya sacado el provecho patrimonial que deseaba con la comisión del delito, en el caso, de esta última postura, se confunde la comisión del delito con su agotamiento (Albán, 2018).

De las cuatro posturas, la que cuenta con más adeptos es la *ablatio*, porque para establecer el momento de la comisión, incorpora el concepto “esfera de custodia” (Albán, 2018), esto supone que, la cosa sustraída, dejó de estar en manos del sujeto pasivo, quien ya no puede disponerlo; en cambio, el sujeto activo, a partir del robo, tiene la custodia de la cosa, así sea por escasos segundos, y puede hacer con ella, lo que a bien tenga, así sea descubierto luego de haber cometido el ilícito, y no se le encuentre con el objeto, se entenderá que el ilícito se perfeccionó.

En el robo, cabe la tentativa, mientras el apoderamiento patrimonial no se haya acabado. La consumación del robo requiere, el apoderamiento de la cosa mueble ajena y su disponibilidad (Muñoz, 2012). La comisión acaece cuando, en cuestión de segundos, el objeto es retirado de la esfera de custodia del sujeto pasivo —fase pasiva— y pasa al mando del sujeto activo —fase activa— (Tozzini, 1997). El robo se consuma “desde el momento en que el agente tiene en su poder la cosa sustraída; aun cuando la abandone o lo desapoderen de ella posteriormente” (Orozco, 2017). A pesar de lo mencionado, la Sala Penal de la Alta Corte de la Justicia Peruana, en su Sentencia Plenaria No. 01-



2005/DJ-301-A, ha indicado que: “será tentativa, pese a la aprehensión de la cosa, cuando el imputado es sorprendido *in fraganti* y perseguido inmediatamente y sin interrupción es capturado o si en el curso de la persecución abandona los efectos, sin haber conseguido su disponibilidad momentánea o fugaz” (Salinas, 2010: 140). No compartimos este criterio, porque el momento en que el agente, sacó el bien de la esfera de dominio del sujeto pasivo, el robo se agotó, porque hizo todos los actos que llevaron a la realización del robo, y una vez con el bien —delito consumado— fue capturado.

2. 2. Contenido del principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad, no es una invención de los juristas ni tampoco del legislador. Determina nuestra relación con los demás, denota una explicación del mundo no solamente de carácter jurídico, sino de conceptos de la vida cotidiana. Dentro del ámbito jurídico el mentado principio, afecta no sólo al Derecho penal y al Derecho Procesal Penal, sino a cualquier intervención jurídica (Hassemer, 2012), en nuestro caso, se circunscribe a la intromisión en el derecho de libertad ambulatoria.

La proporcionalidad surge en el Derecho Romano. El Digesto, publicado en el año 533 D. C. establecía que los delitos no debían ser castigados de la misma forma, sino que el operador jurídico, tenía que verificar las circunstancias del caso, así frente a los hurtos domésticos, cuando el perjuicio era de poca monta, no debían ser penados públicamente (Enteiche, 2017). Posteriormente, en 1215, la *Carta Magna*, en sus considerandos 20 y 21, se refería a la proporción entre la conducta y la pena (De La Mata, 2007). A más de lo indicado, no podemos olvidar, que la proporcionalidad nació para limitar el *ius puniendi* estatal y evitar que *so pretexto* de su ejercicio, el Estado establezca penas crueles, inhumanas o degradantes.

Beccaria, pulió más el tema, cuando sostuvo que entre las penas y las infracciones debía existir la proporcionalidad (Beccaria, 1998). Esto se consideró en el Art. 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que estableció que: “la ley no debe establecer más penas que las estricta y manifiestamente necesarias”; ésta obligación está direccionada al legislador y al juez.

El principio de proporcionalidad es un método de interpretación por el que se comprueba si las actuaciones de los poderes públicos encaminadas a la obtención de



determinados fines, implican o no un indebido grado de afectación de ciertos derechos constitucionales (Diez, 2013). Se verifica que toda intervención no sólo estatal, sino también de un poder privado, sean proporcionales, es decir, justificadas, caso contrario, serán arbitrarias y desproporcionadas.

Dejando de lado, a la proporcionalidad como método de interpretación, tenemos que en materia penal, supone la exigencia de que la pena, sea proporcional a la gravedad del hecho. El límite, es que la medida de la pena no rebase el grado de la culpabilidad del agente, respetando los marcos determinados constitucional y legalmente para el tipo penal correspondiente (Valdez, 2017).

2. 2. 1. Subprincipios de la proporcionalidad

Son tres los subprincipios que forman la proporcionalidad. Deben sortearse inexorablemente, para que una medida sea proporcional.

a) Adecuación: según el cual toda medida, en nuestro caso, la sanción o pena, debe ser coherente con la finalidad perseguida por aquella, éste propósito, es la protección de un bien jurídico determinado, relevante para la sociedad, bien que fue lesionado por el sujeto activo, quien merece una sanción. *Contrario censu*, la sanción es inadecuada cuando no tiene una finalidad establecida en la Constitución (Orts, 2014).

Se evidencia que la pena impuesta sea idónea para la consecución de un objetivo constitucionalmente legítimo. Esto involucra el cumplimiento de dos premisas: **a)** la localización de un fin de preeminencia constitucional que serían: la protección de bienes jurídicos y el principio de lesividad, éste último ligado a la relevancia, de ahí que, el COIP, al hablar de la definición de acto, se refiera a la “conducta penalmente relevante” (Art. 22); y, **b)** la constatación de que la pena impuesta contribuya a la protección de un derecho, que vaya en beneficio de la sociedad y del agente, este requisito guarda relación con las finalidades preventivas generales y especiales de la pena, que constan en el Art. 52 *ibídem* (Aguado, 2012). Bajo esta óptica, sólo si se superan las premisas anotadas, podemos concluir que la pena o sanción es adecuada o idónea.

b) Necesidad: tiene relación con el principio de mínima intervención (Orts, 2014), según el cual el Derecho Penal y con ello la imposición de una pena, sólo debe



usarse, cuando fracasen los otros medios de control social, entre ellos, las otras ramas del Derecho, y cuando se resguarden conductas socialmente relevantes. Así, antes de acudir al Derecho Penal, se debe ver si la sanción a ese comportamiento, no está prevista en otra clase de Derecho, y luego, ver si es imperioso sancionar, pues no se trata de imponer penas *per se*, si atrás de ello, no existe un estudio minucioso.

Si bien, el referido subprincipio adquiere especial relevancia en la elaboración de la norma, cuando se eligen las conductas a incriminar; también, opera cuando el juez aplica la ley. Por ello, el Código Penal, debe prever mecanismos que le permitan a aquel prescindir de la pena, sustituirla por otra menos grave o, inclusive, por medidas de otra índole (Aguado, 2012). En esta línea, el legislador ecuatoriano, para dictar una medida de prisión preventiva (Art. 534), instituyó requisitos objetivos y subjetivos que debe cumplir el Fiscal en su fundamentación y el Juez en su motivación, dentro de ellos, si es forzoso o no, que una persona sea privada de su libertad ambulatoria. Otro ejemplo, es que la legislación ecuatoriana permite la suspensión condicional de la pena, siempre que se cumplan algunos requisitos (Art. 630), con lo cual no se hace necesario que una persona vaya a cumplir su condena en una cárcel, suspensión que no es aplicable al robo, porque la pena es superior a cinco años.

c) Proporcionalidad en sentido estricto: ligada a la medición de la punición; es decir, a la clase —entendiendo que ya superó la necesidad, y que no hay alternativa más que la pena— y a la cantidad de sanción. Al igual que la adecuación, la proporcionalidad debe cumplirse en dos instantes: **a)** cuando el legislador instituye los delitos y sus penas, tiene que buscar el equilibrio entre la entidad de éstas y la gravedad de aquellos; **b)** cuando el juez dicta la sentencia condenatoria, debe individualizar la pena concreta a imponer, considerando la gravedad y modalidad del delito. En ambos casos —legislador y juez—, deben analizar: el valor del bien, el grado del ataque, el mayor o menor reproche, la gravedad del hecho, y la concurrencia de circunstancias modificatorias (Orts, 2014).

Si no se examinan los aspectos enunciados, surge la arbitrariedad, cuando sin una investigación, se crean penas, cuya severidad no concuerda con la de otros delitos (De La Mata, 2007). Esto implica que, el legislador cuando impone una pena para un delito específico, tiene que cotejarla con el resto de penas, de no existir este análisis, las



penas serán arbitrarias. A pesar de lo dicho, debemos reflexionar que la decisión del legislador, al establecer la pena, nunca será objetiva, sino subjetiva, pues entrarán en juego, las concepciones que tenga sobre ciertos delitos, a lo cuales considere deben tener sanciones altas, respecto de otros que no, también, obedecerá a la presión de los grupos sociales y a la política criminal estatal (Cutíño, 2017).

2. 2. 2. Clases de proporcionalidad

Existen dos clases de proporcionalidad: abstracta y concreta. La primera denominada proporcionalidad en la ley, se refiere al equilibrio entre la gravedad del injusto y la dureza de la pena, verificación que le compete a la Legislatura. La segunda llamada proporcionalidad en la aplicación de la ley, alude a la correspondencia entre la gravedad del comportamiento penalmente relevante y la pena acompañada al agente, tarea que atañe al juez (Aguado, 2012).

A las dos clases de proporcionalidad, también se las designa determinación legal y judicial de la pena. Así, mientras en la primera, es el legislador, quien establece de forma genérica las penas pertenecientes a cada delito, fijando un piso y un techo. En cambio, en la segunda, es el juzgador, quien, en base a la prueba aportada, cuando logra el convencimiento pleno, determina la pena específica, considerando las circunstancias modificatorias de la infracción, se trata, de que el juez aplique la pena adecuada al caso concreto dentro del marco que le brinda el legislador (Crespo, 2016).

Aparte, de las dos clases de determinaciones, Ziffer (2013) sostiene que hay la determinación administrativa de la pena, es decir, medidas relativas al régimen penitenciario, que hacen que el sentenciado, mientras cumple su condena, pueda recibir beneficios —régimen semi abierto y régimen abierto— que le permitan recobrar su libertad, antes del tiempo establecido. Bajo esa óptica, en el Ecuador hay jueces de garantías penitenciarias, pues se acoge el criterio de que el juez no puede desentenderse de la forma de ejecución de la pena.



2. 3. El Derecho Penal, el delito y la proporcionalidad de la pena desde el ámbito constitucional

La Constitución ecuatoriana de 2008 implica la superación, de una vez por todas, del Estado Legal de Derecho, para ceder la posta al Estado Constitucional de Derechos (Art. 1), modelo éste último, en el que las leyes, de cualquier materia, pasan a ser medidas por la Constitución (Zagrebelsky, 2005), razón por la cual, toda norma del sistema jurídico, y toda resolución del poder público o privado, deben ser validadas a la luz de la Constitución, *so pena*, de que las normas o decisiones que no guarden correspondencia constitucional pierdan validez jurídica. Ello supone, que todas las disposiciones, en nuestro caso, del COIP —parte general y especial— constituida ésta última por los tipos penales y sus correspondientes sanciones, deben ser leídas en clave constitucional, ya que el Derecho Penal se constitucionaliza y, dentro de éste, el poder punitivo del Estado, que está no sólo para castigar sino para privar de la libertad al sentenciado, a quien se le debe dotar de una pena justa, necesaria y proporcional.

En el caso del Derecho Penal, el Art. 195 de la Constitución da la titularidad del ejercicio de la acción pública a la Fiscalía, la cual, por medio de sus representantes enmarcará su accionar conforme los principios de oportunidad, mínima intervención penal, considerando el interés público y los derechos de las víctimas.

Uno de los principios del Derecho Penal, que recoge nuestra Constitución, es la mínima intervención penal, donde convergen dos caracteres de aquel derecho: **a)** fragmentario, supone que el Derecho Penal debe ser usado como el último recurso, a falta de otros medios de control menos lesivos y represivos; y, **b)** subsidiario, implica que, el poder punitivo del Estado, entendido como la aplicación de la pena, sólo será ejercido para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que pueden sufrir (Araujo, 2009).

El principio de mínima intervención penal, nos lleva al de oportunidad, el cual, le permite a Fiscalía, en base a cuestiones de política criminal y ahorro de recursos estatales, no iniciar investigaciones, o dejar de continuar con las ya iniciadas, siempre que se cumplan los requisitos previstos en la normativa (Art. 412 del COIP), y no estemos frente a delitos que no son susceptibles de aplicar el principio de oportunidad.



Los principios de mínima intervención penal y de oportunidad, que establece la Constitución, forman parte de la corriente garantista o Derecho Penal mínimo, a través del cual, el Derecho Penal minimiza la violencia de la intervención punitiva —tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial— sometiénola a estrictos límites para tutelar los derechos de la persona (Ferrajoli, 2008).

Nuestra Constitución en el Art. 11 numeral 2), regula el principio de igualdad que revela un juicio de comparación entre dos personas, en relación al trato que reciben del ordenamiento jurídico, tomando en cuenta una o más características que poseen las personas. Asimismo, se establece que nadie puede recibir un tratamiento discriminatorio por su pasado judicial, esto implica, que *a priori*, deben ser sancionados de forma similar, tanto la persona que es condenada por primera vez por un delito, cuanto la que es sentenciada por haber infringido nuevamente la ley penal.

También, en el Art. 76 numeral 3) se regula el principio de legalidad de las infracciones y las sanciones, por medio, del cual la tipificación de una conducta penalmente relevante, así como la imposición de una sanción, deben constar en la ley.

En el Art. 77 numeral 1) inicialmente la Constitución establecía que la privación de libertad se aplicaría excepcionalmente. No obstante, con las reformas de 2011, se estableció que la referida privación no será la regla general, lo cual dista mucho de ser una medida excepcional. Este cambio irrespeta la libertad de las personas, y el trato que deben tener antes de ser condenadas, es un tema que no debía preguntarse a la población, porque los derechos no pueden restringirse por la opinión mayoritaria (Ávila, 2011), de ser así, estuviéremos regresando a una democracia formal. En este aspecto, tenemos que, mientras la democracia formal se refiere al *quién* y al *cómo* se tomaban las decisiones, la democracia constitucional alude al hecho de *que* no es lícito decidir y que es lícito dejar de decidir por las mayorías, aquí se vincula la legislación al respeto de los derechos fundamentales y a los principios y valores establecidos en aquella, de tal forma que, si se irrespeta estos derechos, la legislación es inválida (Ferrajoli, 2001).

En 1998, la proporcionalidad logró rango constitucional, cuando formó parte del debido proceso, el cual contaba con un amplio catálogo de prerrogativas, ligado al proceso penal (Escudero, 2017). Siguiendo la línea de su predecesora, el Art. 76



numeral 6 de la actual Constitución, reconoce como una de las garantías del derecho al debido proceso, la proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones. En este sentido, las leyes impondrán la sanción, misma que será proporcional al daño cometido. El principio de proporcionalidad, implica que el Derecho Penal de un Estado constitucionalizado no puede contener normas que consagran delitos sin fundamento alguno ni tampoco penas excesivas (Cote-B, 2008), y cuando éstas sanciones son desproporcionadas no deberían ser aplicadas, así la ley lo establezca, pues frente a un conflicto entre la ley penal y la Constitución, la jueza o el juez deben acudir directamente a las normas constitucionales, y preferir esa pena justa, necesaria y proporcional, haciendo gala del Estado de Justicia.

Las disposiciones jurídicas se fraccionan en reglas y principios. Mientras, las primeras contienen un antecedente de hecho y una conclusión, son mandatos definitivos; los segundos, son mandatos de optimización, de una textura abierta, que pueden cumplirse en mayor o menor medida (Alexy, 2008), todo depende de las condiciones fácticas y jurídicas que tenga el Estado, donde van a regir los principios. En el caso de la proporcionalidad, es un principio y no una regla, pues al juez le está vedado imponer penas crueles y excesivas (Mogrovejo, 2017), esto implica, que el juzgador puede cumplir en mayor o menor medida la proporcionalidad, imponiendo la pena que él considera es la más adecuada para el sentenciado, para eso debe tener presente algunos aspectos: cuantía del bien, modalidad del ataque, el mayor o menor reproche y la concurrencia de circunstancias modificatorias.

Aparte de su reconocimiento constitucional, la Corte Constitucional conoció el caso No. 0015-11-CN, donde el Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, le consultó sobre la constitucionalidad del Art. 62 de la extinta Ley de Drogas, por cuanto, a su juicio, la sanción violaba el principio de proporcionalidad, cuando se trataba de la tenencia y posesión ilícita de drogas en cantidades mínimas. Si bien en esa decisión, se considera a la proporcionalidad de la pena como una técnica legislativa, que determina la medida de la sanción privativa de la libertad mediante la norma sustantiva penal, y la medida de la pena considerando un mínimo (piso) y un máximo (techo) que el órgano jurisdiccional debe imponer en el caso concreto. No obstante, la Corte señaló que la referida norma era constitucional, porque la determinación de la tipicidad y la sanción es potestad privativa de la Legislatura, que lo único que ha previsto el legislador, es que



el delito se consuma, cuando la persona no cuenta con autorización legal, para tener drogas, independientemente de la cantidad de droga encontrada en su poder.

La Constitución recoge postulados del Derecho Penal mínimo, ligado a la mínima intervención penal, al principio de oportunidad, igualdad, legalidad, aunque se aparte en la privación de libertad. Por otra parte, la proporcionalidad consta expresamente, no sólo ligada al ámbito penal, sino a todo proceso, así no estuviera de forma expresa, la pena proporcional hallaría su fundamento en el modelo de Estado adoptado, que respeta los derechos de las partes inmersas en el conflicto penal, siendo la más débil, la persona procesada, y luego aplicando la pena proporcional que el Estado de justicia reclama.

2. 4. El Derecho Penal, el delito de robo y la proporcionalidad de la pena desde el punto de vista legal: con énfasis en el COIP

El Art. 1 de la Constitución de 2008 cataloga al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia. Estado Constitucional quiere decir que, la Constitución es considerada una norma jurídica directamente aplicable. Por ende, todos los poderes públicos y privados, para actuar válidamente, deben hacerlo dentro del ámbito de las competencias y facultades atribuidas por la Constitución. Estado de derechos incluye dos situaciones: **a)** los derechos de las personas están por encima del Estado y de todo poder privado, pues el Estado está para proteger a los individuos; y, **b)** la coexistencia de otros sistemas jurídicos junto con el sistema estatal. Estado de justicia engloba dos aspectos: **a)** que toda decisión de autoridad pública o privada debe cumplir determinados valores, esto es, los contenidos axiológicos que operan como límites y vínculos; y, **b)** parte del nuevo diseño de administración de justicia, donde los jueces son garantes de los derechos de las partes, tienen que cumplir las disposiciones constitucionales, más si estamos dentro del Derecho Penal, que es en donde se ponen en riesgo los derechos y libertades de las personas.

El Ecuador se decantó por un Derecho Penal mínimo, esa sería su política criminal, entendida como el conjunto de estrategias y lineamientos que se hacen para prevenir y batallar el delito, es ese manejo el que determina cuáles son las conductas calificadas como delitos y cuáles serán las cantidades de pena asignadas a cada



infracción (Namnum, 2018). La verdadera política criminal se descubre en las normas del proceso penal de cada país y la manera de aplicarlas (Carrasquilla, 2016).

Sobre la regulación del robo en el COIP, vale hacer las siguientes reflexiones.

El sujeto activo, es cualquier persona, por ende, no requiere ninguna calificación especial. Así, el Art. 189 comienza su redacción, indicando: “la persona que”.

El sujeto pasivo tampoco demanda alguna particularidad, puede ser cualquiera. El COIP, no señala que las violencias o amenazas tengan que ser forzosamente irrogadas en contra del propietario o poseedor de la cosa, lo único que indica, es que ambas deben darse en el marco de la comisión del robo.

Respecto al bien jurídico, vale mencionar que, el Título X del Código de 1938, titulaba delitos contra la propiedad. El COIP mantiene esa denominación, con la única salvedad de que agrega la palabra derecho, esto bajo el entendido de que estamos en un Estado constitucional de derechos. No obstante, hay delitos que constan dentro del capítulo delitos contra la propiedad, por ejemplo: la insolvencia o la quiebra fraudulenta, donde no se protege la propiedad de los acreedores, sino que no puedan disponer de sus bienes los deudores.

El objeto material del robo, es la cosa mueble ajena.

El verbo rector es la forma en la que ocurre el robo. Conforme el COIP, se da mediante el apoderamiento o la sustracción, esto es, un comportamiento activo, no admitiéndose el robo por omisión. Asimismo, de la lectura del precitado artículo, se evidencia que entre las palabras “sustraiga” y “se apodere”, se usa una conjunción disyuntiva “o”, por ende, ya sea apoderamiento o sustracción, bajo cualquiera de las modalidades se consuma el robo.

El COIP, no trae la definición de lo que debe entenderse por amenazas, como lo hacía el CP en su Art. 596, empero, la amenaza es una forma de apremio moral de que a una persona se la va a hacer un daño inminente, esas amenazas pueden ser proferidas oralmente o consistir en actos (mostrar un arma), pero, siempre deben tener una entidad suficiente de que el mal va a ocurrir (Albán, 2014).



Sobre las violencias, el COIP no distingue el tiempo de incapacidad, salvo que estemos en el supuesto del cuarto inciso del Art. 189 del COIP, es decir, cuando las lesiones sufridas, han generado alguna de las situaciones establecidas en el Art. 152 numeral 5) *ibídem*, ahí la pena va de 7 a 10 años. En los demás casos, no importa el tiempo de enfermedad o incapacidad. Así, sí se establecen violencias, y éstas han dejado lesiones que generan una incapacidad, da igual que sean de un día, de 20 días o de 120 días, en todo caso, al agente se le iniciará el proceso por el delito de robo con violencias, y se le aplicará la pena prevista en el primer inciso del Art. 189 del COIP. En este aspecto, y como bien se anota “parecería, por el monto de las penas respectivas, que la intención del legislador fue que se las entendiera como una forma más de violencia, sin que corresponda ninguna agravación” (Albán, 2018: 185), afirmación que no aplicaría al tipo penal previsto en el cuarto inciso del Art. 189 del COIP.

El precitado Art. 189, considera que la violencia puede ocurrir: antes, durante y después del robo. Sobre la tipificación del robo, cuando la violencia sucede, previo y en el momento del robo no hay problema, no obstante, cuando la violencia es posterior a la comisión del robo, eso hace que, por ejemplo, el hecho que comenzó como hurto termine siendo robo, tratándose de un caso *sui generis*, donde la tipicidad se perfecciona luego de la consumación (Albán, 2018), así en “los casos de huida del carterista después de haber cometido un hurto, éste se puede convertir en robo con violencia si el carterista usa el arma, hiriendo a uno de sus perseguidores” (Muñoz, 2012: 400).

