



VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO, AL NO APLICARSE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD ENTRE EL DELITO Y LA PENA EN EL ARTÍCULO 265 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Darwin Jonás Gutiérrez Pilay,

Egresado Facultad de Derecho, Universidad Laica Vicente ROCAFUERTE de Guayaquil
gutierrezdarwinlegal@gmail.com

Yudith López Soria Msc,

Docente/Investigador Facultad de Derecho, Universidad Laica Vicente ROCAFUERTE de Guayaquil
ylopezs@ulvr.edu.ec

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Darwin Jonás Gutiérrez Pilay y Yudith López Soria (2019): "Violación al debido proceso, al no aplicarse el principio de proporcionalidad entre el delito y la pena en el artículo 265 del Código Orgánico Integral Penal", Revista Caribeña de Ciencias Sociales (abril 2019). En línea

<https://www.eumed.net/rev/caribe/2019/04/proporcionalidad-delito-pena.html>

Resumen

En el presente estudio se indagó sobre el presente tema: VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO, AL NO APLICARSE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD ENTRE EL DELITO Y LA PENA EN EL ARTÍCULO 265 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.

PENAL. Guiando la investigación bajo los objetivos: Analizar si la aplicación de la pena establecida en el artículo 265 del Código Orgánico Integral Penal guarda proporcionalidad con el delito que se describe, a efecto de no vulnerar el debido proceso y proponer una reforma legislativa al artículo 265 del COIP de modo que, prevea una tabla de cantidades de combustibles comercializado ilegalmente, a tenerse en cuenta para adecuar la pena privativa de libertad a imponer, asegurándose así la proporcionalidad entre el daño causado con el delito y la sanción impuesta, con ello se pretende determinar las posibles soluciones que pueden darse a la problemática planteada en el presente.

Con el objeto de alcanzar los objetivos propuestos en el presente estudio se utilizaron los métodos de estudios: cualitativos, cuantitativos, analíticos, de campo, empleando técnicas de recolección de datos como son la encuestas y las entrevistas, las cuales fueron dirigidas a los abogados en ejercicio libre en la ciudad de Guayaquil, también formaron parte de la población en estudios Jueces, fiscales y defensores públicos a quienes se les preguntó acerca de las sanciones en delitos de hidrocarburos especificado a lo largo de este estudio.

Obtenida la información, la misma fue analizada, tabulada, con el fin de procesarlos como resultados, partiendo de los mismos se elaboraron las conclusiones y recomendaciones posibles para diseñar la propuesta que se aporta en esta investigación

Palabras Claves:

Principio de Proporcionalidad, Pena, Debido Proceso, Delito

Summary

In the present study, I inquired about the present topic: VIOLATION OF DUE PROCESS, BY NOT APPLYING THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY BETWEEN CRIME AND PENALTY IN ARTICLE 265 OF THE ORGANIC COMPREHENSIVE CODE.

Guiding the investigation under the objectives: Analyze whether the application of the penalty established in Article 265 of the Comprehensive Criminal Code is proportional to the offense described, in order not to violate due process and propose a legislative reform to article 265 of the COIP so that, provide a table of amounts of illegally traded fuel, to be taken into account to adapt the custodial sentence to be imposed, thus ensuring proportionality between the damage caused with the crime and the sanction imposed, with this purpose it is intended to determine the possible solutions that can be given to the problems posed in the present.

In order to achieve the objectives proposed in this study, the study methods were used: qualitative, quantitative, analytical, field, using data collection techniques such as surveys and interviews, which were addressed to lawyers in Free exercise in the city of Guayaquil, were also part of the population in studies Judges, prosecutors and public defenders who were asked about the sanctions in hydrocarbons offenses specified throughout this study.

Obtained the information, it was analyzed, tabulated, with the purpose of processing them as results, starting from them the conclusions and possible recommendations were elaborated to design the proposal that is contributed in this investigation.