Aunque, el COIP adoptó la definición causalista del dolo, entendiéndolo como la intención de irrogar daño, no obstante, somos partidarios de que el dolo acontece, cuando el sujeto activo conoce los elementos objetivos del tipo, y conociendo decide emprender la conducta delictiva (Agudelo, 1994). En el caso del robo, es un delito doloso, pues la normativa no ha previsto el robo culposo, ya que conforme el Art. 27 del COIP, la conducta es sólo culposa cuando se halla tipificada como infracción, por ejemplo: homicidio culposo, infracciones de tránsito.

El robo se consuma, cuando se saca la cosa de la esfera de custodia del sujeto pasivo y pasa a formar parte del dominio del sujeto activo, siempre que esté detrás el ánimo de lucro, con lo cual, se adopta la tesis de la *ablatio*.



El principio de proporcionalidad es un mecanismo de enorme importancia en el Estado Constitucional, tiene como misión evitar que algún acto de los poderes públicos transgreda derechos constitucionales (Del Río, 2015), entre ellos, el derecho de libertad. Mediante este principio, se anhela que la pena que reciba una persona, sea la que le corresponda realmente, en función de la lesividad causada. La proporcionalidad tiene tres subprincipios, que deben cumplirse a cabalidad, para decir que la medida tomada (pena) es proporcional con el mal causado (delito).

Con la idoneidad se verifica si la pena contribuye a la realización de un fin constitucionalmente válido (Cote-B, 2008). En este aspecto, con la adopción de la pena privativa se cumplen sus fines preventivos negativos (generales y especiales), porque, por su drasticidad, se puede vaticinar que ésta es intimidante y, por tanto, apta para disuadir a los infractores y al resto de personas de la comisión de futuros delitos (Arias, 2012). Aparte, se desea que el sentenciado estando preso se corrija y se rehabilite (prevención especial positiva) (Polaino, 2008). Lo que persigue la idoneidad, es que las normas dadas por el legislador, así como las sanciones impuestas por el juzgador, deben ser medios apropiados para prevenir la comisión de delitos (Aguado, 2012).

Esta finalidad consta en el Art. 77 numeral 1) de la Constitución, que señala que se puede privar de la libertad, para avalar el cumplimiento de la pena. Por su parte el Art. 201 *ibídem*, habla de la función resocializadora de la pena. De su lado, el COIP en su Art. 52 habla de que la pena a más de tener esa finalidad, persigue la prevención general y la reparación integral (Art. 52). Además, el Art. 393 de la Constitución, sostiene que es obligación del Estado prevenir la comisión de los delitos, y justamente una forma, es establecer las sanciones. El punto a discutirse es si con una pena de tanto tiempo, se cumple en verdad con ese efecto resocializador (Arias, 2012).

Para realizar el juicio de necesidad sobre la pena, ésta debe compararse con otros medios alternativos que ostenten una menor lesividad, para determinar si son idóneos en igual medida a la pena. El medio alternativo consistiría en la imposición de una pena inferior, o tal vez en una salida distinta, como la suspensión condicional de la pena. En este orden, se puede aseverar que una pena de menos años sería menos nociva, empero, ello no es una razón suficiente, para afirmar que la pena de prisión que en la realidad se debe imponer, no es necesaria (Arias, 2012). Imponer una pena inferior a la pena prevista en el COIP, podría ser fallar en contra de norma expresa, pero precisamente en



eso está el reto de los operadores jurídicos, de idearse mecanismos, que permitan imponer, una pena, por debajo del piso establecido.

La necesidad se orienta a verificar si no hay otros mecanismos extrapenales aptos para proteger al bien jurídico y menos lesivos para los derechos fundamentales afectados por la sanción. Una vez que se ha verificado que, para dicha tutela, los mecanismos no penales son insuficientes, se debe establecer que la cantidad de sanción prevista por el legislador sea la mínima (Lopera & Arias, 2010). En este aspecto, el robo debe sancionarse con una pena privativa de libertad, porque con su comisión se afecta directamente, a la propiedad, que tiene reconocimiento constitucional (Art. 66 numeral 26 y Art. 321), e indirectamente a la integridad física o moral (Art. 66 numeral 3). El tema radica en contrastar, sí la cuantía de pena establecida en la ley, cuando hay una agravante no constitutiva del tipo, es o no proporcional, en función del monto de lo sustraído, o de las lesiones que causó a la víctima.

La proporcionalidad en sentido estricto, valora el grado de afectación de los derechos que se produce con la imposición de una pena de prisión alta. En primer término, comprobamos que, con el encierro, a más de la libertad, se limitan otros derechos, por ejemplo: dignidad, relaciones heterosexuales. En segundo lugar, la afectación es cierta porque se trata de un ciudadano que fue condenado por un delito, en el que no concurrió ninguna circunstancia atenuante, pero sí al menos una agravante. En tercer orden, la intensidad de la afectación que se produce en los derechos fundamentales con la imposición de la pena puede considerarse alta, cuando es mayor a la establecida en el derecho interno para hechos de similar o mayor gravedad (Arias, 2012), siendo indispensable, para delimitar la intensidad de la sanción, su comparación con la pena que tenía antes ese delito, con la pena que el derecho comparado ha determinado para ese ilícito, con la pena impuesta para otros delitos (Lopera & Arias, 2010).

Así tenemos que, el Art. 551 del CP, establecía una pena de 1 a 5 años para el delito de robo con amenazas, mientras que el robo con violencias tenía una pena de 3 a 6 años, empero, cuando había una circunstancia agravante constitutiva del injusto penal, se instituía la pena máxima —5 o 6 años— (Art. 552), y sólo cuando existían dos o más situaciones agravantes componentes del delito, la pena subía de entre 6 a 9 años, siendo



una de esas agravantes no sólo haber violentado a la víctima, sino haberla causado heridas. El COIP, no prevé esa posibilidad, sino que, de plano, regula una pena de 5 a 7 años, ya se dé el robo con amenazas o violencias, y para efecto de graduar la pena específica, nos remite a las circunstancias agravantes generales, que de haber sólo una de ellas, la pena máxima de 7 años, se incrementa en un tercio más, con lo cual, “el margen de oscilación del péndulo queda fuera del tipo” (Villagómez, 2015: 65). Tampoco el COIP, para computar la pena, considera el importe del perjuicio, como si lo hacía el CP (Art. 551).

Se debe mencionar que, entre la vigencia del CP y la adopción del COIP, el Presidente Correa, dispuso que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a través de la Subsecretaría de Desarrollo Normativo, elabore el Anteproyecto Código Orgánico de Garantías Penales (ACOGP) el cual fue presentado en diciembre de 2009, luego de un año de discusión, proyecto que a la final no fue acogido.

El Art. 17 del ACOGP establecía 14 atenuantes, siendo la última, haber sustraído una cosa de poco valor. También, se indicaba que, si había más de dos atenuantes, la pena máxima no podía ser mayor a la mitad de la pena establecida en el tipo. A manera de ejemplo, si el homicidio simple tenía una pena de hasta 8 años, al probar más de dos atenuantes, la pena máxima a imponerse era 4 años. En este aspecto, vale decir que los tipos penales del ACOGP, tenían un techo, pero no un piso, pues se entendía que el techo era el límite y que el piso es una presunción de culpabilidad inconcebible en el garantismo (Ávila, 2009). En el caso de las agravantes eran 9 (Art. 18), si se probaba una de ellas, la pena aumentaba en un tercio, siempre que no sea una circunstancia no constitutiva de la infracción, empero, en ningún caso, la pena podía superar los 25 años.

En el COIP las atenuantes son 6; en el CP eran 12. Las agravantes en el COIP son 19 y si a estas se les agrega las relativas a integridad sexual, que son 9, tenemos 28. En el CP eran solo 5 (Avila, 2015), aunque sumando las 12 del Art. 30.1 referentes a la integridad sexual daban 17 agravantes.

Si cotejamos la pena actual del robo (Art. 189) con otras legislaciones. Tenemos que, en México, este robo se castiga con prisión de dos a cinco años (Del Carpio, 2014). En España, luego de la reforma del 30 de marzo de 2015, se determina una pena de dos



a cinco años. En el caso argentino, la pena va de un mes a seis años. En Perú, la pena fluctúa entre 3 y 8 años. En Paraguay, la pena oscila entre uno a quince años. El Art. 107 del ACOGP, regulaba la pena de hasta seis años, sin determinar un piso. Y como luego veremos, al comienzo el COIP, preveía una pena de tres a cinco años.

Lo expuesto supone que, la pena establecida en Ecuador para el robo, es colosal frente a otras normativas, tal vez, podría decirse que la pena en el Perú y Paraguay es mayor, porque supera los 7 años, empero, el piso es menor —3 años y 1 año— y no de 5 como pasa en Ecuador. Pero, sobre todo la pena del primer inciso del Art. 189 del COIP, supone una regresión de derechos, que la Constitución prohíbe (Art. 11 numeral 4), pues si antes debía considerarse el monto de lo sustraído, para determinar la pena, no hay razón para su eliminación en el robo, más cuando el propio COIP, si lo tiene presente para otros delitos, *verbigracia*: estafa, hurto, abigeato, daño a bien ajeno, lavado de activos, defraudación tributaria, defraudación aduanera, etc., a efecto de fijar la pena en concreto que debe recibir la persona sentenciada.

En España, por ejemplo, el legislador (Art. 242 4, numeral 4) considera la posibilidad de rebajar la pena en atención a la escasa violencia ejercitada por el agente, valorando el resto de cuestiones que bordean el caso (Souto, 2017). En línea con lo anterior, tenemos que es “inadmisible agravar un robo por haberse empleado violencia contra la víctima, pero sí podría considerarse el grado de violencia utilizado” (Ziffer, 2013: 107), a efecto de saber si la violencia es leve o intensa. Estas situaciones no pasan en Ecuador, pues da igual, que el sujeto activo, cause un simple rallón en la víctima, que no le genere tiempo de incapacidad, que le golpee y las lesiones le produzcan 120 días de incapacidad. En ambos casos, se inicia el proceso penal por el delito de robo, excepción hecha del cuarto inciso del Ar. 189 del COIP, que tiene una pena mayor, cuando a nuestro criterio, aparte del monto de lo quitado, sí debería tenerse presente para regular la pena del robo, el tiempo de incapacidad que generen las lesiones.

En Ecuador, la pena del lavado de activos es similar a la del robo con amenazas o violencias, sólo cuando el perjuicio supera los 100 salarios básicos (\$ 39400,00), esto a pesar de que el lavado de dinero, lesiona varios bienes jurídicos que atañen al Estado; al contrario, de lo que pasa con el robo, donde se afronta la propiedad y eventualmente la integridad, estando de por medio cuestiones particulares. El enriquecimiento ilícito,



posee igual pena que el robo, cuando el incremento del patrimonio es superior a 200 (\$ 78800,00) y menor a 400 salarios básicos (\$ 157600,00), enriquecimiento ilícito, que forma parte de los delitos contra la administración pública, que está al mismo nivel del robo, para efectos de graduar las penas, cuando los intereses son disímiles. Es más, el enriquecimiento ilícito, es imprescriptible y se puede juzgarlo en ausencia (Art. 233 segundo inciso de la Constitución), lo que devela el carácter grave de esta conducta, que no podría equipararse al robo, o por lo menos, se debería establecer una pena gradual en el robo, en función del monto y las lesiones. Como se vislumbra, el Estado antepone la propiedad, a los intereses del Estado y a la libertad.

El robo tiene la misma pena, de otras conductas quizá más lesivas, como la manipulación genética (Art. 214 segundo inciso), el delito de tráfico de drogas a gran escala (Art. 220 numeral 1 literal c), actividad ilícita de recursos mineros (Art. 260), rebelión (Art. 336), sabotaje (Art. 345), donde es claro que están inmersos intereses públicos y no particulares. El robo incluso tiene una pena mayor que el cohecho (Art. 280) o que la concusión (Art. 281), que son más graves, porque se trata del funcionario público que cobra por un servicio que tiene el deber de hacerlo, o que exige dicho pago.

El COIP en la exposición de motivos alude a la proporcionalidad de las penas. En el capítulo de las penas, establece un techo: “no se impondrán penas más severas que las determinadas en los tipos penales de este Código” (Art. 53) ¿Qué pasaría si al juez le parece que la pena del COIP en un caso concreto es desproporcionada? Por ejemplo, el daño de un bien ajeno (Art. 204). Siendo el perjuicio la rotura de un parabrisas de un automotor. La persona repara el daño, ¿tiene sentido enviarle dos meses a la cárcel? La respuesta es negativa (Avila, 2015). Igual sucedería en el robo, si la persona procesada llega a un acuerdo con la víctima, y deciden aplicar la conciliación, que es viable según el Art. 663 numeral 3) del COIP, pues al fin de cuentas, en la mayor parte de los casos, lo que anhela el sujeto pasivo es recuperar el objeto, y en base al acuerdo, pierde sentido la privación de libertad.

Este subprincipio requiere que la severidad de las penas se determine según la gravedad de los delitos. Para aplicarlo, precisamos medir cuán graves son los delitos y cuán severas son las sanciones. ¿Dónde se sitúa el robo en la escala de gravedad de los delitos? (Von Hirsch, 1998). Quizá los delitos contra la propiedad, son los que deben



recibir menores penas, pues con el resarcimiento, las cosas vuelven a su estado anterior, asimismo, lo que le interesa a la víctima es recuperar el objeto, o que le den dinero, para comprar un objeto similar del que fue despojado, estas situaciones no pasan en los delitos contra la vida, indemnidad sexual, administración pública, entre otros. Y si en vez de dosimetría, hay una asimetría penológica, esto lesiona “el principio de proporcionalidad” (Peña, 2013: 233). Y si se suben las penas, en delitos que producen un daño menor, verbigracia el robo, “el riesgo al que se enfrenta el infractor potencial de la norma resultará desproporcionado” (Namnum, 2018: 73).

En consecuencia, una pena de prisión alta como en el robo, cuando hay una agravante no constitutiva, no se corresponde con la gravedad del delito. De imponerse una pena elevada “se estaría prodigando una pena mayor para un delito de menor gravedad” (Arias, 2012: 67), pues no cabe duda de que la conducta de una persona que lava dinero, o que se enriquece ilícitamente, son más dañinas, porque afectan a la economía del Estado y los caudales públicos, frente al acto de alguien que despojó de un objeto de dominio de una persona. Por eso, sería bueno una reducción de la cantidad de las penas, límite que, como se ha sostenido, no debiera superar los quince años, como sucede en Dinamarca y en Alemania (Ferrajoli, 2008).

Mediante este subprincipio, se prohíbe que una afectación intensa de la libertad sea correlativa tan solo a una protección mínima o leve de otro derecho o bien jurídico (ejemplo, en el evento de que de que se castigara con 30 años de prisión el hurto del radio de un automóvil). La protección de este aspecto leve del derecho de propiedad no justifica la intensa restricción de la libertad que una condena semejante implicaría. En síntesis, cuanto más grave es un delito, más afecta al bien jurídico protegido, y por lo tanto, mayor debe ser la protección legislativa y mayor la pena a imponer (Bernal, 2014). A la inversa, si el delito no afecta bienes jurídicos de trascendencia, no existe una razón jurídicamente válida para imponer una pena mayor. En este caso, cabe la interrogante de si resulta proporcional, que, frente al robo de un celular, así sea que se lo haya ejercido con amenazas o violencias al titular del bien jurídico, se impongan penas de 9 años 4 meses, cuando el valor del celular es ínfimo, las lesiones ocasionadas son leves o no dejan huellas visibles, o cuando es deseo del sujeto activo reparar el daño causado a la víctima.



Si bien, es a la AN a quien le corresponde expedir leyes —para tipificar delitos y establecer las sanciones— (Arts. 130 numeral 6 y 132 numeral 1 de la Constitución). Esto no implica una discrecionalidad absoluta para definir los tipos penales y sus castigos, pues al estar en un Estado Constitucional de derechos, esta competencia legislativa debe enmarcarse y respetar los derechos constitucionales que aparecen, como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado (Cote-B, 2008). La razón de ser es que la tipificación de un delito y la fijación de la pena correspondiente constituye una intervención en los derechos constitucionales (Bernal, 2014); por ende, frente a la existencia de una sanción desproporcionada, podría alguien demandar la inconstitucionalidad de esa norma, o un operador jurídico al conocer el caso que decide, podría hacer “sonar la alarma” y remitir en consulta la disposición legal a la Corte Constitucional (CC) (Art. 428 de la Constitución).

Sobre la pena del robo, el Art. 149 del proyecto COIP enviado por el Ejecutivo a la AN, establecía una pena de 3 a 5 años, y en el último inciso de tal disposición, se sostenía que si lo robado no rebasaba una remuneración básica, era suficiente la reparación integral, es decir, que la pena era vista como el último recurso.

Posteriormente, Rosana Alvarado (PAIS) mientras se preparaba el informe para primer debate del COIP, el 23 de abril de 2012, pedía:

Que se gradúe la pena, considerando la cantidad de lo robado, ya que no es lo mismo llevarse una oveja que llevarse un rebaño, o llevarse una oveja de un campesino que posee dos, que la de un hacendado que posee cientos, que se considere además la gravedad del daño causado (Acta 120: 12).

Con esa concepción, se envió el informe para primer debate, donde el Art. 175 determinaba para el robo una pena de tres a cinco años, no obstante, se excluyó la última parte del Art. 149 del proyecto enviado por el Presidente de la República.

El 04 de julio de 2012, Vicente Taiano (PRIAN) en la AN, mientras el COIP se discutía en primer debate, decía estar inconforme con la pena del robo:

[...] Miren lo que estamos poniendo en el artículo ciento setenta y cinco [...] lo que sucede todos los días en todas las ciudades del país, que uno va por la calle,



le ponen un revólver, se le llevan el carro y si alguna resistencia pone le van pegando un tiro, eso es un robo con violencia, y aquí estamos tipificando [...] con una pena privativa de libertad de tres a cinco años apenas [...] éste sería un delito susceptible de caución [...] Creo que tenemos que hacer ahí realmente una aplicación de proporcionalidad y dosimetría (Acta 174B: 70).

Si bien, el criterio del Asambleísta Taiano, dista mucho del concepto de pena proporcional. No obstante, se terminó acogiendo su postura, por eso, en el Art. 189 del informe para segundo debate, se fijó la pena para el robo, de cinco a siete años. Con esa pena, se envió al Ejecutivo, sin que, en esta parte, haya sido objetado el proyecto, quedando con el texto definitivo que conocemos. Además, tuvo eco el criterio del referido legislador que el robo no admite caución (Art. 554 del COIP), y tampoco en el caso de haberse dictado la prisión preventiva, cabe la sustitución (Art. 536 ibídem).

La proporcionalidad de la pena del robo, es un asunto que no ha dejado de considerarse en la AN. Así, el 19 de diciembre de 2018 fue presentado el Informe para Primer Debate de Reformas al COIP (Nacional, 2019), donde se menciona que se debe modificar la pena del robo en general, graduándolo según el monto de lo sustraído.

En este aspecto, la propia CEJEE señala que el COIP contiene un grave problema de dosimetría penal, ya que la lógica que utilizó el legislador en su momento fue la de mantener las penas vigentes en el CP ahora derogado o incluso aumentarlas, en ningún caso disminuirlas, lo cual ha provocado no sólo un mayor punitivismo sino que transgrede el principio de proporcionalidad ordenado en la Constitución. Esto implica, que después de cuatro años y medio de vigencia del COIP, la AN se dio cuenta que la pena del robo es exagerada.

La propuesta radica en disminuir las penas del robo: **a)** cuando el robo se comete únicamente con violencia, la pena será de tres a cinco años; y, **b)** si para la consumación del robo se usan las amenazas, la pena será de uno a tres años.

La escala del perjuicio, conforme el aludido informe, sólo se aplica en los casos de robo con fuerza en las cosas: **a)** de tres a seis meses, si el valor del bien sustraído no supera un salario básico unificado del trabajador en general; **b)** de seis meses a un año, si el valor del bien sustraído es mayor a uno e inferior a tres salarios básicos unificados



del trabajador en general; y, c) de uno a tres años, si el valor del bien sustraído es mayor a tres salarios básicos unificados del trabajador en general.

2. 5. Función del Derecho Penal, el delito de robo y la proporcionalidad de la pena: Constitución versus COIP

La Constitución acoge los axiomas del Derecho Penal mínimo, cuando le dice a la Fiscalía, que debe actuar según el principio de mínima intervención penal, que considera a la pena, como el último recurso al que se debe acudir. No obstante, cuando leemos el COIP, vemos que admite los postulados del Derecho Penal máximo como es el incremento de las penas.

El COIP, sobre la pena privativa de la libertad, establece que no podrá exceder los 40 años (Art. 20). Es fácil advertir que el COIP aumentó el tope de la penología para los delitos, ya que, en el CP, la pena más grave era de 25 años, y ante la concurrencia de infracciones se aplicaban las reglas del Art. 81 que instituía una acumulación jurídica para el establecimiento de la pena única, de tal forma que, se imponía la pena más drástica, que sumada podría ser de hasta 35 años, empero, sólo en los supuestos de los numerales 3 y 6 del Art. 81, es decir, en casos de reclusión mayor especial. El COIP, regula una situación inédita, que hace que si a una persona, le son atribuibles varios delitos, cuando tiene 30 años, se le sumen las penas, y salga de la cárcel cuando cumpla 70 años, lo cual le convierte a esta pena en perpetua; si lo es, no se puede cumplir la resocialización y por tanto deviene en inconstitucional (Donoso, 2015).

La tendencia punitivista del COIP, en relación con el CP, se vislumbra en el aumento de las circunstancias agravantes y la disminución de las atenuantes (Avila, 2015), lo cual hace que existan más probabilidades de que las penas crezcan aún más.

Los límites del poder punitivo en el Estado constitucional se presentan en tres instantes: legislativo, judicial y ejecución penal (Avila, 2015). En el caso de éste último, se evidencia cuando hay una sentencia condenatoria ejecutoriada. El límite es la función “resocializadora” de la pena. Esta finalidad consta en el Art. 201 de la Constitución, es la prevención especial positiva. Especial, porque se dirige a la persona, y positiva ya que intenta producir un beneficio en la persona sentenciada, habilitarla y prepararla para que cuando salga del encierro, vuelva a la sociedad de la que salió al infringir la norma.



De su lado, el Art. 52 del COIP establece que los fines de la pena son la prevención general, el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona condenada y la reparación del derecho de la víctima. Según esta norma, el fin último es la prevención general negativa. General porque se dirige a la sociedad, y negativa ya que intenta precaver la consumación de delitos, mediante la disuasión a las personas que se abstengan de delinquir y es tan negativa, porque se emplean penas draconianas. A la prevención general no le interesa la persona sino la sociedad. Esta prevención no está en la Constitución, no obstante, el COIP lo establece inconstitucionalmente (Avila, 2015).

La Constitución garantiza el derecho a la igualdad formal, material y la no discriminación (Art. 66 numeral 4), esto implica, que las personas deben ser tratadas de la misma forma, tanto en la elaboración de las normas, cuanto en su aplicación, salvo que exista alguna situación razonable y justificable, que permita dar un tratamiento distinto. En esa línea, el Art. 11 numeral 2) *ibídem*, señala que todas las personas son iguales y tendrán los mismos derechos, deberes y oportunidades; en el segundo inciso de ésta última disposición, se enlistan las categorías sospechosas, por las cuales no se puede discriminar a nadie, así, no se puede segregar a alguien por su pasado judicial. Esto implica, que a una persona se le debe juzgar por el delito cometido y no por lo que hizo antes. La Constitución se enmarca dentro del Derecho Penal de acto, a través del cual sólo el comportamiento humano traducido en actos externos penalmente relevantes, puede ser calificado de delito y motivar una reacción penal (Martínez R. d., 2018).

El COIP, en su Art. 22 habla de que no se puede sancionar a una persona por cuestiones de peligrosidad, con lo cual, acata el Derecho Penal de acto. Sin embargo, esta postura se rompe, cuando habla de la reincidencia (Art. 57) e indica que, si la persona vuelve a infringir, se le impondrá la pena máxima prevista, aumentada en un tercio, sin reparar en que cuando alguien regresa a delinquir, después de salir de la cárcel, es porque fracasó la función resocializadora de la pena, a cargo del Estado, empero, paradójicamente la culpa del Estado, se la endosa al más débil. Con ello, se adopta el Derecho Penal de autor, el cual implica que, la pena se vincula a la peligrosidad del autor, y se castiga al “homicida”, no el “homicidio”, al “ladrón”, no el “robo”, etc. (Martínez R. d., 2018).



La reincidencia como una situación que empeora la pena, ha sido criticada, en el sentido de que no es más grave la lesión del bien jurídico por el hecho de que el autor haya delinuido primariamente; por lo que, si la pena se agrava en virtud de condenas cumplidas, falta la adecuada proporción entre la gravedad del hecho y la drasticidad de la pena, con lo cual, se estaría sancionando una forma de ser —reincidente— y no el hecho concreto, por ende, una pena, que tiene presente la reincidencia como agravante no sería proporcional, por ello, el Código Penal Alemán suprimió la agravante de la reincidencia (Caruso, 2014), inclusive la Corte IDH, estableció que la peligrosidad social no puede ser invocada en un estado democrático, en cuanto corresponde a un Derecho Penal de autor (Fermín Ramírez contra Guatemala, 2005).

También, cuando se menciona la suspensión condicional de la pena, se habla de que la persona sentenciada no tenga vigente otra sentencia. Asimismo, una de las condiciones para darle la aludida suspensión es no ser reincidente.



CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN LAS SENTENCIAS POR DELITOS DE ROBO DICTADAS POR LOS OPERADORES JURÍDICOS DE CUENCA: 2014-2016

3. 1. El derecho en acción

La división de funciones se origina con el advenimiento del constitucionalismo y del principio de legalidad, que limitaba el poder del monarca y evitaba sus abusos. Sí la necesidad de dividir el poder, tenía como fundamento fragmentar las actividades que realiza el Estado para una sobresaliente prestación de los servicios, entonces esa partición permite una mejor actuación estatal. Por ello, emergen las funciones: Ejecutiva, Legislativa y Judicial, cada una con potestades respecto de las que no puede intervenir la otra, es lo que se conoce como independencia externa.

La Función Ejecutiva está para para dirigir el Estado, además, posee facultad reglamentaria y de colegisladora. La Función Legislativa es la encargada de elaborar la normativa jurídica infra constitucional y de fiscalizar los actos del poder. La Función Judicial aplica la normativa en los casos concretos, es decir, es el derecho en acción.

En el asunto de la proporcionalidad, están inmersas dos funciones: Legislativa y Judicial. Así, a la primera le corresponde aplicar la proporcionalidad en abstracto, al momento de tipificar una conducta como delito y dotarla de una pena. Mientras que, a la Función Judicial, le compete emplear la proporcionalidad en concreto, pues es el juez, quien debe aplicar la pena proporcional y definitiva al caso juzgado.

Se seleccionó a la UJPC, porque es el ámbito donde se desempeña el investigador. Se eligió el período agosto 2014-julio 2016, porque el 10 de agosto de 2014, se puso en vigencia el COIP, desde ese tiempo comenzaron a juzgarse los casos de robo mediante el procedimiento directo. Se fijó como límite el mes de julio de 2016, ya que el investigador se desempeñó, hasta ese mes como Fiscal de Patrimonio Ciudadano de Cuenca, pues desde agosto de 2016, pasó a prestar su contingente en otra unidad, *ergo*, hasta esa fecha era más fácil el acceso a los casos examinados. También, porque en septiembre de 2016, la Corte Nacional de Justicia (CNJ), sostuvo que en los delitos contra la propiedad que superen los cinco años —caso del robo analizado—, no son susceptibles de aplicar el procedimiento directo, incluso si el monto del perjuicio no



supera los 30 salarios básicos unificados del trabajador en general (Justicia, 2016), situación que fue corroborada con la Resolución No. 10-2018 de la CNJ.

La UJPC fue creada mediante Resolución No. 176-2014 del Consejo de la Judicatura (CJ). Estuvo integrada por 4 juezas y 12 jueces. De esas 16 personas, entrevistamos a 2 juezas y 6 jueces, porque fueron quienes decidieron los casos investigados. Las entrevistas a los 6 jueces fueron grabadas, las 2 juezas, no permitieron su grabación, empero, quedó la constancia por escrito de las respuestas dadas. A los jueces entrevistados se asignaron números del 1 al 6, y a las dos juezas los números 1 y 2. Cuando nos refiramos a los criterios esgrimidos en la aplicación de la norma usaremos la expresada numeración.

La proporcionalidad en concreto, llamada determinación judicial de la pena, es “el acto mediante el cual el juez fija las consecuencias de un delito” (Ziffer, 2013: 23), empero, ¿Cómo el juez puede saber la cantidad de pena necesaria para que el sujeto activo se resocialice? En el delito de robo ¿Cómo conocer que una persona requiere 5, 7 o 9 años para resocializarse? ¿Qué acontece si al año de estar en prisión, el penado se resocializa? Si es así, tendría sentido que siga purgando la pena, si ésta cumplió una de sus finalidades (Cancho, 2017). Por ende, la labor que tienen los jueces es seria, la cual es buscar que la pena sea proporcional al delito causado.

Sobre la proporcionalidad, todos los jueces y juezas entrevistados, coinciden en que tiene raíz constitucional —Art. 76—. Todos conciben que la proporcionalidad debe ser entre la pena y la infracción cometida —proporcionalidad en abstracto—. Sólo los jueces 2 y 3, además, hablan de la proporcionalidad en concreto, al decir que la pena a imponerse, debe considerar aspectos como: el grado de ejecución, el bien jurídico afectado (Art. 54 del COIP). El juez 4 dice que, en la adopción de la pena definitiva, se deben tener presentes las agravantes del tipo penal, sobre esto, el juez 5 sostiene que, en nuestro país la tendencia se dirige hacia el endurecimiento de las penas.

En el robo, el juez debe justipreciar si la violencia o intimidación pueden ser catalogadas de menor o mayor entidad (Souto, 2017) como pasa en España, donde sí se verifica que la violencia o intimidación son insignificantes, la pena se acorta. Otra situación es que el valor del bien cobra vigencia en la imposición de la sanción, así,



tendrá mayor pena aquel que sustrajo un bien de mayor valor económico que aquel que sustrajo un bien de escaso valor (Salinas, 2010), esto acaece en Perú. Sin embargo, el COIP, no toma en cuenta ni lo uno ni lo otro, cuando no es igual, golpear y causar una contusión que no genera tiempo de incapacidad que ocasionar una lesión que origine una incapacidad por treinta días; y, el del monto del robo, pues no es lo mismo, sustraerse un vehículo que un celular, esto se debería considerar, para que el juez plasme en su sentencia y justifique porque impone una pena.

En torno a lo anterior, el juez 6 expresa que, en la mayoría de los delitos regulados en el COIP, hay la proporcionalidad, con excepción de los delitos contra la propiedad, donde incluso podría haber una salida alternativa, como es la conciliación.

Sobre la graduación de la pena considerando el tiempo de enfermedad e incapacidad que produzcan las lesiones. El juez 2 indicó que, si se podría graduar la pena en función de aquello, porque ese tiempo, objetivamente se puede establecer con una pericia médica. El juez 5 sostuvo que si se debería tener en cuenta el tiempo de incapacidad ocasionado. El juez 6 refirió que debe considerarse la clase de violencia que se ejerció contra la víctima. Sin embargo, el juez 1, dijo que graduar en función del tiempo de incapacidad sería revictimizar al sujeto pasivo del robo, ya que tendría que hacerse el examen, empero, aquello no sería una forma de revictimización.

Respecto a graduar la pena, en función del perjuicio ocasionado. El juez 1 dijo que no es dable medir la pena en función del monto de lo sustraído, porque en el robo no importa la cantidad despojada. El juez 2 refirió que sí comparamos la pena del robo con la de los delitos contra la administración pública, entonces vemos que da igual que la afectación sea uno o cien dólares, *ergo*, no aconseja regular en función del monto, aunque como vimos, en el lavado de activos y en el enriquecimiento ilícito, para la imposición de las penas si se considera la cantidad del perjuicio. El juez 5 dijo que el monto de lo sustraído no tiene interés alguno para el legislador. En la otra orilla, el juez 3 reveló que es idóneo graduar la pena del robo por el monto. El juez 6 expresó que debería considerarse la cantidad del perjuicio, coincidiendo con nuestro criterio y el del legislador, que hace parte de las últimas reformas que se plantean al COIP, aunque sólo se haya acogido el monto para el robo con fuerza en las cosas.



El COIP, al igual que en España, usa el criterio de la pena pendular o denominada indeterminación relativa, que impone un mínimo y un máximo, siendo obligatoria, previo a la imposición de la sanción, la verificación de: **a)** los elementos constitutivos del delito, **b)** la concurrencia de atenuantes y/o agravantes; y, **c)** la individualización del grado de participación (Villagómez, 2015).

Los elementos constitutivos del robo son: sujeto activo, sujeto pasivo, bien jurídico (propiedad), cosa mueble ajena, la sustracción o el apoderamiento, violencias, amenazas y el ánimo de apropiación. Empero, el robo cometido ya sea con amenazas o violencias —cause o no lesiones— independiente del monto sustraído, tiene una pena de 5 a 7 años, excepción hecha del cuarto inciso del Art. 189 *ibídem*. En torno a la afluencia de agravantes no constitutivas, la existencia tan sólo de una, hace que el techo de la pena suba en un tercio; en el caso de las atenuantes, se deben demostrar al menos dos para que se imponga el piso, reducido en un tercio. El autor y coautor tienen la misma pena, no así el cómplice que obtiene una pena menor (Art. 43 del COIP).

Sobre los aspectos que reflexionan los jueces, para imponer la pena definitiva. El juez 3 sostiene que no se trata de imponer la pena por imponer; en esta línea, el juez 5 indica que la aplicación de la pena, no es una cuestión matemática; en cambio, el juez 2 dice que sí es una operación matemática, concordamos con el último juez, pues el juez no posee mucho margen de aplicación de la pena; así, si se demuestra una agravante, la pena máxima aumenta, si se establecen al menos dos atenuantes, la pena mínima baja.

En lo que todos conciertan, es que se deben tener presente: el bien jurídico afectado, la existencia de agravantes y atenuantes, el grado de participación, modalidad de la conducta y el impacto social que tiene esa conducta penalmente relevante. No obstante, estas situaciones, excepción hecha del impacto social, que es una cuestión eminentemente subjetiva, están normadas. Así, la infracción dolosa tiene una pena más que la infracción imprudente, el autor recibe una pena más alta que el cómplice, el delito consumado tiene una pena mayor a la infracción en el grado de tentativa, y es en base al bien jurídico afectado, que en teoría el legislador graduó las penas.



3. 2. Tipos de sentencias analizadas

3. 2. 1. Sentencias que se adecúan a la Constitución

La proporcionalidad debe ser aplicada por la Función Legislativa y por la Función Judicial. Si no lo son, puede ejercer el control difuso de constitucionalidad de las leyes e inaplicar las leyes (Ávila, 2007). Esto bajo la vigencia de la Constitución de 1998, donde teníamos un control difuso (Art. 274), a cargo de cualquier juez respecto de las causas que conocían, una vez que declaraban inaplicable, el funcionario debía elaborar un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, mismo que era enviado al Tribunal Constitucional para que se pronuncie con efectos generales.

Por su parte, la Constitución de 2008, en su Art. 428, prescribe que: “Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, *considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución* o a los instrumentos internacionales de derechos humanos, *suspenderá* la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional...”.

A lo dicho por la Constitución, la LOGJCC (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional) y el COFJ, agregan que el juez debe plantear la consulta sólo cuando tenga duda razonable y motivada de que ese precepto es contrario a la Constitución, la interrogante es que pasa si el juez está convencido de que la norma es inconstitucional, la debe inaplicar directamente y ahí se abriría la puerta para un control difuso.

Sin embargo, el último punto del párrafo anterior, fue aclarado en la sentencia No. 001-13-SCN-CC (2013) que ha venido a confirmar que en el Ecuador sólo hay el control concentrado en manos de la CC. En esta decisión, se agrega que, si bien los jueces tienen la obligación de advertir la existencia de disposiciones jurídicas contrarias a la Constitución, siempre deben elevar en consulta a la CC, para que ésta se pronuncie sobre su constitucionalidad. Asimismo, se dice que bajo ningún concepto, incluso si el juez tiene la certeza de que esa norma es inconstitucional, no la puede inaplicar dentro del caso concreto, sino que debe elevarla en consulta, por ende, los jueces no pueden inaplicar normas jurídicas y continuar sustanciando la causa, con lo cual no se cumplen los presupuestos del control difuso: **a)** posibilidad que tienen los jueces para declarar la



inaplicabilidad de normas que sean contrarias a la Constitución; y, **b)** en el caso puesto en su conocimiento. En Ecuador no hay control difuso, a pesar de que en un Estado constitucional debe haber este control.

Con el antecedente descrito, los jueces en los casos analizados, no aplicaron la Constitución, en torno a la proporcionalidad. Quizás invocando el principio de aplicación directa, en sus decisiones podrían haber ido más allá, y al menos remitir en consulta el expediente, porque le genera dudas que la pena impuesta al robo con amenaza o violencia al existir una agravante no constitutiva de la infracción, es desproporcionada. Sin embargo, en la otra esquina, está el principio de seguridad jurídica, que es una garantía para las partes, de que las decisiones se tomarán en base a lo previsto en la normativa jurídica.

En tal virtud, las decisiones revisadas, no consideran la Constitución, aclarando, sólo en el tema de la proporcionalidad, porque los juzgadores, luego de analizar las circunstancias del proceso y de la persona, aplican la pena que determina el COIP.

3. 2. 2. Sentencias que comulgan con el COIP

Tabla 1
Comparación de los casos analizados

Caso	Objeto robado	Valor objeto	Amenazas/ violencias	Agravante aplicada	Defensa	Penas	Juez (a)
1	Dos relojes	\$ 50,00	Amenazas	Reincidencia	Pública	9 a 4 m	Jueza 1
2	Celular	\$ 60,00	Amenazas	Reincidencia	Pública	9 a 4 m	Jueza 1
3	Celular	\$ 80,00	Violencias	Reincidencia	Pública	9 a 4 m	Jueza 2
4	Celular	\$ 250,00	Violencias	Reincidencia	Pública	9 a 4 m	Jueza 1
5	Celular	\$ 20,00	Violencias	Dos o más personas	Privada	9 a 4 m	Juez 1
6	Celular y billetera	\$ 315,00	Amenazas	Dos o más personas	Privada	9 a 4 m	Juez 2
7	Celular y dinero	\$ 400,00	Amenazas	Dos o más personas	Pública	9 a 4 m	Juez 3
8	Celular	\$ 200,00	Amenazas	Víctima menor de	Pública	9 a 4 m	Juez 3



				edad			
9	Bicicleta y dinero	\$ 400,00	Amenazas	Dos o más personas	Privada	9 a 4 m	Juez 1
10	Celular	\$ 600,00	Amenazas	Dos o más personas	Pública	9 a 4 m	Juez 4

Fuente: elaboración propia

En este punto se analizarán 10 sentencias que implican todos los casos que fueron conocidos por las tres Fiscalías de Patrimonio Ciudadano del cantón Cuenca, y a las que se tuvo acceso, es decir, que se trata de una investigación que no toma muestras, sino que analiza el universo entero.

El COIP estableció como procedimiento especial, el directo, en cuya audiencia de juicio, se concentran todas las etapas del proceso y se resuelve la situación jurídica de la persona aprehendida, en un plazo máximo de 10 días. Este procedimiento ha sido puesto en tela de duda, entre otras cosas, por el espacio de tiempo tan corto, que se tiene para recopilar elementos de prueba, pues tres días antes de la audiencia, las partes deben hacer su anuncio probatorio, entonces tendrían 7 días para recopilar tales elementos, lo que pone en entredicho la garantía de la defensa de contar con los medios y el tiempo necesario para preparar una defensa técnica adecuada.

Este procedimiento hace gala del eficientismo penal, técnica que busca “un sistema penal y un poder punitivo medido en sentencias condenatorias y en mayor número de personas privadas de libertad, logradas en el menor tiempo posible” (Avila, 2015: 28). Nos referimos al procedimiento directo, pues todos los casos que traemos a colación fueron sustanciados con tal procedimiento.

El Art. 640 numeral 2) del COIP, establece el procedimiento directo, en dos casos: **a)** ilícitos flagrantes que tengan una pena de hasta cinco años; y, **b)** delitos flagrantes contra la propiedad, cuyo monto no exceda de los treinta salarios básicos unificados del trabajador en general. En el robo, que primero fue declarado flagrante, y en segundo lugar, que la cantidad de lo sustraído, no supera los treinta salarios, al estar bajo el segundo supuesto, debe aplicarse el procedimiento directo, porque el primer numeral, entendemos es para todos los delitos que tengan una pena máxima de hasta cinco años, excepción hecha de los ilícitos contra la propiedad, que tiene su propia regla (segundo numeral). Incluso, en un caso estudiado, a los Jueces de la Sala Penal de



Cuenca, les plantearon que el robo no debía sustanciarse con el procedimiento directo, los jueces desecharon esa alegación, a pesar de que luego, al resolver los conflictos de competencia generados dentro de los procesos 01283-2016-03863 y 01283-2016-03742, indicaron que el robo debe tramitarse bajo con el procedimiento ordinario, en esa línea, la CNJ (Resolución No 10-2018, 2018), confirmó que los casos de robo examinados, deben ventilarse en procedimiento ordinario, sin importar el monto sustraído.

Los procesos analizados, conocidos por los jueces y juezas de la UJPC, incluidas las sentencias híbridas, que las trataremos en el siguiente apartado, fueron resueltas por 2 juezas y 6 jueces de la mencionada Unidad.

Para el estudio de las sentencias, nos basamos en el documento “Propuesta Metodológica para el análisis de sentencias de la Corte Constitucional” (Magaldi, 2014), al cual se le hizo algunas adecuaciones, centrándose en el tema penal. El análisis *in extenso* de las decisiones judiciales consta en la parte de los anexos.

En el caso de las juezas y jueces que resolvieron los casos, se guardó la reserva debida, se les puso números, aclarando que, si esa misma jueza o juez conoció más casos, se le repitió el número asignado, y este número se corresponde al otorgado en las entrevistas dadas. Finalmente, se esclarece que los casos se los estudió de manera cronológica, dentro del espacio trazado (agosto 2014-julio 2016).

De la **tabla 1** se derivan las siguientes realidades.

En 8 de los 10 casos, el objeto sustraído fue un celular, en el otro, dos relojes, y en el otro una bicicleta y dinero en efectivo. Esto devela que nuestra ciudad, no es ajena al fenómeno que se vive en otras latitudes, verbigracia: en “Inglaterra que ha visto un aumento en el robo de teléfonos celulares en las calles” (Waller, 2008: 94). Por algo, en el Ecuador, en el año 2017, 9 de cada 10 hogares poseían al menos un teléfono celular (INEC, 2018), esto denota que tales dispositivos, se han convertido en un objeto de compañía de las personas.

En torno a los montos sustraídos, tenemos que, en 7 casos, no superan un salario básico unificado, considerando los salarios de los años: 2014, 2015 y 2016. En los restantes tres casos sí sobrepasaron, llegándose a un valor de \$ 400,00 en dos casos y \$



600,00. Esto implica que, en la mayoría de las decisiones, lo sustraído no encarnaría mayor valor adquisitivo para la clase media, al menos en términos numéricos, y se evidencia que el robo se consumó para solventar una necesidad del agente.

El Art. 189 primer inciso del COIP, sostiene que para la sustracción de la cosa mueble ajena deben emplearse amenazas o violencias. En 7 casos los sujetos activos profirieron amenazas, mientras que las violencias se utilizaron en 3 casos, empujándole a la víctima, haciéndola caer para luego quitarle la cosa mueble.

Lo dicho, nos permite comparar entre el CP y el COIP. Así, sí los agentes empleaban las amenazas, estando vigente el CP, entonces hubieran sido sancionados con prisión de 1 a 5 años, y sólo de 5 años cuando ejecutaron el robo utilizando armas (Art. 552 numeral 2 del CP), como pasó en 4 casos. Si en el robo se empleaban violencias, la pena sería de 3 a 6 años de reclusión menor, y sólo cuando se acreditaba que las violencias produjeron heridas (Art. 552 numeral 1 del CP) se imponía la pena máxima, precisando que en ningún caso analizado, fueron acreditadas las lesiones recibidas, a través de un reconocimiento médico, por ende, no se les podría haber aplicado la pena máxima (6 años) sino menos. Aclarando que bajo la vigencia del CP, sólo cuando se cumplían dos o más circunstancias de las previstas en el Art. 552, la pena era de reclusión de seis a nueve años. Asimismo, el CP, establecía que el juez al determinar la pena en concreto, debía considerar el valor de lo sustraído, situación no considerada por el COIP.

Durante el año 2014, en los albores de vigencia del COIP, se dieron 4 casos de robo, donde se establecieron sentencias de 9 años 4 meses, empero, no en aplicación de las agravantes del Art. 47, sino conforme a la reincidencia que tenían las personas, una vez acreditada la reiteración, se debe imponer la pena máxima prevista para el delito, incrementada en un tercio (Art. 57 del COIP).