Key Words:

Principle of Proportionality, Penalty, Due Process, Crime

Sumario: 1. Introducción; 2. Marco Referencial; 3. Antecedentes Históricos; 4. El Proceso Penal; 5. Principios Rectores del Proceso Penal; 5.1 Principio Universales 6. El Debido Proceso Penal; 7. Garantías del Proceso Penal; 8. El debido Proceso frente al Estado Constitucional; 9. Tratamiento Constitucional y Penal al Principio de Proporcionalidad en Ecuador y la Convencionalidad; 10. Convencionalidad; 11. Principio de Proporcionalidad; 12. El Delito; 12.1 Elementos de la Teoría del Delito; 12.2 El Delito y sus responsables; 13. La Pena; 14. Aplicación del Principio de Proporcionalidad; 15. Objetivo del Principio de Proporcionalidad; 16. Marco Legal; 17. Marco Metodológico; 18. Conclusiones; 19. Recomendaciones; 20. Propuesta; 21. Bibliografía.

1. Introducción:

Al realizar el presente estudio sobre “Violación al Debido Proceso, al no Aplicarse el Principio de Proporcionalidad entre el Delito y la Pena en el Artículo 265 del Código Orgánico Integral Penal”, en donde observamos claramente la equívoca sustentación de la norma; por cuanto, se ve una afectación clara al aplicarse una pena privativa de libertad desproporcionada. Al referirme a una pena desproporcionada, quiero decir, que en la norma no especifica cantidad, calidad, del combustible que se comercialice de manera ilegal, ya que en el artículo en mención estipula una pena de privación de libertad de cinco años y como mínimo, y siete años como pena máxima. Vulnerando así el debido proceso, al no aplicar el principio de proporcionalidad, principio claramente consagrado en nuestra Constitución de la República.

Al adentrarnos en el tema propuesto, se podrá observar que su desarrollo está constituido en tres capítulos, desarrollados de la siguiente manera:

El Primer Capítulo, está elaborado con el planteamiento del problema, formulación del problema, sistematización del problema, objetivos de la investigación general y específica, justificación de la investigación, delimitación o alcance de la investigación, hipótesis de la investigación, variable dependiente e independiente.

A continuación, se desarrolló el segundo capítulo el cual consistió, en el Marco Teórico, Historia de la proporcionalidad, El Proceso Penal, Principio Universales, y Rectores del Proceso Penal, Debido Proceso, Garantías del Proceso Penal, El debido Proceso frente al Estado Constitucional, Tratamiento Constitucional y Penal al Principio de Proporcionalidad en Ecuador y la Convencionalidad, Principio de Proporcionalidad, El Delito, Teoría del Delito, La Pena, Aplicación del Principio de Proporcionalidad, Objetivo del Principio de Proporcionalidad, Marco Conceptual.

Por otra parte, el desarrollo del capítulo tres se constituyó de acuerdo al tipo de investigación en la cual está enmarcado el presente estudio, siguiendo con los métodos de investigación, técnicas de investigación, población y muestra, análisis de los resultados, conclusiones y recomendaciones, exposición de los resultados obtenidos de dicha investigación y cuál sería el objetivo de esta investigación con el fin de mejorar la problemática aquí planteada, propuesta de reforma del artículo 265 del COIP.

2. Marco Referencial

En la presente investigación se procedió a la revisión de estudios, recogidos de libros, revistas jurídicas, las cuales servirán como bases teóricas y doctrinarias para el sustento de la presente, entre las cuales, se puede hacer referencia:

Según la autora Mendoza en su investigación titulada: “Violación del Derecho al debido principio de proporcionalidad con la sanción establecida en el Artículo 265 del Código Orgánico Integral Penal” realizada bajo la orientación del objetivo general refiriendo en su investigación, que:

La proporcionalidad debe ser aplicada en un juicio de ponderación o valoración donde valore la carga o gravedad de la pena (la cual tiene que venir dada por determinados indicios: gravedad conducta, bien a proteger) y el fin que persigue con esa pena, es decir las sanciones deben ser graduales al daño ocasionado (Mendoza, 2017). Esta investigación está vinculada con la que desarrollaremos en

la presente, en el cual la autora hace ver la necesidad de que sea aplicado el principio de la proporcionalidad, en la pena del delito de contrabando de combustible, la cual debería ser gradual, definida de acuerdo al combustible que le haya sido incautado a la persona, debido a que es injusto que se sancionen con la misma pena a una persona que transporta mayor cantidad de combustible, en comparación por aquella que le fue encontrada una menor cantidad.

También por su parte, el autor Quezada, en su investigación titulada: "La Falta de aplicación del principio de proporcionalidad en las infracciones a la Ley de Hidrocarburos". Y basado en el Análisis que realizare dicho autor, sobre el cumplimiento del debido proceso en la causa número. 2015-00114 de la Unidad de Garantías Penales del Cantón Santa Rosa, en razón de la garantía de Proporcionalidad según el artículo 76 nral.6 de la Constitución de la República del Ecuador.