Reincidencia proviene del latín *reincidere* que significa recaer (Cornejo & Martínez, 2018). La reincidencia puede ser: **a)** específica: cuando el delito posterior debe contener los mismos elementos de tipicidad objetiva y subjetiva que el anterior, así, si el sujeto activo fue condenado por un robo, el delito posterior debe ser un robo; **b)** similar: cuando el delito posterior es de la misma familia del anterior, pero no el mismo, verbigracia, que el delito anterior haya sido un robo, y el posterior una estafa,



ambos son delitos contra la propiedad; y, c) no específica: cuando el delito posterior no es idéntico o similar al anterior, sino puede ser cualquier delito, por ejemplo, que el delito anterior haya sido un robo y el posterior una violación (Cancho, 2017).

Sobre la agravación de la pena por la reincidencia hallamos dos posturas.

La una justifica el hecho de que la reincidencia sea una agravante, porque el autor en el segundo delito obró con mayor culpabilidad, bajo esta óptica, se entiende que el reincidente, que ya ha soportado una pena, al cometer un nuevo delito demuestra su insensibilidad a la pena anteriormente cumplida (García, 1992), esto implica, que por ser un transgresor consuetudinario de la norma, debe recibir una mayor punición. Sin embargo, el sistema penal castiga al más débil de la relación, pues si esa persona no se rehabilitó conforme la función de prevención especial positiva de la pena, es por culpa del Estado, y no tiene por qué pagar los platos rotos, pues como indicó el Juez 6, si esa persona vuelve a cometer la infracción, es un problema que concierne al Estado.

El juez 1 indicó que la reincidencia debe ser considerada sólo para fines penitenciarios. El juez 2 dijo que aplicando la reincidencia no se atenta ningún derecho, pues se sanciona el hecho concreto más no a la persona. El juez 5 señaló que, a la persona acusada, no le juzga por los ilícitos cometidos anteriormente, sino que si en la audiencia, se determina que realizó antes otros ilícitos, y es hallado culpable del delito sobre el que se le está juzgando, no le toca más remedio que incrementar la pena máxima en un tercio, es decir, es un aplicador de la ley.

En la otra vereda, se sostiene que es irracional que el legislador, aumente la pena por la reincidencia, porque la peligrosidad no se puede tabular en abstracto (García, 1992), pues se termina sancionando a la persona por ser estigmatizado como delincuente y no por la acción que desplegó, esta forma de graduar la pena es “propia de modelos de Derecho Penal de autor” (Bessone, 2010: 22). Otra cuestión, es que, en Ecuador, si se tuvo antes una sentencia condenatoria por un robo, y luego se comete ese mismo delito, opera *ipso facto* la reincidencia, cosa que no pasa en España, donde “entre las circunstancias agravantes, sólo la reincidencia, a partir de la segunda reincidencia, tiene virtualidad para elevar la pena” (Martínez A., 1997: 118).



También, al aplicar la reincidencia como agravante, se viola el principio *non bis in ídem*, comprendido no sólo como la prohibición de juzgar dos veces por un mismo hecho, sino como la proscripción de imputarle al autor consecuencias posteriores, puesto que esa mayor gravedad es resultado de delito juzgado (Reynoso, 1996), esto implica, que la situación jurídica de la persona sentenciada fue resuelta, y no tendría que considerarse ninguna realidad de ese proceso anterior, peor para empeorarle la pena. Además, con la aplicación de la reincidencia se transgrede el principio de igualdad.

El COIP se decantó por la reincidencia específica cuando señala que la reincidencia pasa en delitos con los mismos elementos de tipicidad; además, se requiere que la sentencia condenatoria anterior esté ejecutoriada. En cambio, el CP, en su Art. 77, acogía la reincidencia no específica, pues bastaba, para que opere, la comisión de un delito luego de haber cometido otro, el único requisito era que por el delito anterior haya recibido sentencia condenatoria.

Como bien lo anota el juez 4, la reincidencia en el COIP, es más gravosa que la establecida en el CP. Así, bajo la vigencia del CP, la pena impuesta a la persona reincidente era el máximo (Art. 81 numerales 6 y 7) y no se le incrementaba el máximo más un tercio. Esto implica, que si los casos 1, 2, 3 y 4, donde se condenó a una persona, agravándole la pena por ser reincidente, se cometían estando aún vigente el CP, la pena no hubiese sido la máxima agregada en un tercio, sino que, en los casos 1 y 2 la pena hubiera sido de 5 años, y en los casos 3 y 4 la sanción hubiese sido de 6 años.

De las agravantes previstas en el Art. 47 del COIP, la que más se aplicó, fue la del numeral 5), esto es, la participación de dos o más personas, puesto que el robo es un delito uniofensivo, porque está presente la división de roles de los partícipes.

En 5 casos (5, 6, 7, 9 y 10) se empleó esta agravante, aunque en dos casos (7 y 10), sólo se detuvo a uno de los partícipes. En esa virtud, se propuso a las juezas y jueces entrevistados, el siguiente ejemplo: A y B profiriendo amenazas, le sustraen sus pertenencias a C, la víctima avisa a la Policía, y luego de una persecución ininterrumpida, sólo le detienen a B ¿es dable aplicar esta agravante con respecto a B? Todas las personas consultadas concordaron en que sí la prueba aportada en juicio —testimonios, videos—, acreditan la existencia de otra persona, aunque no se sepa sus



nombres, se debe aplicar esta agravante, porque la prueba es analizada en su conjunto, el proceso penal es un juicio de verdad, y eso lleva a que quien acusa debe acreditar la verificabilidad del hecho, y si el hecho da cuenta de que fueron dos los partícipes en el robo, se debe considerar esta agravante.

La agravante usada en el caso 8 fue la prevista en el numeral 11 del Art. 47 del COIP, es decir, cuando la víctima era una adolescente, lo cual fue acreditado con el Certificado Biométrico, esto bajo la lógica constitucional de que estamos frente a una persona que conforma un grupo de atención prioritaria (Art. 35 de la Constitución), donde la víctima es doblemente vulnerada, primero por haber sido sujeto pasivo del robo, y luego por su corta edad, no va a oponer mayor resistencia en la sustracción.

En 7 casos, la defensa estuvo a cargo de defensores públicos, quienes amparan a las personas que por su condición *económica*, social o cultural, no pueden contratar los servicios de defensa legal para proteger sus derechos (Ecuador, 2018), esto devela que, las personas procesadas en los casos detallados fueron de escasos recursos económicos, de lo contrario, al menos, podrían haberse costado el asesoramiento privado, que tampoco resultó, porque igual en los 3 casos restantes, recibieron la sanción de 9 años 4 meses, que opera matemáticamente, cuando hay propuestas de que la pena máxima de encarcelamiento debe ser 5 años, excepto para los homicidios (Bessone, 2010: 71).

La pregunta es ¿Cuál es la postura que deben adoptar las juezas y jueces si ven que un tipo penal o su pena son inconstitucionales? Tienen tres caminos: **a)** inaplicar el tipo penal; **b)** detener el proceso, si tiene duda razonable, y consultar a la CC; y, **c)** aplicar las normas del COIP (Avila, 2015). La posición más garantista sería la primera, que daría vida al principio de aplicación directa de la Constitución, mientras que la tercera opción, hacer ver una tendencia punitivista. En las resoluciones analizadas en este acápite, las juezas y jueces, se decantaron por aplicar el COIP, bajo el argumento de generar seguridad jurídica, pues en el sistema ecuatoriano, no existe más el control difuso, y los operadores jurídicos no pueden inaplicar normas penales, aunque, el camino más adecuado hubiera sido, al menos, la consulta a la CC.

Al consultar a la CC, la Constitución le asigna un peso mayor al principio *pro legislatore*, pues en última instancia, el juez *a quo* delega la decisión del asunto al órgano especializado, el cual se encargará de hacer efectiva, no sólo la aplicación



directa de la Constitución, sino la supremacía constitucional al determinar la constitucionalidad de la norma (Romero, 2017). Queda claro que bajo el modelo constitucional ecuatoriano vigente, con la sentencia No. 001-13-SCN-CC: “bajo ningún concepto, ante la certeza de inconstitucionalidad de una disposición normativa, un juez podría inaplicarla directamente dentro del caso concreto, siempre debe, elevar la consulta ante la Corte”. Esto implica, que se vedó a las juezas y jueces la posibilidad de inaplicar las normas, así estén seguros de que son inconstitucionales.

3. 2. 3. Sentencias híbridas

Tabla 2
Comparación de los casos analizados

Caso	Objeto robado	Valor objeto	Amenazas/ violencias	Agravante aplicada	Defensa	Penas	Juez (a)
1	Celular	\$ 50,00	Amenazas	Ninguna	Privada	7 a	Juez 5
2	Celular	\$ 164,00	Violencias	Ninguna	Pública	7 a	Juez 6
3	Celular	\$ 100,00	Amenazas	Ninguna	Privada	5 a	Juez 3

Fuente: elaboración propia

Son tres decisiones donde no se impusieron la pena de 9 años 4 meses, situación que *a priori*, daría a entender que se aplicaron postulados constitucionales.

De la **tabla 2** se pueden colegir las siguientes situaciones.

En los 3 casos, la cosa robada fue un celular. Sumados los 8 casos del punto anterior, tenemos que de los casos analizados (13), en 11 el objeto sustraído fue un celular, dando un porcentaje del 84%.

Ningún caso supera el salario básico unificado, esto vuelve a confirmar que lo robado no simbolizaría mayor valor adquisitivo, al menos, en términos numéricos. Esto va de la mano con la reforma que se analiza en la Asamblea Nacional en estos días, respecto a regular la pena del robo con fuerza en las cosas, en función del monto de lo sustraído, novedad a la que referimos en el capítulo anterior.



El Art. 189 primer inciso del COIP, ordena que para la sustracción de la cosa deben emplearse amenazas o violencias. En 2 casos se profirieron amenazas, mientras que las violencias se utilizaron en un caso. De todas las decisiones analizadas (13), el caso 2 de este punto, fue el único donde las violencias ejercidas sobre la víctima, dejaron lesiones visibles, determinándose un tiempo de enfermedad e incapacidad de 3 días, según el testimonio rendido por el médico legista en la audiencia de juicio directo.

Lo dicho, nos permite cotejar el CP y el COIP. Así, sí los agentes empleaban las amenazas, estando vigente el CP, entonces se les hubiera sancionado con prisión de 1 a 5 años, y sólo con el máximo, cuando ejecutaron el robo con armas (Art. 552 numeral 2 del CP), como pasó en los casos 1 y 3. Si en el robo se recurrían a las violencias, la pena era de 3 a 6 años, y sólo cuando se acreditaba que las violencias produjeron heridas (Art. 552 numeral 1 del CP) se imponía la pena máxima. Aclarando que con el CP, sólo cuando se cumplían dos o más circunstancias de las previstas en el Art. 552, la pena era de reclusión menor de 6 a 9 años. En el caso 2 de este punto, al haberse acreditado las agravantes del Art. 552 numerales 1) y 2) (lesiones que produjeron heridas y que el robo fue por la noche), la pena que hubiesen merecido los autores, era de 6 a 9 años (Art. 552 segundo inciso del CP), incluso se les podría haber puesto el mínimo (6 años), pero, jamás 9 años 4 meses, como pasa con el COIP.

Con lo anterior, emerge la interrogante ¿Por qué las sentencias estudiadas no fueron incluidas en el punto anterior? La contestación es, primero porque no se impuso la pena de nueve años cuatro meses; segundo porque no se aplicó la agravante de la reincidencia; y, tercero porque no se consideró la agravante de haber participado dos o más personas, ésta última cuestión, porque Fiscalía no la requirió.

A las juezas y jueces se les interrogó, sobre su criterio respecto a la aplicación o no de la reincidencia, cuando la sentencia anterior fue dictada bajo la vigencia del CP, que establecía que, al existir la reincidencia, el efecto era la aplicación de la pena máxima y no de la pena máxima elevada en un tercio como consta en el COIP.

La jueza 1 manifestó que, si el delito se cometió estando vigente el COIP, se deben aplicar las reglas de la reincidencia del COIP, porque lo único que se está teniendo en cuenta es un pasado judicial adverso verificado con una sentencia ejecutoriada. La jueza 2 sostuvo que se debe aplicar la Disposición Transitoria Primera



del COIP, que indica que los procesos penales, actuaciones y procedimientos de investigación que estén tramitándose hasta cuando entró en vigencia el COIP, deben sustanciarse de acuerdo con el procedimiento anterior hasta su conclusión, siempre que la conducta punible esté sancionada en el COIP, esto supone, que para ella está bien la aplicación de la reincidencia, con las reglas del COIP.

En cambio, el juez 3 opinó que la reincidencia en términos de punibilidad está sujeta al principio de favorabilidad. El aludido juez sostuvo que la Disposición Transitoria Tercera del COIP, que regula un tema de garantías penitenciarias, establece que, si una persona no ha hecho uso de su derecho en garantías penitenciarias, hasta la vigencia del CP, entrará con el COIP, pero sí ya hizo uso de su derecho con la ley anterior (CP) continuará con esa. En este caso, la persona cometió el delito bajo la vigencia del CP y fue sancionada, que grave sería que, en la tipología del delito, en la misma que constaba en la legislación anterior, hoy consta en el COIP, la persona cumplió la pena, frente a la agravación ahora de la reincidencia, porque subió la pena máxima en un tercio, por lo tanto, por un tema de derecho humano, no podría subírsele la pena máxima en un tercio, se debe verificar el marco constitucional y legal.

Por eso, el juez 5, en el caso 1 de este ítem, aunque se demostró la reincidencia, le impuso a la persona sentenciada la pena máxima de 7 años. Al respecto, cabe indicar que si este caso, era conocido por la jueza 1 o por la jueza 2, la pena hubiese sido de 9 años 4 meses, con lo cual está marcada una diferente interpretación de criterios sobre la imposición de la reincidencia como agravante, cuando la sentencia anterior fue dictada mientras estuvo vigente el CP.

Toda disposición jurídica nace con su promulgación y muere con su derogación. Por eso, el Art. 7 del Código Civil ecuatoriano (CCE), indica que la ley no dispone sino para lo venidero y que no tiene efecto retroactivo. Trasladado al campo penal, tenemos que “las leyes se aplican a los hechos sucedidos entre esos dos momentos: entrada en vigor y derogación” (Orts E. &., 2016: 113).

Lo dicho en el párrafo preliminar, admite excepciones: **a)** retroactividad de la ley: pasa cuando la nueva ley saca del catálogo de delitos, una conducta penalmente relevante que antes la ley la consideraba delito, la nueva ley se aplica por ser más



favorable a una situación que se dio con la anterior ley, por ende, si la persona está cumpliendo la pena, al entrar en vigencia la nueva ley recobra su libertad, porque esa conducta dejó de ser delito; y, **b)** ultraactividad de la ley: ocurre cuando la ley anterior castigaba una conducta con una pena de 2 a 5 años, luego, mientras se tramita ese hecho, surge una nueva ley, que a esa mismo comportamiento le asigna una pena de 3 a 6 años, entonces cuando se le sancione a esa persona, la pena que debe fijarse es la de la ley anterior (derogada), la cual se aplica por ser la sanción más benéfica.

En los dos casos expuestos, se usa la favorabilidad, que implica una excepción a la irretroactividad de las normas. La favorabilidad acaece cuando el juez se halla ante textos legales sucedidos unos a otros, que no logran dar un contenido claro respecto de una situación, entonces acude a la interpretación más benigna, como único criterio para dar el alcance de la antinomia surgida (Fernández, 1995). Empero, para la aplicación de la favorabilidad, se debe considerar la fecha de la comisión del delito (Orts E. &., 2016), para ver si es factible emplear la retroactividad o ultraactividad de las disposiciones.

El CP y CPP rigieron hasta el 09 de agosto de 2014. Al día siguiente, entró en vigencia el COIP. Los hechos del caso 1 de este ítem, pasaron el 05 de diciembre de 2014 —ya en vigor el COIP—, por ende, el aspecto sustantivo y adjetivo penal que debía aplicarse eran las disposiciones del COIP, pues para que opere la ultraactividad (aplicación del CP), era esencial que el CP “en algún momento haya regido la actuación” (González, 2004: 355); empero, este caso pasó luego de la abolición del CP. Cosa distinta hubiera sido, si el robo acaecía el 08 de agosto de 2014, después cuando se dicte la sentencia, estando vigente el COIP, el juzgador podría aplicar, en torno a la reincidencia, las normas del CP, porque ese hecho sucedió mientras el CP regía; por ello, pensamos que el criterio del juez 5 no es apropiado. Con la lógica del juez, sí la persona comete un robo, luego de unos meses de la vigencia del COIP, entonces porque aplicando la favorabilidad no se le castigó con la pena prevista para el robo en el CP, que es menor a la del COIP. Para cerrar lo expuesto, tenemos que: “resultaría inadmisibles que se aplicara ultractivamente la disposición derogada, *so* pretexto de que resulta más benigna a los intereses del procesado” (González, 2004: 321).

También, se les consultó a las juezas y jueces sobre la posibilidad de aplicar las agravantes, cuando Fiscalía no les pidió. Sobre esto hallamos dos posturas.



La jueza 1 refirió que no porque rige el principio dispositivo. La jueza 2 dijo que no se puede, porque el aludido principio establece que todo proceso se promueve por iniciativa de parte legitimada; que los jueces y juezas resuelven acorde con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas acorde con la ley. El juez 3 basándose en el mismo principio, indicó que no puede ir más allá de lo que las partes le invoquen, lo contrario sería efectuar una aplicación *in malam partem* de la norma, en perjuicio del reo.

En la otra vertiente, el juez 1 indicó que se puede aplicar la agravante, así Fiscalía no lo requiera. El juez 2 manifestó que el principio dispositivo alcanza hasta el ejercicio de la acción de Fiscalía, que en el juzgamiento lo que corresponde es valorar la prueba, y si ésta determina la existencia de una agravante o una atenuante, en atención al principio *iura novit curia* y a la verdad procesal, el juez no puede dejar de observar esto, porque el ejercicio de imposición de la pena, le corresponde al juez, tanto más que en los alegatos finales, los fiscales sólo piden la imposición de la pena. El juez 5 expresó que las agravantes y las atenuantes tienen que ser notorias, aunque el Fiscal no diga, sí el Juez las observa debe aplicar, en base a los principios de: inmediación, concentración y contradicción. El juez 6 dijo que se puede aplicar la agravante, que no se rompe el principio dispositivo, porque las agravantes y atenuantes están en la parte general del COIP, y aquí lo que le corresponde al juez es verificar si se han acreditado o no aquellas, haciendo un símil, refirió que así el defensor no le solicite las atenuantes si el juez observa que se acreditaron dos o más debe reducir la pena mínima. El juez 4 enunció que sí se demuestra documentadamente la agravante, así no le diga el Fiscal, en base a lo actuado, se debe emplear la agravante.

Sobre lo dicho, el juez 3 en el caso 3 de este acápite, no aplicó la agravante porque Fiscalía no la requirió. La jueza 2 en el caso 3 del punto anterior, tampoco aplicó esta agravante, pues en ese caso, sólo a la persona reincidente se le aplicó la pena de 9 años 4 meses, y a la otra persona se le impuso la pena de 5 años, aunque fueron dos quienes cometieron el robo, no se consideró la agravante porque Fiscalía no pidió.

Una cuestión a dilucidar es que el juez 6, en la entrevista dijo se puede aplicar la agravante, aunque Fiscalía no solicite, empero, en el caso que conoció (2 de este ítem), donde Fiscalía no solicitó la agravante, conociendo que los sujetos activos del robo



fueron dos, tampoco el juez la aplicó, con lo que hay una contradicción entre lo que dicho y lo resuelto. En este caso (2 de este punto) los jueces de la Sala Penal, se dieron cuenta que debía aplicarse la agravante, no obstante, en base al principio del *non reformatio in pejus*, no les podía empeorar la situación jurídica de los recurrentes, por eso, mantuvieron la pena. Otro aspecto que llama la atención de este caso, es porque el juez 6, si vio que no había agravantes o no las podía aplicar, impuso la pena de 7 años, el máximo, cuando lo más lógico hubiese sido imponer el mínimo, esto es, 5 años.

Lo anterior devela que si los casos (2 y 3) de este acápite, eran resueltos por los jueces 1, 2, 4 y 5, así Fiscalía no hubiera solicitado la agravante, al menos si aplican lo expresado en las entrevistas, las personas hubieran merecido la pena de 9 años 4 meses.

El principio dispositivo establece que el juez de oficio no puede participar en la prueba, esto es, que la prueba debe ser solicitada, practicada e incorporada a petición de las partes en la forma prevista por la ley. El juez pone a disposición de las partes la posibilidad de que puedan requerir y actuar las pruebas, sin que pueda intervenir de oficio en ningún acto probatorio. Empero, si confirma en base a la prueba contribuida, la existencia de una agravante, la debe aplicar, así no lo hayan solicitado, con eso, no viola el principio dispositivo, pues el juez no solicitó, practicó, ni incorporó ese elemento de prueba, lo único que hizo es valorar, el juez tiene que obrar no sólo en derecho sino en justicia, conforme el Art. 1 de la Constitución. El juez debe asumir un comportamiento activo “cuando venga necesitado de procurarse el conocimiento imprescindible acerca de los hechos, sin el cual no podrá dictar una sentencia justa y verdadera” (Enderle, 2007: 28).

En materia penal, el principio dispositivo engloba los siguientes aspectos: **a)** necesidad de que haya acusación; **b)** separación de las tareas de instruir y juzgar; **c)** correlación entre acusación y sentencia; y, **d)** prohibición del *non reformatio in pejus* (Enderle, 2007). De tal forma, que, si no se afecta ninguno de estos aspectos, es decir, el núcleo duro del principio dispositivo, es factible la aplicación de la agravante no pedida.

Al respecto, coincidimos con la postura de los operadores entrevistados que ven la posibilidad de aplicar las agravantes así no hayan sido pedidas, esto porque la propia Constitución exige la aplicación directa de las normas, por parte de cualquier servidor judicial, así las partes no lo invoquen (Arts. 11 numeral 3 y 426), es decir, que los



operadores deben utilizar de oficio. Como bien, sostiene el juez 2, en la sentencia se plasma la verdad de los hechos, que es un derecho de las víctimas de infracciones penales (Art. 78 *ibídem*), y si los hechos demuestran que el robo fue cometido por dos personas o que la víctima era menor de edad, se deben emplear las agravantes. Para finalizar, así como “el juez oficiosamente puede, aunque el imputado no lo haya invocado, introducir defensas o circunstancias eximentes que eliminen o reduzcan la imputación su favor” (Enderle, 2007: 255), es posible que pueda aplicarse la agravante que no fue requerida por Fiscalía.

La aplicación de la agravante que no fue pedida, da vida al principio del *iura novit curia*, previsto en el Art. 140 del COFJ, principio a través del cual el derecho conoce el juez, quien es el encargado de aplicar el derecho que corresponda al caso concreto, aunque no haya sido invocado por las partes, siempre que no se alteren los hechos o se tergiverse la naturaleza de la acción deducida (Ledesma, 2007).

3. 2. 4. Casos que acabaron en conciliación

Tabla 3
Comparación de los casos analizados

Caso	No.	Cantidad entregada	No se enuncia la cantidad	Otra clase de reparación
1	01651-2014-435		X	
2	01651-2014-439		X	
3	01651-2014-1697	\$ 200,00		
4	01651-2014-1903		X	
5	01283-2014-0275	\$ 235,00		
6	01283-2014-0301		X	
7	01283-2014-0304			No acercarse a la víctima, ni tener otra instrucción fiscal
8	01283-2015-0556	\$ 100,00		
9	01283-2015-3783	\$ 2000,00		
10	01283-2015-5863	\$ 200,00		
11	01283-2016-1757	\$ 0,00		Devuelva el celular y no acercase a la víctima
12	01283-2016-2472	\$ 120,00		

Fuente: Elaboración propia



El Art. 190 de la Constitución incentiva la solución definitiva a los conflictos jurídicos mediante la adopción de mecanismos alternativos, en los casos que se pueda transigir. La conciliación es uno de esos mecanismos, que está previsto en el Art. 663 del COIP. Los supuestos en los que cabe la conciliación están en tal artículo. La conciliación en los casos de robo fue aplicada desde la vigencia del COIP, hasta que la Corte Nacional de Justicia, mediante resolución del 09 de febrero de 2018, prohibió su aplicación, porque se trataba de un delito donde la pena era mayor de cinco años, y que para esto no importaba el monto del perjuicio. El cumplimiento de la conciliación trae como efecto la declaratoria de la extinción del ejercicio de la acción penal y en el caso de que alguien esté privado de su libertad, la recobra inmediatamente.

Los 12 casos de robo que no terminaron en sentencia, porque se recurrió a la conciliación, ocurrieron en el período: agosto 2014-julio 2016.

De la **tabla 3** se puede deducir lo siguiente.

En todos los casos, las personas procesadas que cancelaron la cantidad pactada o cumplieron las condiciones, recuperaron su libertad. Esto porque, o bien tenían la capacidad económica para pagar esa suma de dinero que no era mucha, excepción hecha de los \$ 2000,00, o porque hubo alguien que se preocupó de ellos y pagó ese valor.

En el caso 11 no se fijó el monto, porque a la víctima lo que le interesó fue recuperar la cosa sustraída. Tampoco, en el caso 7 el procesado tuvo que hacer un esfuerzo económico, pues las únicas condiciones que se le impusieron fueron: no acercarse a la víctima y no cometer otro delito. Esto devela, que el Derecho Penal, se ensaña contra las personas de bajos recursos económicos, y dentro de éstas contra los más pobres de los pobres, que fueron los que terminaron sentenciados y que no poseyeron dinero para cancelar lo que pedía la víctima, o quizás la víctima quería que le devuelvan el celular, o que le pida disculpas, se aplicaba la conciliación y a lo mejor cuando se escriben estas líneas, las personas procesadas estuvieran libres.

En el fenómeno de la criminalización, las agencias ejecutivas son quienes seleccionan a las personas que cometen delitos burdos o groseros, respecto de los cuales no se necesita mayor esfuerzo en torno a su investigación, la detección es fácil, con eso se proyecta la falsa imagen de que éstos son los únicos delitos que se cometen, y que los autores de delitos contra la propiedad son los únicos delincuentes que hay. Cada una de



esas personas tiene su grado de vulnerabilidad (Zaffaroni R. &., 2008). En nuestros casos, los sentenciados fueron vulnerables porque su capacidad no les permitió llegar a una conciliación. Tan cierta es la aserción de la selección de la criminalización, que los Fiscales terminamos haciendo lo que la policía nos pide; no es casualidad que casi todos los allanamientos en Cuenca, se los haga por delitos de asociación ilícita o de drogas, en los barrios: Cayambe, Morocho Quigua y el Terminal, y no se hagan otro tipo de investigaciones, que involucren a los delincuentes de cuello blanco.

3. 3. Argumentos a favor de aplicar una pena menor a la mínima prevista

El juez respecto a la imposición de la pena, puede elegir dos caminos: **a)** imponer penas por debajo de lo establecido en el Código, recurriendo a la Constitución cuando esa pena sea desmedida, ya que el establecimiento de los mínimos y máximos, en principio, resultan vinculantes para el juez, salvo que se halle comprometida su constitucionalidad, lo cual pasa en los casos en que las penas fueran desproporcionadas (Ziffer, 2013); o, **b)** puede fijar la pena establecida para el tipo penal.

El juzgador no puede imponer una pena más allá del máximo, salvo que haya una agravante, empero, aplicando los principios de: mínima intervención penal y proporcionalidad, aquel podría inobservar lo determinado en la ley (Ávila, 2015) y destinar una pena inferior a la mínima, salvo los casos donde legalmente está permitida la imposición de una pena inferior al mínimo: la existencia de dos o más atenuantes o el procedimiento abreviado. La proporcionalidad penal como principio garantista se opone a que la pena sea desbordada hacia arriba, pero no a serlo hacia abajo, esto implica, que cabe la imposición de una pena inferior a la proporcionalmente adecuada en función de la gravedad de delito (De La Mata, 2018).

El juez al momento de aplicar la pena, debe considerar el principio de proporcionalidad, y basarse en dos criterios: **a)** objetivos: densidad del daño causado y circunstancias de tiempo, lugar y modo en que fue perpetrada la infracción; y, **b)** subjetivos: valoración de la persona del autor, tomando en cuenta si estamos frente a un delincuente primario o un reincidente (Fuentes, 2008). Sólo acudiendo a estos supuestos se logrará la pena: adecuada, personal y proporcional a la persona (Ávila, 2013).



En referencia a la falta de proporcionalidad, si el juez verifica que el asambleísta dotó a esa conducta de una pena desproporcionada, esto es, que no respetó los postulados constitucionales, bien podría aplicar directamente la Constitución, porque sus normas son de aplicación directa, diría el principio de proporcionalidad (Art. 76 numeral 6), me exige aplicar una pena que se corresponda con el daño causado. El juez tiene que mirar siempre la Constitución y, bajo esa lupa valorar el COIP (Avila, 2015).

De las personas entrevistadas, sólo el juez 4 indicó que, si bien la Constitución habla de la proporcionalidad, ésta no se aplica, que ha perdido su esencia, que por ello, incluso, se debería permitirle al juez que exista una norma en donde a pesar de que exista un techo y un piso de la pena, se pueda aplicar una pena inferior al mínimo. No obstante, legalmente esa norma no existe. Dijo el aludido juez que el Derecho Penal deber ser humano y la pena adecuarse conforme a las circunstancias del caso.

Por ende, en base a los principios de aplicación directa y jerarquía, se podría recurrir a las disposiciones constitucionales e imponer una pena por debajo del mínimo.

3. 4. Argumentos en contra de aplicar una pena inferior de la mínima establecida para el tipo penal y el eventual delito de prevaricato

A las juezas y jueces, se les consultó sobre sí podrían en un caso, donde no se hayan acreditado atenuantes, ni se haya recurrido al procedimiento abreviado, aplicar una pena por debajo del mínimo. Todos, excepto el juez 4, indicaron que no es factible.

La jueza 1 explicó que no porque se vulneraría el principio de legalidad. La jueza 2 dijo que la imposición de una pena por debajo del mínimo, salvo las excepciones establecidas (atenuantes y procedimiento abreviado), implica una vulneración al principio de legalidad y seguridad jurídica, sin perjuicio de las acciones penales y administrativas que se pudieran dar, siendo una de esas acciones, el delito de prevaricato. El juez 2 manifestó que por seguridad jurídica no puede salirse de ese margen. El juez 3 sostuvo que si la normativa ha establecido bandas —máximo y mínimo de las penas—, aquellas deben ser respetadas por seguridad jurídica, expresó que no se podría mermar o imponer una pena que no esté reconocida en el tipo penal, se debe atender e interpretar el tenor literal y los ejercicios de disminución o aumento obedecen a las circunstancias modificatorias de la pena. En igual sentido, el juez 5



indicó que en derecho público sólo se puede hacer lo que está permitido, si no hay agravante ni atenuante, se le debería imponer la pena mínima, pero no más abajo, en base a la seguridad jurídica, el juez debe aplicar la norma. Finalmente, el juez 6, refirió que no podría salirse de ese margen, porque eso ocasiona inseguridad jurídica, desconfianza en la administración de justicia, que así se debe actuar.

La seguridad jurídica se impone en la elaboración y aplicación del Derecho. Por lo tanto, la certeza del Derecho exige la presunción de legitimidad de todas las normas jurídicas que emanan de los órganos competentes para ello por el ordenamiento (Medinacelli, 2012). La seguridad jurídica es el conjunto de condiciones indispensables que nos permiten anticipar las consecuencias jurídicas de la conducta personal y de la de terceros, es como un saber a qué atenerse.

A la seguridad jurídica se la debe comprender como un principio rector del Derecho y un valor que concierne a todo el conglomerado social y no es algo que de interés exclusivo de legisladores y abogados.

El principio de legalidad, conocido por el aforismo “*nullum crimen nullum poena sine lege*”, quiere decir, que no hay delito ni pena sin ley previa que lo establezca, es una de las manifestaciones que, trasladado al campo de la seguridad jurídica, supone que: “Las exigencias de la seguridad jurídica impiden sancionar penalmente a quien no haya sido previamente advertido acerca de las penas que acarrea el cometimiento de una determinada conducta” (Riofrío, 2007: 13).

Si el juez que conoce el caso, aunque no exista atenuantes o no se haya tramitado mediante el procedimiento abreviado, impone una pena por debajo del mínimo, eso *prima facie* generaría inseguridad jurídica, frente al resto de personas que cometan el mismo ilícito y reciban una sanción mayor, esto porque en Ecuador, constitucionalmente está prevista la proporcionalidad, empero, el juez no puede *so* pretexto de aplicar la proporcionalidad, imponer la pena que él considere, lo máximo es remitir en consulta, porque aquí no existe el control difuso, y no hay norma que permita establecer una pena por debajo del mínimo. En nuestro país, el único que puede aplicar la proporcionalidad es el legislador cuando regula los delitos y las penas, más no el juez.



Con la tipificación del prevaricato se busca mantener la seguridad jurídica para los justiciables e imparcialidad, esto supone, que los jueces deben resolver las controversias de forma objetiva, sin pretender beneficiar a una de las partes, sólo debe aplicar el derecho que corresponda. El prevaricato se da cuando el juez dicta su resolución, sabiendo y teniendo plena conciencia de que es injusta, porque puede ser que su decisión no se funde en un craso error o ignorancia inexcusable, sino en una interpretación inadecuada de las normas (Peña, Derecho Penal: Parte Especial, Tomo VI, 2013), situación ésta última en la que no habría prevaricato.

En contra de la tesis de que el operador jurídico debe, por razones de proporcionalidad, apartarse de las previsiones legislativas relativas al castigo, podría esgrimirse que el sistema de individualización de la pena que contiene nuestro ordenamiento, se caracteriza, porque los aspectos cualitativos y cuantitativos de la pena, son definidos por el legislador; por lo tanto, el juez sólo podría moverse con libertad en aquellos espacios no definidos en la fase de determinación legal (Arias, 2012), razón por la cual, en el delito de robo, el legislador ha establecido un máximo y un mínimo. De tal forma que, aplicar una pena inferior a la mínima podría llevar a cometer un delito de prevaricato, pues los operadores de justicia no pueden ir más allá de este texto en sus resoluciones, sin importar que dicha norma contravenga a la Constitución, pues lo que interesa, desde esta perspectiva es resguardar la hegemonía de la ley (Villacrés, 2013).

A pesar de lo dicho, no es aceptable que en un Estado constitucional de derechos haya una obligación para el juez de imponer una pena desproporcionada solo por el hecho de estar consagrada en la ley (Arias, 2012). Por ello, en el precitado modelo de Estado, la norma suprema es la Constitución y su aplicación no deviene de la voluntad, sino de la obligatoriedad sentada por ella misma y se constituye en la principal manera de garantizar los derechos, por lo que, la interdicción a los jueces de fallar en contra de norma expresa tipificada como delito de prevaricato constituye una norma carente de validez material, ya que los jueces en materia de derechos y garantías independientemente de que la norma legal sea válida o no, deben responder a la correcta y directa aplicación de la Constitución (Villacrés, 2013). No acatar los mandatos constitucionales, quizá sí constituya prevaricato, pues al fin de cuentas la Constitución contiene normas que hacen relación a la proporcionalidad que debe haber entre las infracciones y sanciones penales, disposiciones que deben aplicarse directamente.



Desde una óptica constitucional, aplicando el principio de aplicación directa de aquella, creemos que cuando el órgano jurisdiccional opta por preferir la norma constitucional a la disposición legal, haciendo uso del test de proporcionalidad no incurre en prevaricato (Peña, Derecho Penal: Parte Especial, Tomo VI, 2013), pues al final del día, también está aplicando normas, porque la Constitución es la Norma Fundamental, y no está fallando en contra de ley expresa, sino haciendo lo que la Constitución ordena, que es la existencia de proporcionalidad entre el delito y la pena.

3. 5. Hallazgos

Si bien, el tema planteado fue el análisis de la falta de proporcionalidad de la pena impuesta por las juezas y jueces penales de la UJPC, en los delitos de robo con amenazas o violencias, cuando había una circunstancia agravante no constitutiva de la infracción. No obstante, cuando revisamos los casos, advertimos, que, de los 10 casos, donde se impuso la pena de 9 años 4 meses, sólo en 6 se aplicó una de las agravantes del Art. 47 del COIP; en los 4 restantes, lo que se empleó para llegar a tal sanción, fue la reincidencia, que hace parte del Derecho Penal de autor, situación que *per se*, le convierte a la pena en desproporcionada.

La aplicación de la reincidencia como agravante de la pena, ya sea subiendo al máximo (CP) o elevando el máximo en un tercio (COIP), generó discrepancias entre los juzgadores. En los casos de reincidencia, las juezas y los jueces, tenían algunas opciones: podían inaplicarla, podían remitir en consulta a la CC, o en caso de aplicarla, debían hacerlo con las reglas del COIP.

Si los casos examinados (sentencias que comulgan con el COIP y sentencias híbridas) se hubieran consumado estando vigente el CP, no tendríamos penas de 9 años 4 meses. A lo sumo, se habrían obtenido penas entre —3 y 6 años— que considerarían el monto de lo sustraído, y sólo si se dejaban lesiones visibles, se habría asignado la pena máxima. En cambio, para el COIP, da igual robar algo que valga \$ 100,00 que despojar de un millón de dólares, da lo mismo que al sustraer se causen lesiones que generen una incapacidad de 1 o de 90 días. Para corroborar lo dicho, sobre la falta de proporcionalidad de la pena del robo, con relación a otros delitos, tenemos que dentro del proceso (Caso Luis Chiriboga, 2017) que se siguió por el delito de lavado de activos, se le sentenció a tal ciudadano a 10 años, por haber afectado en más de seis



millones, esto implica, que no hay mayor diferencia en el tiempo de condena, entre una pena de 9 años 4 meses y una de 10 años, sin embargo, en el monto del perjuicio, entre los casos de robo analizados y el de lavado de activos, existen una colosal distinción.

Se conocieron 12 casos, donde se aprehendieron a personas en flagrancia por el delito de robo. No obstante, cuando llegó el día de la audiencia de juicio directo, las partes hicieron una conciliación, las personas procesadas recobraron su libertad. Esto implica que, por lo menos estas personas procesadas tuvieron una capacidad económica para reparar monetariamente a la víctima, o incluso era cuestión de sólo escuchar cuál era el anhelo de la víctima. *Contrario censu*, las personas que no lograron conciliar, por falta de recursos, o porque sus familiares no se preocuparon de ellos, dolorosamente siguen reclusas en la cárcel.

3. 6. Conclusiones

En la AC sobre el concepto de delito, no se discutió mucho, excepción hecha de cuando se expresó que este fenómeno aumentaba por la presencia de personas extranjeras. En la AN, mientras se hacía el COIP, al ser la teoría general del delito, el corazón de la parte general del Derecho Penal, se debatió ampliamente, la apuesta era la adopción del finalismo. La AC si debatió sobre la proporcionalidad, incluso uno de los argumentos del colegislador de ese tiempo y de los constituyentes sobre todo de PAÍS, para condonar a las mulas del narcotráfico, fue que se debían eliminar las penas desproporcionadas. En la AN se habló sobre proporcionalidad, para alcanzarla, decían era imperioso acudir a la dosimetría penal. A pesar de ello, hubo dos posturas, siendo la opinión mayoritaria tanto en el AC cuanto en la AN, la apuesta por la proporcionalidad.

La mayor parte de los constituyentes y asambleístas eran conscientes de que el incremento de las penas no suponía disminución de los índices delictivos, cuando el problema se enfrenta atendiendo problemas estructurales de la sociedad, *verbigracia*: la creación de nuevos empleos. No obstante, cuando ya se comenzaron a elaborar los informes para segundo debate del COIP, se vieron que las penas comenzaron a incrementarse sin un sustento científico.

La Constitución de 2008 le apuesta al Derecho Penal mínimo, cuando en su Art. 195 indica que la Fiscalía debe ejercer sus funciones, conforme al principio de mínima



intervención penal y de oportunidad. Tal clase de Derecho Penal supone: **a)** disminución cuantitativa y cualitativa del catálogo de conductas punibles; **b)** efectiva materialización o sustancialización de todos los derechos y garantías que asisten a las partes dentro del proceso penal; **c)** evitación de aquellos mecanismos represivos y punitivos (Pérez, 2005). En la Constitución se evidencia de forma clara el ítem b, pues contiene un catálogo amplio de derechos para todas las personas, inclusive establece los mecanismos —garantías constitucionales— para reclamar esos derechos.

La AN cuando discutía el COIP, tuvo la oportunidad de oro, para poner en vigencia un cuerpo legal que respecto a las penas, considere postulados constitucionales y las experiencias normativas de otros países. Eso no ocurrió debido a que en el caso del robo no hubo un estudio meditado respecto de la adopción de la pena, tanto que es una pena superior, si la comparamos con la experiencia de otros países. No se consideró el monto de lo sustraído como se lo hace en otros delitos contra la propiedad y en otros en los que están en juego intereses públicos. Tampoco, se tuvo en cuenta para la adopción de la pena el tiempo de incapacidad (entre 1 y 90 días) que generen las violencias.

Las personas consultadas indicaron que no hay proporcionalidad de las penas en el COIP. El juez 1 dijo que no se puede comparar la sanción de un peculado con la de un robo, es más lesivo el funcionario público que perjudica al Estado en millones de dólares que alguien que por necesidad se sustrae una gallina. El juez 2 sostuvo que, en el COIP, se evidencia el eficientismo penal, reflejando en la poca cantidad de pena que tienen las infracciones contra la administración pública frente a las penas de los ilícitos contra la propiedad. El juez 3 manifestó que en el COIP quedan rezagos de prácticas caducas, como las sanciones desproporcionadas. El juez 6 refirió que en la práctica el Derecho Penal se aplica para todo, se procesan casos que deberían tener otras salidas, como la conciliación, empero, si ya la CNJ prohibió para los casos de robo, es lógico que, con esas decisiones, no arribaremos al puerto de la mínima intervención penal.

En el COIP, se evidencia la tendencia hacia el punitivismo, cuando se indica que las penas se pueden acumular hasta por 40 años (Art. 20 del COIP) cuando se aumentan las agravantes, cuando por la reincidencia se impone la pena máxima, sumada en un tercio, cuando la finalidad de la pena es la prevención general, sin importar lo que pase con la persona, cuando el robo se castiga con una pena mayor a la que había en el CP.



En Ecuador, la proporcionalidad sólo la tiene en sus manos el legislador, cuando establece la conducta y la pena, la jueza o el juez, están atados de manos, no pueden aplicar una pena por debajo del mínimo, primero, porque se pondría en tela de duda la seguridad jurídica, luego, porque la propia CC estableció que en Ecuador no existe el control difuso y porque ya lo dijo la CC en la sentencia No. 0015-11-SCN. Lo máximo que pueden hacer los operadores jurídicos es consultar a la CC, pero debido a las altas exigencias que se les impuso en la sentencia No. 001-13-SCN, los jueces lo que han hecho es aplicar la ley. No obstante, podrían arriesgarse y aplicar una pena mínima, empleando normas constitucionales, acudiendo al test de proporcionalidad, y cuando lleguen al subprincipio de la proporcionalidad, enunciar que esa pena no se corresponde con la conducta infringida, en base a la comparación de la pena asignada al robo, respecto a otros tipos penales, y cotejando la pena del robo con otros códigos penales.

Las personas interrogadas indicaron que no se puede imponer una pena por debajo del mínimo, esto devela una aplicación legalista, porque si ellos son garantes de los derechos de las partes inmersas en el conflicto, lo menos que pueden hacer es que se respeten tales derechos. Por eso, es que del total de sentencias analizadas —13—, en las 10 se aplicó la pena de 9 años 4 meses, en los tres restantes, no se estableció esa pena, porque no se aplicó la reincidencia bajo las reglas del COIP, o porque no se solicitó la agravante por parte de Fiscalía, pues si se aplicaba la reincidencia según el COIP o se hubiese pedido la agravante, entonces las penas eran de 9 años 4 meses.

La pena establecida para el delito de robo, cuando hay una circunstancia agravante no constitutiva de la infracción, y cuando se aplicaba la reincidencia es desproporcionada, reincidencia que ha sido desplazada del Código Penal Alemán, y que conforme a la sentencia de la Corte IDH no debe ser considerada.

Como lo dice el juez 2, el problema del primer inciso del Art. 189 del COIP, radica en la forma de estructuración del tipo. En el CP había una tipificación más coherente sobre la pena a aplicar para cada supuesto, había el robo con amenazas y el robo con violencia que dejaban lesiones. En cambio, hoy el mismo robo con amenazas, donde no hubo una lesión palpable sino un riesgo, versus el robo en el que, si hubo esa lesión, es regulado con igual pena. La tipificación del robo en el COIP, no toma en cuenta estas dos formas de robo, cuando la experiencia ha determinado que no es igual un robo con amenazas que uno con violencias.



La solución legal sería que el robo vuelva a cómo estuvo redactado en el CP, que se diferencie el robo con amenazas, del robo con violencias, porque no es lo mismo, proferir la inminencia de un mal, que lesionar a una persona, para sustraerle la cosa mueble. Eso pretende el informe de primer debate de la AN, cuando establece una pena para el robo con violencias y otra para el robo con amenazas, aunque, consideramos que el monto del perjuicio debe tenerse presente también para el robo con amenazas o violencias, a pesar de ello, el hecho de pretender disminuir las penas, dice bastante.