Es posible percatarse de su énfasis en cuanto a que en las zonas fronterizas se muestra una modalidad de economía informal y la problemática de comercialización ilegal de derivados de hidrocarburos es una forma de vida y sustento de varias familias, donde padre y madre se dedican al contrabando, pero que es necesaria la aplicación de la proporcionalidad en este tipo de delitos, debido a que estas personas no transportan grandes cantidades de combustibles, y su comportamiento es una modalidad de subsistencia por la falta de oportunidades laborales. (Quezada, 2016).

También Espinoza en su estudio sobre el Análisis jurídico del principio de proporcionalidad, referente a las penas en los delitos de hidrocarburos, en las cuales fueron analizadas de manera jurídica la aplicación del Principio de Proporcionalidad, referente a las penas en los delitos de Hidrocarburos en el Ecuador. Debido a que este tipo penal; la pena principal, es decir, la privación de la libertad y la multa a imponer según el Código Orgánico Integral Penal son exageradamente lesivas; incumpliendo con la finalidad de la justicia que busca constante dar a cada uno lo suyo. (Espinoza, 2016)

Además la aplicación de estas entorpece el trabajo de los jueces al motivar sus sentencias, ya que según la Constitución de la República del Ecuador, la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza, situación que no se da en la imposición de penas en la actualidad. Lo que afecta directamente al entorno familiar, social de la persona responsable del ilícito.

3. Antecedentes Históricos

La doctrina canónica y secular había defendido siempre, junto al rigor y la arbitrariedad del juez, un principio de proporcionalidad de las penas como único límite a la acción de la justicia criminal, este último comenzó a obviarse conscientemente en las leyes y usos judiciales de cada reino a favor de un mayor predominio de la crueldad en el castigo, recuperándose en esta época con especial virulencia lo que se ha dado en llamar la "teoría de la máxima severidad". (Vazquez, 2013).

Además, se debe resaltar que frente a los teólogos y moralistas cristianos de renacimiento, como Diego de Covarrubias o Alfonso de Castro, de la Escuela de Salamanca, o sus contemporáneos ingleses Thomas More, Francis Bacon, Coke. George Fox o el obispo Jeremy Taylor, que fueron los últimos en seguir defendiendo el principio romanista y tomista de la proporcionalidad, y una cierta humanidad a la hora de sancionar (esgrimiendo incluso un objetivo correctivo para la pena mucho

antes de que estos principios fueran rescatados por la filosofía liberal representada por Beccaria el resto de los autores modernos, y particularmente los del Despotismo del siglo XVIII, abrazaron la idea de dominación del monarca a través del castigo, que cobró en esta época una especial y renovada importancia, particularmente frente a la acechanza de las nuevas ideas de reformistas o revolucionarios (Vazquéz, 2013).

Por lo que se puede decir entonces que la aplicación del principio de proporcionalidad de la pena, ha sido y será una lucha constante para que se pueda establecer legalmente en el sistema jurídico. Ya que desde épocas muy remotas ha existido la complejidad de poder establecer una pena que vaya de acuerdo al crimen cometido. Siempre ha prevalecido la crueldad como castigo.

El principio de proporcionalidad es una técnica de interpretación constitucional que tiene como objetivo proteger los derechos fundamentales al momento de su aplicación. Al principio de proporcionalidad también se lo concibe como, un principio general de rango constitucional que tiene por función controlar todo acto de los poderes públicos en los que puedan verse violentados derechos fundamentales. Este principio se vuelve extremadamente relevante al aceptar que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado.

4. El Proceso Penal

El proceso penal en todas sus facetas y sistemas y lo que al interior del mismo se presenta, como un objeto digno de estudio y análisis, partiendo de la comparación, de las hipótesis, del cuestionamiento e indefectiblemente de la crítica que resulta después de todo análisis intelectual, cuando ha sido aprehendido en toda su magnitud.

Según Guardia:

El proceso penal mantiene como finalidad el buscar la detención del hecho indigno a través de la lógica imposición de una pena, estableciendo con ello el restituir en su integridad el orden social, bancándose además de cumplir con el fin secundario de la reparación civil. (Guardia, 2011).

Con ello, se puede decir que el proceso penal tiene como fin inmediato el lograr obtener una verdad concreta.

Mientras que el autor Luis Reyna indica que: Un debido proceso debe conceptualizarse como un derecho complejo que entraña un conjunto de Garantías Constitucionales, el cual es llevado a cabo durante todo su proceso. Por esta razón, se determina que un adecuado proceso penal es concebido como una búsqueda de justicia y de paz para la sociedad. (Reyna, 2015).

5. Principios rectores aplicables al proceso penal

En el Derecho Procesal Penal, se establecen los procedimientos que deben seguirse para aplicar el derecho sustantivo penal, deben regirse estrictamente a los principios de simplicidad, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, siendo su finalidad esencial la de garantizar cada uno de los derechos de los sujetos procesales, haciendo así afectivas las garantías del debido proceso y por ende alcanzando una administración de justicia creíble, transparente, rápida, sin contradicciones y de gran trascendencia en la sociedad (Benavides, 2017)

5.1. Principios universales aplicables al Proceso Penal

El sistema procesal permite la solución de controversias ante una autoridad jurisdiccional. En el sistema acusatorio el Juez está separado de las partes y la contienda se da entre iguales, la cual es dirimida por una autoridad imparcial. Entre los principios universales, se puede mencionar, según Way, que los principios son:

Publicidad. Se refiere a la necesidad de dar a conocer a la sociedad, con total transparencia, tanto el proceso, como el resultado del juicio penal y que constituye (o deberá constituir) una garantía para los involucrados de que las decisiones son tomadas en estricto derecho. La publicidad es, o deberá ser, una forma de control que la sociedad ejercerá sobre la actuación ministerial y judicial en el proceso penal.

Contradicción. Hace referencia al enunciado lógico y metafísico que consiste en reconocer la imposibilidad de que una cosa sea y no sea al mismo tiempo.

Concentración. Este principio obliga a que todas las pruebas sean presentadas en la misma audiencia de juicio, debiendo ofrecer medios de convicción al juzgador para emitir su resolución en conformidad con lo que fue materia de la audiencia oral.

Continuidad. Las decisiones se pronunciarán inmediatamente, una vez concluida la presentación y controversia de las pruebas y de las pretensiones o argumentos, evitando con ello que aspectos externos influyan en la decisión del juez.

Inmediación. Proximidad del juzgador hacia las partes con obligación de dirigir personalmente el desarrollo del juicio. (Way, 2012)

6. El Debido Proceso Penal

Según el autor Machicado define a el Debido Proceso Penal es el conjunto de etapas formales secuenciadas e imprescindibles realizadas dentro un proceso penal por los sujetos procesales cumpliendo los requisitos prescritos en la Constitución con el objetivo de que: los derechos subjetivos de la parte denunciada, acusada, imputada, procesada y, eventualmente, sentenciada no corran el riesgo de ser desconocidos; y también obtener de los órganos judiciales un proceso justo, pronto y transparente (Machicado,2010).

Los orígenes del Debido Proceso Penal están en la práctica forense en los siglos XVI a XVIII en base al derecho romano; en la codificación del procedimentalismo luego de la Revolución Francesa (1789); en el procesalismo alemán con el uso del método casuístico en su intento de hallar reglas comunes del proceso y en la jurisprudencia precedente del Common Law inglés. (Benavides, 2017).

7. Garantías del Proceso Penal

Las Garantías Constitucionales son necesarias para la consolidación de un Estado de Derecho, y la realidad operativa de un sistema procesal penal, tales garantías si existen formalmente en la Constitución de la República del Ecuador, que en el artículo 76 y 77, consagrando los principios del derecho a un debido proceso con garantías básicas expresamente consignadas, sin menoscabo de

otras que establezcan la Constitución, los Instrumentos Internacionales, las Leyes o la Jurisprudencia.

Según el autor Porro “Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal, son las seguridades que se otorgan para impedir que el goce efectivo de los derechos fundamentales sean calculados por el ejercicio del poder estatal, ya sea limitando ese poder o repeliendo el abuso. (Porro, 2015)

Se puede agregar, que el Proceso Penal está protegido por las diversas garantías de reconocimiento Constitucional que, como se ha relevado, buscando no solo otorgar al procesado un marco de Seguridad Jurídica, sino procura mantener un equilibrio entre la búsqueda de la verdad material y de los derechos fundamentales del imputado, los cuales constituyen la forma de limitar el poder del Estado.