BIBLIOGRAFÍA

- 001-13SCN-CC (Corte Constitucional del Ecuador 13 de Febrero de 2013).
- Actas de debate de la Asamblea Constituyente de Montecristi. Material proporcionado por el PhD Teodoro Verdugo Silva.
- Actas de debate del Código Orgánico Integral Penal. Material proporcionado por el PhD Andrés Martínez Moscoso.
- Aguado, T. (2012). El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. En J. & Urquiza, *Derecho Constitucional Penal*. Lima: Idemsa.
- Agudelo, N. (1994). *Curso de Derecho Penal: Esquemas del delito*. Bogotá: Jurídico Andina.
- Albán, E. (2018). *Manual de Derecho Penal ecuatoriano: Parte Especial Tomo I*. Quito: Ediciones Legales.
- Alexy, R. (2008). La fórmula del peso. En M. Carbonell, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (págs. 13-42). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, V&M Gráficas.
- Araujo, P. (2009). El principio de mínima intervención penal en la legislación ecuatoriana vigente. En F. G. Estado, *Inducción al Rol del Fiscal*. Quito: Fiscalía General del Estado.
- Arias, D. (2012). Proporcionalidad, pena y principio de legalidad. *Revista de Derecho*, 142-171. Recuperado el 04 de mayo de 2017, de <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85124997005>>
- Ávila, R. (2007). Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal. *FORO, Revista de Derecho No. 08*, 49-70.
- Ávila, R. (2009). Introducción: El Código Penal que una Constitución garantista exige. En *Anteproyecto del Código Orgánico de Garantías Penales* (págs. 21-38). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Imprenta V&M Gráficas.
- Ávila, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador: el Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya Yala.
- Ávila, R. (2013). *La (in) justicia penal en la democracia constitucional de los derechos*. Quito: Ediciones Legales.
- Avila, R. (2015). El Código Orgánico Integral Penal y su potencia aplicación garantista. En R. Avila, *Código Orgánico Integral Penal: hacia su mejor comprensión y aplicación*. Quito: Corporación Editora Nacional, UASB.



- Beccaria, C. (1998). *De los delitos y de las penas*. Bogotá: Temis.
- Bernal, C. (2014). El principio de proporcionalidad de la legislación penal. En M. Carbonell, *Argumentación jurídica: el uso de la ponderación y la proporcionalidad*. Quito: Editora Jurídica Cevallos.
- Bessone, N. (2010). *Sobre los atenunantes y agravantes subjetivos en la determinación judicial de las penas*. Buenos Aires: Fabián J. Di Placido.
- Cancho, C. (2017). *El Quantum del dolor de la pena e imputación penal: elaboración científica y revisión de jurisprudencia*. Lima: Ediciones del Centro.
- Carrasquilla, J. F. (2016). Presentación. En G. Chirinos, & N. Gutiérrez, *Tendencias actuales en Derecho Penal y Política Criminal*. Lima: Idesas Solución Editorial.
- Caruso, M. (2014). *El delincuente imputable y peligroso: Cuestiones de Política Criminal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Caso Luis Chiriboga, 17-82-2015-05549 (Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichimncha 13 de septiembre de 2017).
- Cornejo, S., & Martínez, C. (2018). *Legitimación de la pena en el sistema penal ecuatoriano y sus teorías*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Cote-B, G. (2008). Constitucionalización del derecho penal y proporcionalidad de la pena. *Vniversatitas*.
- Crespo, E. (2016). *Prevención General de Individualización Judicial de la Pena*. Montevideo: B de f.
- Cúellar, N. (2018). *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.
- Cutiño, S. (2017). *Fines de la Pena, Sistema Penitenciario y Política Criminal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- De La Mata, N. (2007). *El Principio de Proporcionalidad Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- De La Mata, N. (13 de noviembre de 2018). *Aspectos nucleares del concepto de proporcionalidad de la intervención penal*. Obtenido de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2007-10016500204_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Aspectos_nucleares_del_concepto_de_proporcionalidad_de_la_intervenci%F3n_penal
- Del Carpio, J. (2014). Análisis crítico sobre la regulación de los delitos de robo en el Proyecto de 2013 de reforma del Código Penal. *Revista Penal No. 07*, 43-61.



Obtenido de
<http://www.inacipe.gob.mx/stories/publicaciones/novedades/RevistaPMxNo-7.pdf>.

Del Río, L. (2015). *Las medidas cautelares del proceso penal peruano*. Alicante: Universidad de Alicante. Recuperado el 26 de Agosto de 2018, de <http://www.eltallerdigital.com>

Diez, R. J. (2013). *La Racionalidad de las leyes penales: Práctica y Teoría*. Madrid: Trotta.

Donna, E. (2001). *Derecho Penal: Parte Especial, Tomo II-B*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Donoso, A. (2007). *Derecho Penal, Parte Especial: Delitos contra las personas*. Quito: Cevallos.

Donoso, A. (2008). *Guía para Estudio, Derecho Penal, Parte Especial: Delitos contra el patrimonio y contra los recursos de la administración pública*. Quito: Cevallos Editora Jurídica.

Donoso, A. (2015). Los tipos en blanco y abiertos en el Código Orgánico Integral Penal. En R. Ávila, *Código Orgánico Integral Penal: Hacia su mejor comprensión y aplicación*. Quito: Corporación Editora Nacional, UASB.

Ecuador, D. P. (27 de Diciembre de 2018).
http://www.defensoria.gob.ec/?page_id=190.

Encalada, P. (2015). *Teoría constitucional del delito*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Enderle, G. (2007). *La congruencia procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

Enteiche, N. (2017). *Las Sanciones Administrativas: El Problema de la Proporcionalidad*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Escudero, J. (2017). La comprensión del derecho el debido proceso en Ecuador. En C. Storini, *Carta Magna y nuevo constitucionalismo latinoamericano ¿Ruptura o continuismo?* Quito: Corporación Editora Nacional-Universidad Andina Simón Bolívar.

Fermín Ramírez contra Guatemala (Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de Junio de 2005).

Fernández, J. (1995). *Derecho Penal Fundamental, Tomo II: Teoría General del Delito y Punibilidad*. Bogotá: Temis.

Ferrajoli, L. (2001). La democracia constitucional. En C. Courtis, *Desde otra mirada*. Buenos Aires: Eudeba.



- Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2013). El populismo penal en la sociedad del miedo. En Varios, *La emergencia del miedo* (págs. 57-76). Buenos Aires: EDIAR.
- Fuentes, H. (2008). El principio de proporcionalidad en derecho penal. *Ius et Praxis*, 22. Recuperado el 04 de mayo de 2017, de <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19714201>>.
- García, L. (1992). *Reincidencia y Punibilidad*. Buenos Aires: Astrea.
- González, A. (2004). *Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio*. Bogotá: Leyer.
- Hassemer, W. (2012). El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales. En R. Robles, *Límites al Derecho Penal*. Barcelona: Atelier.
- Hernández, J., González, J., Ochoa, R., & Hernández, P. (2016). *Compendio de Derecho Penal Mexicano 2ª Ed.* Valencia: Tirant Lo Blanch.
- INEC. (18 de 11 de 2018). *INEC Encuesta Tecnológica*. Obtenido de http://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/TIC/2017/Tics%202017_270718.pdf
- Justicia, C. N. (2016). *Boletín Institucional No. 25*. Quito: Corte Nacional de Justicia.
- Kennedy, D. (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Kessler, G. (2009). *El sentimiento de inseguridad: sociología del temor al delito*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Ledesma, A. (2007). *Principio de congruencia en el proceso penal*. Obtenido de Ponencia General XXIV Congreso nacional de Derecho Procesal, Mar del Plata: <https://es.scribd.com/document/234919551/Ledesma-Principio-de-Congruencia>
- Lopera, G., & Arias, D. (2010). *Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en la determinación judicial de la pena*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Recuperado el 19 de 09 de 2018, de www.ramajudicial.gob.co
- Luzón, J. (2015). *Compendio de Derecho Penal: Parte Especial*. Madrid: Dykinson.
- Magaldi, J. (09 de 11 de 2014). *Documento Propuesta Metodológica para el análisis de sentencia de la Corte Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Recuperado el 09 de 11 de 2018, de www.icrp.uexternado.edu.ec
- Martínez, A. (1997). *La Reincidencia*. Murcia: Universidad de Murcia.



- Martínez, A. (2018). La configuración del Estado a partir de la Constitución de 2008. Aciertos y discursos del entramado jurídico. En A. & Martínez, *Tensiones y contradicciones de la democracia ecuatoriana* (págs. 15-58). Cuenca: Universidad de Cuenca.
- Martínez, R. d. (2018). *Vademecum de Derecho Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Medinacelli, G. (2012). *La aplicación directa de la Constitución*. Quito: Corporación Editora Nacional-Universidad Andina Simón Bolívar.
- Meini, I. (2015). *Lecciones de Derecho Penal: Parte General-Teoría Jurídica del Delito*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Mir Puig, S. (2005). *Derecho Penal: Parte General*. Montevideo: B de f.
- Mogrovejo, D. (2017). Principios y reglas del debido proceso. En C. Storini, *Carta Magna y nuevo constitucionalismo latinoamericano ¿Ruptura o continuismo?* Quito: Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar.
- Moreno, M. E. (2015). *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*. Valencia: Tirant To Blanch.
- Muñoz, C. F. (2012). *Derecho Penal: Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Nacional, A. (04 de febrero de 2019). *Informe para Primer Debate*. Obtenido de <http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/cf159b36-eb48-4e5d-ac42-829ca5fae524/Informe%20Primer%20Debate%20Tr.%20350278.pdf>
- Namnum, T. (2018). *Tendencia Actual de la Política Criminal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Orozco, A. (2017). *Vademécum de Derecho Penal Mexicano*. México: Tirant Lo Blanch.
- Orts, E. &. (2016). *Compendio de Derecho Penal: Parte General, Sexta Edición*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Orts, E. G. (2014). *Compendio de Derecho Penal: Parte General Cuarta Edición*. Valencia: Tirant To Blanch.
- Paladines, J. (2016). La mano dura de la Revolución Ciudadana: El giro punitivo de la izquierda ecuatoriana. En M. Sozzo, *Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur* (págs. 149-187). Buenos Aires: CLACSO.
- Parma, C. P. (2017). *Temas de la teoría del delito*. La Paz: Ulpiano.



- Pazmiño, E. (2015). La Constitucionalización de la Justicia Penal en Ecuador. En R. Ávila, *Código Orgánico Integral Penal: hacia su mejor comprensión y aplicación*. Quito: Corporación Editora Nacional, UASB.
- Peña, C. A. (2013). *Derecho Penal: Parte Especial, Tomo II*. Lima: Idemsa.
- Peña, C. A. (2013). *Derecho Penal: Parte Especial, Tomo VI*. Lima: Idemsa.
- Pérez, Á. (2005). *Introducción al Derecho Penal. Segunda reimpresión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Polaino, M. (2008). *Introducción al Derecho Penal*. Lima: Grijley.
- Prieto, L. (2011). *Garantismo y Derecho Penal*. Madrid: Iustel.
- RAE. (18 de 07 de 2018). *Diccionario de la Real Academia Española*. Obtenido de <http://dle.rae.es/?id=3DoiQ7S>
- Ramírez, F. (2008). Proceso constituyente y tránsito hegemónico. *La Tendencia: Revista de Análisis Político*, 47-66.
- Resolución No 10-2018 (Corte Nacional de Justicia 12 de 09 de 2018).
- Reynoso, R. (1996). *Teoría General de las sanciones penales*. México D. F.: Porrúa.
- Riofrío, J. C. (2007). *El Contenido esencial del derecho fundamental a la seguridad jurídica*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Rodríguez, F. (2018). *Curso de Derecho Penal: Parte General, Tomo I*. Quito: Jurídica Cevallos.
- Rodríguez, S. (2016). *La evaluación de las normas penales*. Madrid: Dykinson.
- Romero, J. (2017). *Universidad Andina Simón Bolívar*. Obtenido de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5560/1/T2246-MDE-Romero-La%20cuestion.pdf>
- Salgado Pesantes, H. (2012). *Lecciones de Derecho Constitucional*. Quito: Ediciones Legales.
- Salinas, R. (2010). *Delitos contra el patrimonio*. Lima: Grijley.
- Souto, E. (2017). *Los delitos de hurto y robo: análisis de su regulación tras la reforma operada por la LO 1/2015 del 30 de marzo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Tozzini, C. (1997). El apoderamiento en el delito de hurto. En D. Baiguin, *De las Penas: Homenaje al Profesor Isidoro de Benedetti*. Buenos Aires: Depalma.



- Trujillo, J., & Ávila, R. (2008). Los derechos en el proyecto de Constitución. *La Tendencia: Revista de Análisis Político*, 69-85.
- Valdez, S. (2017). *La Individualización Judicial de la Pena en el Sistema Acusatorio*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Vilajosana, J. (2015). *Las razones de la pena*. Valencia: Tirant To Blanch.
- Villacrés, J. (2013). La aplicación directa de la Constitución frente al prevaricato en Ecuador. En J. & Benavides, *Manual de Justicia Constitucional ecuatoriana* (págs. 335-355). Quito: Imprenta V&M Gráficas, Corte Constitucional del Ecuador.
- Villagómez, R. (2015). *El principio de favorabilidad y determinación judicial de la pena*. Quito: Workhouse Procesal.
- Villaseñor, C. (2011). *Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales*. México: Porrúa.
- Von Hirsch, A. (1998). *Censurar y Castigar*. Madrid: Trotta.
- Waller, I. (2008). *Menos represión. Más seguridad: Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*. México: INACIPEILANUBIJUS.
- Welzel, H. (2001). *El nuevo sistema del derecho penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Montevideo: B de f.
- Zaffaroni, R. &. (2008). *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: EDIAR.
- Zaffaroni, R. (2011). *Estructura básica del derecho penal*. Buenos Aires: EDIAR.
- Zagrebelsky, G. (2005). *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.
- Zambrano, A. (2017). *Derecho Penal: Parte General: Fundamentos del Derecho Penal y Teoría del Delito*. Guayaquil: Murillo Editores.
- Zavala, J. (1988). *Delitos contra la propiedad: Tomo I: Hurto-Robo-Abigeato*. Guayaquil: Edino.
- Ziffer, P. (2013). *Lineamientos de la Determinación de la Pena*. Buenos Aires: Ad-Hoc.



ANEXO 1

SENTENCIAS QUE COMULGAN CON EL COIP

CASO 1

FORMATO DE ANÁLISIS PARA SENTENCIAS	
ESTUDIANTE	
Nombre	Guillermo Arias Inga
Fecha	10 de noviembre de 2018
Curso	Maestría en Derecho Penal
1. MARCO DECISIONAL	
1.1. IDENTIFICACIÓN	
Número	01283-2014-1682
Fecha	03 de septiembre de 2014
Jueza o Juez	Jueza 1
1.2. TEORÍA DEL CASO DE LA DEFENSA	
La defensa pública sostuvo que no se trataba de un robo con violencia, que más bien estamos frente a un hurto, porque la persona acusada no amenazó a la víctima con armas.	
1.3. ACUSACIÓN DE FISCALÍA	
El 15 de agosto de 2014, a eso de las 13H30, mientras C. M., caminaba por la calle Lamar y Vargas Machuca, ingresa a un bazar, simulando ser cliente, amedrenta a la víctima, con un cuchillo y un desarmador a la altura del cuello, llevándose dos relojes. La víctima pide auxilio y el sujeto activo es aprehendido. Se le halla en su poder con los relojes y el destornillador.	
1.4. PROBLEMA JURÍDICO QUE ENUNCIA LA SENTENCIA	
Dilucidar si el hecho de amedrentar a la víctima con un cuchillo y con un destornillador, encaja o no dentro del robo con violencias o amenazas.	
1.5. NORMAS JURÍDICAS RELEVANTES PARA RESOLVER EL CASO	
Art. 189 primer inciso del COIP, donde está regulado el robo con amenazas o violencias. Art. 57 ibídem, trata sobre la reincidencia, es una agravante que aumenta la pena máxima en un tercio.	
1.6. DECISIÓN	
Sentencia condenatoria, como autor directo, pena privativa de libertad de 9 años 4 meses, multa de 12 SBUTG (\$ 4080,00) y reparación integral de un SBUTG (\$ 340,00).	
2. ARGUMENTO DE LA DECISIÓN	



2.1. PROBLEMA JURÍDICO QUE RESUELVE LA SENTENCIA

No se admite la tesis de la defensa, de que es un hurto, por cuanto, si bien la víctima dijo que el procesado fue detenido de inmediato, eso no significa que por ello no usó del cuchillo, porque de lo contrario se le hubiera encontrado en su poder. Nótese que el policía señaló que detuvo al procesado en otro lugar, por ende, pudo arrojar el cuchillo. Empero, aunque se considere que no usó el cuchillo, la víctima alude también el uso del destornillador que es precisamente el objeto hallado al acusado que fue parte del acuerdo probatorio de los sujetos procesales (Fiscalía y Defensa). Además, la defensa sostuvo que al no haber huellas en la víctima del uso del cuchillo y desarmador, no habría violencia; lo cual es un argumento desatinado, porque puede haber amenazas y la conducta sigue siendo esta clase de robo.

3. OBSERVACIONES

El avalúo total de los dos relojes es de \$ 50,00. La jueza para imponer la pena consideró la agravante del Art. 57 del COIP, por cuanto, a la persona acusada se le había impuesto una pena por un delito de robo agravado (Art. 552 del CP) en fecha anterior (07 de agosto de 2008). La víctima sí compareció a la audiencia. El procedimiento que se llevó a cabo fue el directo. No existió ni apelación, ni casación, por ende, la sentencia está ejecutoriada. No existió violencia, sino amenazas.

CASO 2

FORMATO DE ANÁLISIS PARA SENTENCIAS

ESTUDIANTE

Nombre	Guillermo Arias Inga
Fecha	10 de noviembre de 2018
Curso	Maestría en Derecho Penal

1. MARCO DECISIONAL

1.1. IDENTIFICACIÓN

Número	01283-2014-1836
Fecha	26 de septiembre de 2014
Jueza o Juez	Jueza 1

1.2. TEORÍA DEL CASO DE LA DEFENSA

La defensa pública sostuvo que su patrocinado no tuvo participación en este ilícito, que se trata de prejuicios contra una persona por ser negra, que el acusado se sentó en el bus junto a la víctima, que le pidió para hacer una llamada, por eso, fue encontrado con el celular de la víctima. Que en el peor de los casos, el delito sería un hurto.

1.3. ACUSACIÓN DE FISCALÍA

El 04 de septiembre de 2014, a eso de las 13H30, mientras J. P., iba en el bus por la Avenida Hurtado de Mendoza, cuando al llegar a la intersección con la Avenida Los Andes, profiere amenazas contra la víctima, indicándole que si no le da el celular, le va a disparar, para proceder a despojarle de su teléfono celular.



1.4. PROBLEMA JURÍDICO QUE ENUNCIA LA SENTENCIA
Dilucidar si el acusado tuvo o no participación en el hecho. Establecer si estamos frente a un delito de robo con amenazas o violencias, o frente a un hurto.
1.5. NORMAS JURÍDICAS RELEVANTES PARA RESOLVER EL CASO
Art. 189 primer inciso del COIP, donde está regulado el robo con amenazas o violencias. Art. 57 ibídem, trata sobre la reincidencia, es una agravante que incrementa la pena máxima en un tercio.
1.6. DECISIÓN
Sentencia condenatoria, como autor directo, pena privativa de libertad de 9 años 4 meses, multa de 12 SBUTG (\$ 4080,00) y reparación integral de un SBUTG (\$ 340,00).
2. ARGUMENTO DE LA DECISIÓN
2.1. PROBLEMA JURÍDICO QUE RESUELVE LA SENTENCIA
La tesis de la defensa es cambiante, porque aparte de alegar inocencia, al señalar que se produjo una reacción prejuiciosa debido al color de la piel del procesado, también, argumenta que se ha cometido un hurto y que sería una contravención. Dice la jueza que la teoría del caso de la defensa debe ser única. En la decisión, lo que sí se ha probado es que el acusado empleó la amenaza de un mal inminente, para vencer la resistencia de la víctima y conseguir el desapoderamiento, lo que importa es que con esa situación influyó en el ánimo de la víctima, produjo miedo y la entrega.
3. OBSERVACIONES
El avalúo total del celular recuperado es de \$ 60,00. La jueza para imponer la pena consideró la agravante del Art. 57 del COIP, por cuanto, a la persona acusada se le había impuesto una pena por un delito de robo agravado (Art. 552 del CP) en fecha anterior (21 de junio de 2013). La víctima sí compareció a la audiencia. El procedimiento que se llevó a cabo fue el directo. No existió ni apelación, peor casación en este caso, por ende, la sentencia está ejecutoriada. Hubo amenazas.

CASO 3

FORMATO DE ANÁLISIS PARA SENTENCIAS	
ESTUDIANTE	
Nombre	Guillermo Arias Inga
Fecha	10 de noviembre de 2018
Curso	Maestría en Derecho Penal
1. MARCO DECISIONAL	
1.1. IDENTIFICACIÓN	
Número	01283-2014-02306
Fecha	29 de octubre de 2014
Jueza o Juez	Jueza 2



1.2. TEORÍA DEL CASO DE LA DEFENSA

La defensa pública sostuvo que M. B. no cometió el delito de robo con amenazas o violencias, sino un robo con fuerza en las cosas. Mientras que, R. R. luego del robo se encontró con M. B., quien no tiene participación en este ilícito.

1.3. ACUSACIÓN DE FISCALÍA

El 09 de octubre de 2014, a eso de las 04H00, M. B. y R. R., caminaban por la calle Carlos Arízaga, cuando al llegar a la intersección con la calle Roberto Crespo, interceptan a la víctima, le empujan al piso, le cogen de la camisa, y profiriendo amenazas, con un cuchillo, proceden a sustraerle su teléfono celular. Ocurrido el hecho, los acusados huyen del lugar, la víctima alerta a la Policía, los acusados son aprehendidos, hallándose en poder de M. B. el celular, que es reconocido por la víctima. Además, la víctima identifica a los acusados como las personas que participaron en la sustracción de su celular.

1.4. PROBLEMA JURÍDICO QUE ENUNCIA LA SENTENCIA

Verificar si los acusados tuvieron o no participación en el hecho que se dilucida. Establecer si es un robo con amenazas o violencias o un robo con fuerza en las cosas.

1.5. NORMAS JURÍDICAS RELEVANTES PARA RESOLVER EL CASO

Art. 189 del COIP, donde está regulado el robo con amenazas o violencias. Art. 57 íbidem, trata sobre la reincidencia, es una agravante que aumenta la pena máxima en un tercio.

1.6. DECISIÓN

Sentencia condenatoria, como autores directos, le impone a M. B. una pena privativa de libertad de 9 años 4 meses, mientras que a R. R., le impone una pena de 5 años, a ambos multa de 12 SBUTG (\$ 4080,00) y la reparación integral de \$ 150,00).

2. ARGUMENTO DE LA DECISIÓN

2.1. PROBLEMA JURÍDICO QUE RESUELVE LA SENTENCIA

La violencia es la fuerza que se usa contra una persona, para obligarle a hacer lo que no quiere, por medios a los que no puede resistir, en este supuesto, a la víctima le atacaron, le cogieron de la camisa y la empujaron contra la vereda, en esas circunstancias ¿se puede dudar que no hubo violencia? El bien jurídico es la propiedad, es decir, la relación jurídica que tiene la víctima sobre una cosa (bien mueble) sea como tenedor, poseedor o titular del dominio, que lo alegado por la defensa de que no se tiene factura para demostrar la propiedad del celular no tiene sustento jurídico, por cuanto, el robo es un delito de resultado, siendo los elementos objetivos de la tipicidad el acto de sustraerse (verbo rector), el objeto sobre el que incurre la acción (bien mueble ajeno) y el medio utilizado que es contra la voluntad de la persona que posee aquel bien.

3. OBSERVACIONES

El avalúo del celular recuperado es de \$ 80,00. La jueza al imponer la pena a uno de



los autores, consideró la agravante del Art. 57 del COIP, por cuanto, se le había impuesto una pena por un delito de robo (Art. 551 del CP) en fecha anterior (07 de julio de 2014). El procedimiento que se llevó a cabo fue el directo. La víctima sí acudió a la audiencia. Existieron empujones a la víctima, es decir, violencias. Un aspecto a debatirse, radica en determinar si la jueza pudo aplicar la agravante prevista en el Art. 47 numeral 5 del COIP, ya que había dos personas que participaron en el hecho, cuando la aplicación de esta agravante no fue solicitada por Fiscalía.

Hubo apelación, por parte de M. B., y los jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial del Azuay, el 28 de noviembre de 2014, confirmaron la sentencia subida en grado. En este caso, se planteó nuevamente que el ilícito era el robo con fuerza en las cosas, sin embargo, como bien se razonó, la víctima no puede ser asimilada a una cosa, es una persona, en esta especie la víctima fue atacada y puso resistencia a la sustracción, por lo que, es evidente que hubo violencia. Se dijo que la pena es la que debía imponerse, pues se demostró que M. B., cometió un nuevo delito con los mismos elementos de tipicidad y dolo, pues en el caso anterior fue sentenciado por robo. Esta sentencia se encuentra ejecutoriada.

CASO 4

FORMATO DE ANÁLISIS PARA SENTENCIAS	
ESTUDIANTE	
Nombre	Guillermo Arias Inga
Fecha	10 de noviembre de 2018
Curso	Maestría en Derecho Penal
1. MARCO DECISIONAL	
1.1. IDENTIFICACIÓN	
Número	01283-2014-2323
Fecha	06 de noviembre de 2014
Jueza o Juez	Jueza 1
1.2. TEORÍA DEL CASO DE LA DEFENSA	
La defensa pública sostuvo que la persona acusada cometió el delito de robo con fuerza en las cosas, por cuanto, jaló la mochila a la víctima y ahí le sustrajo su celular, que en definitiva no hubo ni amenazas ni violencias. Que para demostrar el uso de la violencia se requiere un reconocimiento médico legal.	
1.3. ACUSACIÓN DE FISCALÍA	
El 14 de octubre de 2014, a eso de las 17H00, mientras la víctima caminaba por la calle Juan Montalvo, al llegar a la intersección con la calle Gran Colombia, es interceptada por dos personas, el uno le jaló de su mochila, le empujó y el otro le atacó por la parte de adelante, le puso un cuchillo a la altura del estómago, para despojarle de su celular, cometido el hecho los dos autores del hecho huyen del lugar, siendo	



aprehendido sólo T. M., quien en el trayecto arroja un teléfono celular, y además es hallado con el cuchillo. Posteriormente, el celular es reconocido por la víctima como el que tenían antes de la sustracción, y reconoce a la persona acusada.

1.4. PROBLEMA JURÍDICO QUE ENUNCIA LA SENTENCIA

Explicar si el hecho de jalar a la víctima de su mochila y amenazarle con un cuchillo, puede o no ser calificado como un robo con amenazas o violencias.

1.5. NORMAS JURÍDICAS RELEVANTES PARA RESOLVER EL CASO

Art. 189 primer inciso del COIP, donde está regulado el robo con amenazas o violencias. Art. 57 ibídem, trata sobre la reincidencia, es una agravante que incrementa la pena máxima en un tercio.

1.6. DECISIÓN

Sentencia condenatoria, como autor directo, pena privativa de libertad de 9 años 4 meses, multa de 20 SBUTG (\$ 6800,00) y la reparación integral de \$ 250,00.

2. ARGUMENTO DE LA DECISIÓN

2.1. PROBLEMA JURÍDICO QUE RESUELVE LA SENTENCIA

El acusado colocado frente a frente respecto a la víctima, usó un cuchillo, venciendo su resistencia inicial consiguió la entrega de su teléfono celular, incluso con posterioridad al hecho, para evitar ser aprehendido usó del arma blanca. En base a ello, la modalidad es la del robo con intimidación, utiliza el arma, ni siquiera se requiere de palabras sino de gestos, inclusive el propio procesado en su testimonio indicó que se alzó la camiseta para mostrar el cuchillo a la víctima, lenguaje corporal tendiente a amenazar e intimidar. El hecho de que se produzcan o no lesiones, es otra situación.

3. OBSERVACIONES

El avalúo del celular recuperado es de \$ 250,00. La jueza para imponer la pena consideró la agravante del Art. 57 del COIP, por cuanto, a la persona acusada se le había impuesto una pena por un delito de robo agravado (Art. 552 del CP) en fecha anterior (04 de septiembre de 2012). La víctima sí compareció a la audiencia. El procedimiento que se llevó a cabo fue el directo. No existió ni apelación, peor casación, por ende, la sentencia está ejecutoriada. Hubo la amenaza con un cuchillo.

CASO 5

FORMATO DE ANÁLISIS PARA SENTENCIAS	
ESTUDIANTE	
Nombre	Guillermo Arias Inga
Fecha	10 de noviembre de 2018
Curso	Maestría en Derecho Penal
1. MARCO DECISIONAL	
1.1. IDENTIFICACIÓN	



Número	01283-2015-01961
Fecha	21 de mayo de 2015
Jueza o Juez	Juez 1
1.2. TEORÍA DEL CASO DE LA DEFENSA	
La defensa privada sostuvo que los procesados no han cometido ninguna infracción.	
1.3. ACUSACIÓN DE FISCALÍA	
El 13 de abril de 2015, a eso de las 21H45, mientras J. B., M. B. y J. B., caminaban por la Avenida de Las Américas, cuando al llegar a la intersección con la calle Carlos Arízaga Vega, interceptan a una mujer, le empujan, le arranchan su cartera, en cuyo interior, se hallaba su celular. Los acusados huyen del lugar, siendo interceptados, encontrando en poder de M. B., el celular de la víctima, quien reconoció dicho celular como suyo e identificó a los tres detenidos, como las personas que momentos antes con forcejeos y amenazas le quitaron su celular.	
1.4. PROBLEMA JURÍDICO QUE ENUNCIA LA SENTENCIA	
Verificar si los acusados tuvieron o no participación en el hecho que se dilucida. ¿Puede el juez condenar si es que la víctima no acudió a la audiencia de juicio?	
1.5. NORMAS JURÍDICAS RELEVANTES PARA RESOLVER EL CASO	
El Art. 189 primer inciso del COIP, donde está regulado el robo con amenazas o violencias. El Art. 47 numeral 5 ibídem, trata sobre la agravante cuando hay la participación de dos o más personas, circunstancia que incrementa la pena máxima en un tercio. El Art. 11 ibídem que se refiere a los derechos de la víctima.	
1.6. DECISIÓN	
Sentencia condenatoria, a los tres, en calidad de coautores, pena privativa de libertad de 9 años 4 meses, multa de 20 SBUTG (\$ 7080,00) y la reparación integral no se cuantifica por falta de justificación.	
2. ARGUMENTO DE LA DECISIÓN	
2.1. PROBLEMA JURÍDICO QUE RESUELVE LA SENTENCIA	
El robo con violencia o intimidación en las personas ocurre cuando se ejerce una fuerza <i>vis física</i> o una intimidación <i>vis compulsiva</i> para vencer la resistencia del dueño o poseedor de la cosa a su entrega. En base a la prueba evacuada se demostró que los acusados despojaron de la cartera a la víctima, ejerciendo violencia física, que en la cartera estaba el celular que fue presentado como evidencia. Además, se indica que el COIP, le otorga a la víctima una serie de derechos, entre los cuales está no obligarla a comparecer a juicio, por las razones que fueren, siendo una de ellas, evitar la confrontación visual con los victimarios.	
3. OBSERVACIONES	
El avalúo del celular recuperado es de \$ 20,00. El juez al imponer la pena, consideró la agravante del Art. 47 numeral 5 del COIP, por cuanto, eran tres las personas que participaron en el hecho. La víctima no compareció a la audiencia. El procedimiento	



que se llevó a cabo fue el directo. Hubo amenazas, pues el arranque no es violencia.

Los jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial del Azuay, el 04 de junio de 2015, confirmaron la sentencia subida en grado. En esta audiencia se plantearon algunas cosas, por ejemplo, el defensor indicaba que no se había demostrado el nexo causal, que no se había probado la existencia de violencias o amenazas y que la pena impuesta es desproporcionada, que por un celular valorado en 20 dólares se termina condenando a nueve años cuatro meses. Sin embargo, los jueces indican que si se ha demostrado el nexo causal, en especial con los testimonios de los policías que indicaron que la víctima, les dijo que entre los tres acusados, mediante forcejeos y amenazas le despojaron de la cartera, donde estaba su celular. En torno a la pena, dicen los operadores jurídicos que el tipo penal establece una pena de 5 a 7 años, por su parte el Art. 47 numeral 5 del COIP, determina como circunstancia agravante, cometer la misma con participación de dos o más personas, en la especie cometieron entre tres personas, el último inciso del Art. 44 ibídem, determina que si existe al menos una circunstancia agravante no constitutiva o modificatoria de la infracción, se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio, y que ese resultado da 9 años 4 meses, por lo mismo, la dosimetría penal está legalmente aplicada.

Se planteó el recurso de casación el mismo que fue inadmitido por improcedente, el 23 de agosto de 2017, por lo tanto, la sentencia está ejecutoriada.

CASO 6

FORMATO DE ANÁLISIS PARA SENTENCIAS	
ESTUDIANTE	
Nombre	Guillermo Arias Inga
Fecha	10 de noviembre de 2018
Curso	Maestría en Derecho Penal
1. MARCO DECISIONAL	
1.1. IDENTIFICACIÓN	
Número	01283-2015-02078
Fecha	21 de mayo de 2015
Jueza o Juez	Juez 2
1.2. TEORÍA DEL CASO DE LA DEFENSA	
La defensa privada sostuvo que los procesados ingresaron a una tienda, ingirieron unas cervezas con la víctima, luego hay una pelea, la víctima pide ayuda a la Policía y les acusan a sus defendidos de haberle robado sus pertenencias a la víctima.	
1.3. ACUSACIÓN DE FISCALÍA	



El 17 de abril de 2015, a eso de las 21H45, mientras D. C. y W. M. tomaban con la víctima, en la calle Cornelio Crespo y Ricardo Márquez, le han puesto un arma en la cabeza, para sustraerle un celular y la billetera que contenía \$ 115,00. Una persona que pasaba por el lugar, alerta a los moradores y los acusados son aprehendidos. Se les encuentra con las pertenencias, más no con el arma, porque fue incinerado junto a la moto en la que iban.

1.4. PROBLEMA JURÍDICO QUE ENUNCIA LA SENTENCIA

Verificar si los acusados tuvieron o no participación en este delito. Establecer si el uso de un arma de juguete es suficiente para la configuración de este tipo penal. ¿Puede el juez condenar si es que la víctima no acudió a la audiencia de juicio?

1.5. NORMAS JURÍDICAS RELEVANTES PARA RESOLVER EL CASO

Art. 189 primer inciso del COIP, donde está regulado el robo con amenazas o violencias. Art. 47 numeral 5 ibídem, que trata sobre la agravante cuando hay la participación de dos o más personas, circunstancia que incrementa la pena máxima en un tercio. Art. 11 ibídem, que hace alusión a los derechos de la víctima.

1.6. DECISIÓN

Sentencia condenatoria, como autores directos a los dos, pena privativa de libertad de 9 años 4 meses, multa de 20 SBUTG (\$ 7080,00) y reparación integral de un SBUTG (\$ 354,00).

2. ARGUMENTO DE LA DECISIÓN

2.1. PROBLEMA JURÍDICO QUE RESUELVE LA SENTENCIA

La posición que la víctima tiene en el actual proceso penal no es la que tenía anteriormente, de una casi completa exclusión del proceso. Hoy el sistema de administración de justicia la convierte en un sujeto procesal y titular de derechos, entre éstos, está la prerrogativa de participar o no del proceso (Art. 11 numeral 1 del COIP). El conocimiento de que el medio no es idóneo para producir disparos ni lesionar gravemente la integridad de las víctimas escapa a la percepción de ésta, ella sólo se ve intimidada por lo que parece un arma. Existe un testigo presencial que si compareció a la audiencia de juicio, que describió como los procesados agredieron a la víctima para despojarle de sus pertenencias, es decir, hay la responsabilidad de las personas acusadas, más allá de toda duda razonable.

3. OBSERVACIONES

El avalúo del celular recuperado es de \$ 200,00 y la billetera tenía en su interior \$ 115,00. El juez al imponer la pena, consideró la agravante del Art. 47 numeral 5 del COIP, por cuanto, eran dos las personas que participaron en el hecho. La víctima no compareció a la audiencia. El procedimiento que se llevó a cabo fue el directo. Existieron forcejeos y amenazas con el arma.

Los jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial del Azuay, el 24 de junio de 2015, confirmaron la sentencia subida en grado, lo interesante es que en la audiencia de apelación, el abogado defensor planteaba que la pena era desproporcionada, sin



embargo, sobre ello no se pronunciaron los jueces.

Se planteó el recurso de casación el mismo que fue inadmitido por improcedente, el 17 de septiembre de 2015, por lo tanto, la sentencia está ejecutoriada.

CASO 7

FORMATO DE ANÁLISIS PARA SENTENCIAS	
ESTUDIANTE	
Nombre	Guillermo Arias Inga
Fecha	11 de noviembre de 2018
Curso	Maestría en Derecho Penal
1. MARCO DECISIONAL	
1.1. IDENTIFICACIÓN	
Número	01283-2015-07082
Fecha	21 de enero de 2016
Jueza o Juez	Juez 3
1.2. TEORÍA DEL CASO DE LA DEFENSA	
La defensa pública sostuvo que la persona acusada salía de su domicilio, luego fue interceptada, que le acusan indebidamente el robo, que ella no se llevó ningún objeto.	
1.3. ACUSACIÓN DE FISCALÍA	
El 25 de diciembre de 2015, a eso de las 16H30, mientras C. A. iba en compañía de otra persona por la calle Tres de Noviembre, les interceptan a las víctimas, amenazándolos con un cuchillo y un arma de fuego, para proceder a sustraerles un celular y \$ 250,00 dólares. Cometido el hecho, el otro sujeto activo huye del lugar, no así C. A., quien es interceptada por las víctimas.	
1.4. PROBLEMA JURÍDICO QUE ENUNCIA LA SENTENCIA	
Verificar si la persona acusada participó o no en el hecho que se dilucida.	
1.5. NORMAS JURÍDICAS RELEVANTES PARA RESOLVER EL CASO	
Art. 189 primer inciso del COIP, donde está regulado el robo con amenazas o violencias. Art. 47 numeral 5 ibídem, trata sobre la agravante cuando hay la participación de dos o más personas, con lo cual la pena máxima aumenta en un tercio.	
1.6. DECISIÓN	
Sentencia condenatoria, como autora directa, pena privativa de libertad de 9 años 4 meses, multa de 12 SBUTG (\$ 4248,00). En torno a la reparación integral no la fija económicamente, sino que dispone otras medidas de reparación.	
2. ARGUMENTO DE LA DECISIÓN	
2.1. PROBLEMA JURÍDICO QUE RESUELVE LA SENTENCIA	



Las amenazas independientemente del medio que se empleen tienen como propósito doblegar la voluntad del sujeto pasivo, observar a dos ciudadanos que se acercan intempestivamente, que inicialmente piden un dólar, que luego acceden a sus pertenencias en busca de bienes ajenos (que es el propósito de la acción) en la noche, armados con un arma de fuego y un arma blanca, profiriendo amenazas antes, durante y luego de la sustracción, evidentemente es una conducta lesiva, doblega la voluntad de los sujetos pasivos, sin diferenciar las condiciones o fuerzas. Se demostró que la procesada fue quien intimidó a la víctima, para que el otro autor del hecho, proceda con la sustracción de los bienes ajenos.

3. OBSERVACIONES

El avalúo del celular no recuperado es de \$ 150,00 y del dinero es de \$ 250,00. El juez al imponer la pena, consideró la agravante del Art. 47 numeral 5 del COIP, por cuanto, eran dos las personas que participaron en el hecho. Las víctimas si comparecieron a la audiencia. El procedimiento que se llevó a cabo fue el directo. Existieron amenazas con el arma. No hubo apelación ni casación, por ende, la sentencia está ejecutoriada.

CASO 8

FORMATO DE ANÁLISIS PARA SENTENCIAS	
ESTUDIANTE	
Nombre	Guillermo Arias Inga
Fecha	11 de noviembre de 2018
Curso	Maestría en Derecho Penal
1. MARCO DECISIONAL	
1.1. IDENTIFICACIÓN	
Número	01283-2016-00417
Fecha	11 de febrero de 2016
Jueza o Juez	Juez 3
1.2. TEORÍA DEL CASO DE LA DEFENSA	
La defensa pública sostuvo que la persona acusada no cometió el ilícito, ya que la víctima era su amigo, que sólo le pidió el celular para hacer una llamada telefónica, que es un mal entendido, que no hubo dolo al desapoderar del celular.	
1.3. ACUSACIÓN DE FISCALÍA	
El 26 de enero de 2016, a eso de las 16H00, mientras un menor, caminaba por la calle Sangurima y Octavio Cordero, se le acercó A. G., quien le arranchó el celular, diciéndole al menor que guarde silencio, caso contrario le apuñalaría, cometido el ilícito, el autor huye del lugar, siendo alcanzado por personal policial, quienes le hallaron en su poder el celular sustraído y un cuchillo.	
1.4. PROBLEMA JURÍDICO QUE ENUNCIA LA SENTENCIA	
Verificar si el procesado participó o no en el hecho que se dilucida. ¿Puede el juez	



condenar si es que la víctima no acudió a la audiencia de juicio?

1.5. NORMAS JURÍDICAS RELEVANTES PARA RESOLVER EL CASO

Art. 189 primer inciso del COIP, donde está regulado el robo con amenazas o violencias. El Art. 47 numeral 11 ibídem, que trata sobre la agravante cuando la infracción se comete en contra de adolescentes, circunstancia que incrementa la pena máxima en un tercio. El Art. 11 del COIP que se refiere a los derechos de la víctima.

1.6. DECISIÓN

Sentencia condenatoria, como autor directo, pena privativa de libertad de 9 años 4 meses, multa de 12 SBUTG (\$ 4392,00). En torno a la reparación integral no la fija económicamente, sino que dispone otras medidas de reparación.

2. ARGUMENTO DE LA DECISIÓN

2.1. PROBLEMA JURÍDICO QUE RESUELVE LA SENTENCIA

Las pruebas deben ser valoradas en su contexto, cuando la víctima es menor de edad, debe darse una mayor perspectiva de protección, hay casos en los que la víctima no comparece, como cuando fallece; sin embargo, sí se puede establecer una condena, que hacerlo recordar el hecho vivido a un menor de edad, podría devenir en una revictimización. Se debe tener en cuenta que el acusado fue hallado en poder del mecanismo intimidatorio (cuchillo), además, los policías vieron que el acusado corría en precipitada carrera, cuando tomaron contacto con la víctima, ella estaba llorando, por lo que, hay violencia al sustraer y una amenaza cuando se le amedrentó con la eventual puñalada, y el estado en que fue encontrada la víctima, precisamente no obedece a que se trate de un mal entendido.

3. OBSERVACIONES

El avalúo del celular recuperado es de \$ 200,00. El juez al imponer la pena, consideró la agravante del Art. 47 numeral 11 del COIP, por cuanto, la víctima era un adolescente. La víctima no compareció a la audiencia. El procedimiento que se llevó a cabo fue el directo. Existieron forcejeos y amenazas con el cuchillo.

Hubo apelación, por parte de la defensa privada y los jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial del Azuay, el 24 de junio de 2016, confirmaron la sentencia subida en grado, lo interesante es que en la audiencia de fundamentación del recurso de apelación, el defensor planteaba que la pena era desproporcionada, sobre ello los jueces, sostuvieron que la pena ha sido bien aplicada al existir una circunstancia agravante, que el asambleísta ha previsto esa pena, sin que el juzgador pueda ignorar esta dosimetría de la pena, pues es su obligación respetar la seguridad jurídica. En torno a las amenazas, los jueces indicaron que el acusado amenazó con acuchillar al menor en caso de no entregar el teléfono, es más tenía el objeto con el que cumpliría dicha amenaza, a lo cual, se debe tomar en cuenta las condiciones de la víctima, se trataba de un menor de edad, que por su misma condición no iba a dudar que la amenaza se cumpliría, de tal forma que, la acción del recurrente encaja en lo que se entiende por amenaza. El defensor también planteó que en este caso no debía haberse



aplicado el procedimiento directo sino el procedimiento ordinario, no obstante, la referida Sala considera que por el monto de lo sustraído, que no excede los 30 SBUTG, es correcto la aplicación del procedimiento directo. Asimismo, se indicó que no era necesaria la presencia de la víctima, que su ausencia es constitucional y legal, en base al principio del interés superior del menor. También, se decía que no se había acreditado la preexistencia de la infracción, es decir, la ajenidad del celular, a este respecto los jueces manifestaron que con la misma aseveración del procesado, de que quería tomar prestado el celular, se acreditó que no le pertenecía el celular, que la preexistencia del objeto, no exige el COIP, como sí lo hacía antes el CP en su Art. 106.

Se planteó el recurso de casación el cual fue inadmitido, el 27 de octubre de 2016, por lo tanto, la sentencia está ejecutoriada.

CASO 9

FORMATO DE ANÁLISIS PARA SENTENCIAS	
ESTUDIANTE	
Nombre	Guillermo Arias Inga
Fecha	11 de noviembre de 2018
Curso	Maestría en Derecho Penal
1. MARCO DECISIONAL	
1.1. IDENTIFICACIÓN	
Número	01283-2016-00716
Fecha	27 de marzo de 2016
Jueza o Juez	Juez 1
1.2. TEORÍA DEL CASO DE LA DEFENSA	
La defensa privada sostuvo que su defendido venía jugando fútbol con un adolescente, que atrás de ellos, venían un grupo de personas, que el acusado no cometió el delito.	
1.3. ACUSACIÓN DE FISCALÍA	
El 14 de febrero de 2016, a eso de las 20H30, mientras la víctima transitaba, por el sector del Río Amarillo, cuando al llegar al Puente del Tejar, seis personas, entre ellos J. V. y un adolescente, se le acercan y proceden mediante amenazas, a sustraerle su bicicleta de color azul y \$ 100,00 en efectivo, siendo detenidos posteriormente J. V. y el adolescente.	
1.4. PROBLEMA JURÍDICO QUE ENUNCIA LA SENTENCIA	
Verificar si el procesado participó o no en el hecho que se dilucida.	
1.5. NORMAS JURÍDICAS RELEVANTES PARA RESOLVER EL CASO	
Art. 189 primer inciso del COIP, donde está regulado el robo con amenazas o violencias. El Art. 47 numeral 5 ibídem, tratan sobre la agravantes cuando hay la participación de dos o más personas, circunstancia que aumenta la pena máxima en un	



tercio.
1.6. DECISIÓN
Sentencia condenatoria, como autor directo, pena privativa de libertad de 9 años 4 meses, multa de 12 SBUTG (\$ 4392,00) y una reparación integral de \$ 400,00.
2. ARGUMENTO DE LA DECISIÓN
2.1. PROBLEMA JURÍDICO QUE RESUELVE LA SENTENCIA
El robo con violencia o intimidación en las personas ocurre cuando se ejerce una fuerza <i>vis física</i> o una intimidación <i>vis compulsiva</i> para vencer la resistencia del dueño o poseedor de la cosa a su entrega, que las personas del lugar les entregaron a los detenidos que fueron reconocidos por la víctima, todos hablan de una confusión ese día, empero, llama la atención que el día del robo, nadie haya dicho esa situación. En algunos casos puede no haber la prueba directa, empero, no es la única que puede legítimamente considerarse para fundar la sentencia. La prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, pueden utilizarse, siempre que de ellos pueda inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos.
3. OBSERVACIONES
El avalúo de la bicicleta es de \$ 300,00 más el dinero sustraído (\$ 100,00). El juez al imponer la pena, consideró la agravante del Art. 47 numeral 5 del COIP, por cuanto, fueron dos personas las que participaron en este delito. La víctima no fue a la audiencia. El procedimiento efectuado fue el directo. Hubo amenazas y forcejeos.
Los jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial del Azuay, el 01 de junio de 2016, confirmaron la sentencia subida en grado. El defensor decía que no hay convencimiento sobre la autoría de su defendido, porque los policías son testigos referenciales. Además, aludía a que la pena era desproporcionada. Frente a ello, los jueces sostuvieron que no es obligación de la víctima comparecer a la audiencia de juicio directo, conforme lo previsto en el Art. 78 de la Constitución y el Art. 11 de COIP. Frente a la proporcionalidad de la pena, los jueces se mantienen en que el legislador ha determinado que sanción se aplica a cada delito, la defensa ha referido que la pena es excesiva, pues se trata de una bicicleta vieja, no obstante, aquella alegación no contiene un argumento válido, pues las penas son establecidas teniendo en cuenta el grado de afectación al bien jurídico, así como las circunstancias sociales que sirvieron para graduar la pena, en el presente caso, disminuir la pena, sería una decisión ilegítima y arbitraria, pues, se han justificado agravantes que precisan la pena establecida por el Juez <i>Aquo</i> . Asimismo, en esta sentencia se indica que la exigencia del tipo normativo es desapoderar a una persona de una cosa mueble ajena, con lo que se justifica la preexistencia del bien, sin que importe el valor del bien sustraído, pues se trata de un delito de robo en donde el valor del objeto sustraído es irrelevante.
Se planteó el recurso de casación el cual fue inadmitido, el 08 de noviembre de 2016, por lo tanto, la sentencia está ejecutoriada.



CASO 10

FORMATO DE ANÁLISIS PARA SENTENCIAS	
ESTUDIANTE	
Nombre	Guillermo Arias Inga
Fecha	11 de noviembre de 2018
Curso	Maestría en Derecho Penal
1. MARCO DECISIONAL	
1.1. IDENTIFICACIÓN	
Número	01283-2016-01945
Fecha	27 de octubre de 2016
Jueza o Juez	Juez 4
1.2. TEORÍA DEL CASO DE LA DEFENSA	
La defensa pública sostuvo que la persona acusada ha estado transitando por el lugar, que no ha tenido participación en el ilícito, que eso demostrará al evacuar las pruebas.	
1.3. ACUSACIÓN DE FISCALÍA	
El 29 de mayo de 2016, a eso de las 16H30, mientras J. A. caminaba con otra persona, por la parte posterior de la Hostería Novaqua, se le acerca con un desarmador a la víctima, diciéndole que le dé su celular, pues caso contrario le acuchillaría, frente a esta amenaza, la víctima se despoja de su celular, luego, pide auxilio y uno de los sujetos activos es aprehendido. Se le encuentra en su poder con el destornillador, pero con el celular.	
1.4. PROBLEMA JURÍDICO QUE ENUNCIA LA SENTENCIA	
Verificar si el procesado participó o no en el hecho que se dilucida. ¿Es necesario demostrar en los delitos contra la propiedad la preexistencia del objeto sustraído?	
1.5. NORMAS JURÍDICAS RELEVANTES PARA RESOLVER EL CASO	
Art. 189 primer inciso del COIP, donde está regulado el robo con amenazas o violencias. Art. 47 numerales 1 y 5 ibídem, que tratan sobre las agravantes cuando se ejecuta la infracción con alevosía, es decir, usar el desarmador para amedrentar a la víctima y asegurar la comisión del ilícito, y el hecho de estar en compañía de otra persona, circunstancias que incrementan la pena máxima en un tercio.	
1.6. DECISIÓN	
Sentencia condenatoria, como autor directo, pena privativa de libertad de 9 años 4 meses, multa de 26,6 SBUTG (\$ 9799,99) y reparación integral por \$ 500,00.	
2. ARGUMENTO DE LA DECISIÓN	
2.1. PROBLEMA JURÍDICO QUE RESUELVE LA SENTENCIA	
La responsabilidad de la persona acusada se la acreditó con los testimonios fundamentalmente de la víctima, quien lo ubica espacial y temporalmente al acusado	



en el sitio de los acontecimientos, de cómo en junta de otra persona, le sustrajeron el celular, para lo cual utilizaron un destornillador, el cual fue colocado a la altura del cuello de la víctima, para amedrentarla y facilitar su consumación, incluso llegando a amenazarle con acuchillarle en caso de que la víctima se resistiera. No es necesario considerar la preexistencia del objeto sustraído, basta que se acredite que no le pertenecía al sujeto activo.

3. OBSERVACIONES

El avalúo del celular no recuperado es de \$ 600,00. El juez al imponer la pena, consideró las agravantes del Art. 47 numerales 1 y 5 del COIP, por cuanto, a su criterio la infracción se cometió con alevosía y en compañía de otra persona. La víctima sí compareció a la audiencia. El procedimiento que se llevó a cabo fue el directo. Hubo amenazas con el destornillador. No existió apelación ni recurso de casación, por lo tanto, la sentencia está ejecutoriada.



ANEXO 2

SENTENCIAS HÍBRIDAS

CASO 1

FORMATO DE ANÁLISIS PARA SENTENCIAS	
ESTUDIANTE	
Nombre	Guillermo Arias Inga
Fecha	11 de noviembre de 2018
Curso	Maestría en Derecho Penal
1. MARCO DECISIONAL	
1.1. IDENTIFICACIÓN	
Número	01283-2014-0581
Fecha	05 de diciembre de 2014
Jueza o Juez	Juez 5
1.2. TEORÍA DEL CASO DE LA DEFENSA	
La defensa privada sostuvo que los objetos encontrados en poder del acusado son de su propiedad, que no existe delito de robo, que se debe ratificar el estado de inocencia.	
1.3. ACUSACIÓN DE FISCALÍA	
El 17 de noviembre de 2014, a eso de las 11H20, mientras S. B., caminaba por la Avenida Doce de Abril y Unidad Nacional, se le aproximó a la víctima, le amenazó con un cuchillo, para después sustraerle su celular. Este hecho es visto por personas. El acusado es detenido, le hallan en su poder con el celular sustraído y el cuchillo.	
1.4. PROBLEMA JURÍDICO QUE ENUNCIAN LA SENTENCIA	
Dilucidar si la persona acusada tuvo o no participación en el ilícito.	
1.5. NORMAS JURÍDICAS RELEVANTES PARA RESOLVER EL CASO	
Art. 189 primer inciso del COIP, donde está regulado el robo con amenazas o violencias. El Art. 57 ibídem, trata sobre la reincidencia, es una agravante, que aumenta la pena máxima en un tercio. ¿Puede el juez condenar si es que la víctima no acudió a la audiencia de juicio?	
1.6. DECISIÓN	
Sentencia condenatoria, como autor directo, pena privativa de libertad de 7 años, multa de 20 SBUTG (\$ 6800,00) y la reparación integral de \$ 50,00.	
2. ARGUMENTO DE LA DECISIÓN	
2.1. PROBLEMA JURÍDICO QUE RESUELVE LA SENTENCIA	



Si bien la víctima no se presentó a la audiencia de juzgamiento, por el hecho de evitar la revictimización, cuestión garantizada en la Constitución y en el COIP, no obstante, en base al acervo probatorio es claro que el acusado actuó en tiempo y lugar en el acto antijurídico que se juzga. La tesis de la defensa de que no es el responsable, quedó en meras alegaciones, que corresponde definirla en hechos tangibles, claros y concordantes.

3. OBSERVACIONES

El avalúo del celular recuperado es de \$ 50,00. La víctima no compareció a la audiencia. El procedimiento que se llevó a cabo fue el directo. No hubo tiempo de incapacidad de las lesiones, porque no existió violencia, sino amenazas. Algo de esta sentencia, que la distingue de las otras analizadas, respecto a la situación de la reincidencia, es que el juzgador no acogió la agravante del Art. 57 del COIP, por cuanto, si bien a la persona acusada se le había impuesto una pena por un delito de robo agravado (Art. 552 del CP) en fecha anterior (07 de febrero de 2014), empero, no se consideró esta agravante por cuanto el operador jurídico dijo que si bien la reincidencia sólo procede en los delitos que tienen los mismos elementos de tipicidad, no es menos cierto que existiendo la figura delictual de condena en este Código por reincidencia con más el un tercio; y en el anterior Código Penal no había la aplicación del máximo de la pena más un tercio, recordando que salvo en las leyes más favorables al reo, rige en Derecho Penal el principio de irretroactividad de la ley a hechos anteriores a su entrada en vigor; por lo tanto, la aplicación de la pena al sentenciado ha sido bajo esa consideración.

Los jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial del Azuay, el 27 de enero de 2015, confirmaron la sentencia subida en grado. El defensor decía que no hay convencimiento sobre la autoría de su defendido, porque los policías son testigos referenciales. Además aludía que no se justificó que el celular que se dice sustraído le haya pertenecido a la víctima. Frente a ello, los jueces de la Sala sostuvieron que no es obligación de la víctima comparecer a la audiencia de juicio, y que un testimonio referencial para que sea válido debe estar relacionado con otras pruebas, como pasa en el presente caso. Asimismo, indicaron que la exigencia normativa del tipo penal no es justificar la propiedad del bien objeto del robo, sino únicamente la ajenidad, es decir, que el acusado se haya apoderado de una cosa mueble ajena. Además, se señala que la alegación de la defensa de que las evidencias encontradas en poder del acusado (celulares) le pertenecen, sólo queda en una alegación, pues debió demostrarse con testimonios o documentadamente que los celulares le pertenecían. La sentencia es confirmada en todas sus partes, pues por el principio del *non reformatio in pejus*, no se le podía empeorar la situación del recurrente.

Se planteó el recurso de casación el cual fue inadmitido, el 02 de diciembre de 2015, por lo tanto, la sentencia está ejecutoriada.

CASO 2



FORMATO DE ANÁLISIS PARA SENTENCIAS	
ESTUDIANTE	
Nombre	Guillermo Arias Inga
Fecha	11 de noviembre de 2018
Curso	Maestría en Derecho Penal
1. MARCO DECISIONAL	
1.1. IDENTIFICACIÓN	
Número	01283-2014-01969
Fecha	27 de enero de 2015
Jueza o Juez	Juez 6
1.2. TEORÍA DEL CASO DE LA DEFENSA	
La defensa pública sostuvo que sus defendidos no tuvieron participación en este delito.	
1.3. ACUSACIÓN DE FISCALÍA	
El 26 de diciembre de 2014, a eso de las 05H55, mientras militares, circulaban por el Parque de Miraflores, vieron a tres sujetos, que agredían a una persona, los militares se contactan con la víctima, quien tenía la vestimenta rota, estaba descalzo y ensangrentado, él les contó que había sido objeto de robo momentos antes. Los acusados huyen del lugar, se realiza un operativo por el sector, logrando detener a dos de los tres autores del ilícito, J. V. y A. V., quienes son hallados con las pertenencias de la víctima.	
1.4. PROBLEMA JURÍDICO QUE ENUNCIA LA SENTENCIA	
Dilucidar si las personas acusadas tuvieron o no participación en el ilícito.	
1.5. NORMAS JURÍDICAS RELEVANTES PARA RESOLVER EL CASO	
Art. 189 primer inciso del COIP, donde está regulado el robo con amenazas o violencias. Art. 47 numeral 5 ibídem, que trata sobre la agravante cuando se ejecuta la infracción con la participación de dos o más personas, circunstancia que aumenta la pena máxima en un tercio.	
1.6. DECISIÓN	
Sentencia condenatoria, como autores directos, pena privativa de libertad de 7 años, multa de 20 SBUTG (\$ 6800,00) y una reparación integral de \$ 500,00.	
2. ARGUMENTO DE LA DECISIÓN	
2.1. PROBLEMA JURÍDICO QUE RESUELVE LA SENTENCIA	
Si según los procesados ellos no hicieron nada sino que el autor ha sido un tal colorado, porque corrieron desde el Parque Miraflores hasta las bodegas de Eljuri que fue el lugar donde les detuvieron, si decían ser amigos de la víctima, porque esperar toda la noche para robarle, cuando más bien, buscaron a propósito un lugar desolado a esas horas como lo es un parque. Con las pruebas presentadas se demuestra la existencia de la infracción y la responsabilidad de las personas acusadas.	



3. OBSERVACIONES

El avalúo del celular recuperado es \$ 164,00. La víctima sí compareció a la audiencia. El procedimiento que se llevó a cabo fue el directo. El perito médico en la audiencia de juicio, dijo que la víctima tenía contusiones en su cara, producida por un elemento físico, que le generaron una enfermedad e incapacidad de 3 días. Algo de esta sentencia, que la distingue de las otras analizadas, respecto a la situación de las agravantes, es que el juzgador no acogió la agravante del Art. 47 numeral 5 del COIP, por cuanto, la infracción fue cometida por dos personas, empero, el juez no explica porque no la tomó en cuenta, sólo les impuso la pena de 7 años. La pregunta que queda es porque si no se acreditó ninguna agravante le asignó el máximo de la pena.

Las juezas de la Sala Penal de la Corte Provincial del Azuay, el 21 de abril de 2015, confirmaron la sentencia subida en grado. El defensor decía que a sus defendidos no les encontraron con evidencia alguna, que incluso la pena establecida en la sentencia impugnada es desproporcionada. Frente a ello, las juezas sostuvieron que los procesados han desplegado aquellas acciones de sustraerse y apoderarse, pues no solamente que se llevaron los bienes muebles ajenos, sino que lo sacaron de la esfera de custodia de la víctima, se apoderaron de aquellas llevándose mientras se daban a la fuga para luego botarlas cerca del lugar donde fueron interceptados, por otra parte se demostró que para cometer el hecho hubo violencia, lo cual quedó acreditado con el testimonio del perito médico. En torno a las alegaciones de la defensa en cuanto a la proporcionalidad dicen las juezas que no es precedente. La sentencia de primera instancia fue confirmada, pues por el principio del *non reformatio in pejus*, no se le podía empeorar la situación del recurrente, cuando sólo el recurrió de la sentencia, por eso, indican que a pesar de existir la agravante del Art. 47 numeral 5 del COIP, no pueden imponer la pena de nueve años cuatro meses. No hubo recurso de casación, por ende, la sentencia está ejecutoriada.

CASO 3

FORMATO DE ANÁLISIS PARA SENTENCIAS

ESTUDIANTE

Nombre	Guillermo Arias Inga
Fecha	11 de noviembre de 2018
Curso	Maestría en Derecho Penal

1. MARCO DECISIONAL

1.1. IDENTIFICACIÓN

Número	01283-2015-02531
Fecha	28 de julio de 2015
Jueza o Juez	Juez 3

1.2. TEORÍA DEL CASO DE LA DEFENSA



La defensa privada sostuvo que sus defendidos no tuvieron participación en este delito. Se dice que no hubo el concierto previo entre los acusados.

1.3. ACUSACIÓN DE FISCALÍA

El 05 de mayo de 2015, a eso de las 21H15, mientras la víctima estaba con sus amigas saliendo de la bailoterapia, que practicaban en la calle Cayambe y Abelardo J. Andrade, fue interceptada por C. M., quien se ha bajado de un carro, le ha sacado un fierro, le pide el teléfono celular a la víctima, luego la empuja, le sustrae el celular, y se sube en el carro que lo conducía M. M. Cometido el ilícito los dos acusados huyen, siendo detenidos después, en poder de C. M. se encuentra el celular que lo reconoce la víctima, en el interior del carro se halla el fierro, además, la víctimas los identifica a los dos acusados, como aquellos que participaron en el ilícito.

1.4. PROBLEMA JURÍDICO QUE ENUNCIA LA SENTENCIA

Dilucidar si las personas acusadas tuvieron o no participación en el ilícito.

1.5. NORMAS JURÍDICAS RELEVANTES PARA RESOLVER EL CASO

Art. 189 primer inciso del COIP, donde está regulado el robo con amenazas o violencias. Art. 47 numeral 5 ibídem, que tratan sobre las agravantes cuando se ejecuta la infracción con la participación de dos o más personas, circunstancia que aumenta la pena máxima en un tercio. Art. 42 numeral 3 que alude a la coautoría.

1.6. DECISIÓN

Sentencia condenatoria, como coautores, pena privativa de libertad de 5 años, multa de 10 SBUTG (\$ 3540,00). En torno a la reparación integral no la fija económicamente, sino que dispone otras medidas de reparación.

2. ARGUMENTO DE LA DECISIÓN

2.1. PROBLEMA JURÍDICO QUE RESUELVE LA SENTENCIA

El acuerdo no necesariamente debe ser previo, pues basta que el concierto de voluntades y la unidad de propósito surjan de momento y se deduzca de los hechos ejecutados; debiéndose aclarar que la participación directa comprende no sólo los actos que se dirijan a la ejecución material del delito, sino también los que tiendan a ayudar o facilitar su consecución, comprendiendo no sólo la intervención en los actos consumados sino la participación en cualquier acto de ejecución directa, no precisa que el culpable tome parte en todos los acontecimientos del hecho material, basta que contribuya directamente a su realización. Lo decisivo en la coautoría es que el dominio del hecho lo tiene varias personas que, en virtud del principio del reparto funcional de roles, asumen por igual la responsabilidad de su realización.

3. OBSERVACIONES

El avalúo del celular recuperado es \$ 100,00. La víctima sí compareció a la audiencia. El procedimiento que se llevó a cabo fue el directo. No hubo tiempo de incapacidad de las lesiones, porque no existió violencia, sino amenazas. Algo de esta sentencia, que la distingue de las otras analizadas, es que el juzgador no acogió la agravante del Art. 47 numeral 5 del COIP, el juez dice que no acoge las agravantes por el principio



dispositivo, esto es, que Fiscalía no le dijo que había una agravante y que debía imponérsele el máximo de la pena, aumentado en un tercio.

Los jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial del Azuay, el 16 de septiembre de 2015, confirmaron la sentencia subida en grado. El defensor decía que a su defendido M. M., la víctima no le había identificado, que el acusado en todo momento estuvo en el carro. Los jueces de segunda instancia se refieren al tema de la coautoría cuando señalan que en la especie existió previamente un plan global, un acuerdo previo de voluntades dirigido a delinquir, uno era quien conducía el vehículo antes, durante y después de cometer el ilícito, otro era quien buscaba las víctimas, en tanto que era otro quien se bajaba del automotor y con un fierro cometía el ilícito. No hubo recurso de casación, por ende, la sentencia está ejecutoriada.



ANEXO 3

ENTREVISTA A JUEZAS Y JUECES DE LA UNIDAD JUDICIAL PENAL DEL CANTÓN CUENCA

- A. ¿Qué concepto tiene sobre la proporcionalidad entre los delitos y las penas?
- B. ¿Qué posición considera que el legislador tuvo, al momento de aprobar el COIP: el garantismo penal o el derecho penal del enemigo?
- C. ¿Qué aspectos personales considera Usted al momento de imponer la pena definitiva a una persona?
- D. ¿Qué opinión tiene acerca de las penas en los casos de los delitos de robo con amenazas o violencias, al existir una circunstancia agravante no constitutiva de la infracción?
- E. ¿En el caso del precitado robo, qué opinión le merece el hecho de considerar el monto de lo sustraído, para graduar la pena?
- F. ¿En el caso de que considere que la pena en el robo con amenazas o violencias, cuando existe una agravante no constitutiva de la infracción, es desproporcionada, qué solución legal se podría hacer?
- G. ¿Usted como Juez o Jueza podría imponer una pena, por debajo del límite establecido?
- H. ¿Qué criterio le merece el hecho de no aplicar la reincidencia cuando la sentencia fue dictada bajo la vigencia del CP, en la que la pena no se era el máximo, elevado en un tercio?
- I. ¿Si es que Fiscalía no le solicita la aplicación de agravantes, Usted como Juez o Jueza podría aplicar la agravante?
- J. ¿En el caso de la agravante cuando la infracción ha sido cometida por dos personas o más, es necesario para aplicar la agravante que la otra persona esté debidamente individualizada, en el caso de que sólo una de ellas fue aprehendida?