Por su parte el autor Zambrano, en su libro: “Proceso Penal y Garantías Constitucionales” determina que de acuerdo a la Constitución vigente del año 1998, las garantías del proceso son:

El principio de legalidad y tipicidad, el derecho a ser juzgado de acuerdo con la ley preexistente, el in dubio pro reo, la proporcionalidad entre la pena y la infracción penal, así como las penas alternativas a la privación de la libertad, el derecho a conocer las razones de una detención en forma inmediata, el derecho a declarar en su lengua materna, el derecho a la no incriminación respetando el “derecho al silencio”, el principio de la incoercibilidad del imputado y la inviolabilidad del derecho de defensa con la asistencia legal obligatoria, el respeto al juez competente como único facultado para ordenar la restricción de libertad, el principio de presunción de inocencia, la caducidad de la prisión preventiva, el derecho a ser informado de cualquier indagación en su contra, la motivación de las medidas de aseguramiento y en general de las resoluciones de los poderes públicos, la falta de eficacia probatoria de las actuaciones cumplidas con violación de la Constitución o las leyes, y el respeto absoluto a la prohibición de la reformatio in peius, el respeto al derecho al contradictorio obligando incluso la comparecencia de testigos y de peritos, el respeto al non bis in ídem y la garantía de cosa juzgada, y el derecho a acudir a los órganos judiciales en procura de una tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, la Constitución vigente es la del 11 de agosto de 1998 (Zambrano,2005).

8. El Debido Proceso Frente al Estado Constitucional

El Estado se ha convertido en un actor social más y los límites no se ven tan claros, participa en la toma de decisión, en muchos casos vulnerando los Derechos y Garantías Constitucionales. Los operadores del derecho se encuentran involucrados en la crisis de falta de credibilidad del sistema judicial, haciendo tambalear el estado democrático. La igualdad ante la ley es una aspiración común en todo estado de derecho. El acceso a la justicia es un pilar fundamental de los estados modernos.

La autora Dioguardi, en su estudio, indica que: La inseguridad jurídica en un estado aparece cuando se vulneran los derechos y garantías constitucionales. La independencia de los compartimentos del Estado, son indispensables y necesarios para que exista un estado de derecho democrático, que en el imaginario social se ha derrumbado, por lo tanto es necesario una institución independiente y con

credibilidad para hacer respetar la Constitución. La única forma de lograr un estado de derecho Constitucional Democrático. (Dioguardi, 2013)

Por lo tanto, es necesario que se pueda integrar un cambio de paradigma, el cual requiere que el estado social, le sea adjudicado el reconocimiento de los derechos al individuo, por cuanto es indispensable para el desarrollo de un Estado Democrático, sin ellos es imposible contar con un Estado de Derecho y la efectividad de seguridad jurídica, por ser los principales indicadores que la sociedad convive en un estado democrático.

El Estado de Derecho, que se configura jurídicamente a partir de la Revolución Francesa, es el resultado de la transacción entre dos poderes en pugna: los económicos (representados por la emergente clase burguesa o comerciante) y los políticos (representado por la aristocracia). La materialización de estos poderes se manifiestan en la división del Estado, pues por un lado está el poder que ejecuta las leyes o la administración pública, y por otro el poder que define las leyes o el legislativo (Ávila, 2011).

Por lo tanto, el Estado debe someterse al derecho que ampara los intereses de los individuos, específicamente debe garantizarse el principio de legalidad. Esta es la garantía primaria que se evidencia en el liberalismo. El parlamento emite las leyes y la administración se sujeta a sus límites. El principio de legalidad permeó todos los ámbitos del derecho a través de la figura de la reserva legal. Sólo mediante ley se podía crear, restringir o anular los derechos de las personas y sus obligaciones.

9. Tratamiento Constitucional y Penal al Principio de Proporcionalidad en Ecuador y la Convencionalidad.

Sobre este precepto, es necesario interpretar la norma que desde la Constitución establece la aplicación jurisdiccional conforme a los principios que rigen la aplicación y desarrollo de la proporcionalidad. Igualmente, es preciso analizar los estamentos jurídicos internacionales con la finalidad de determinar el alcance de los derechos fundamentales que pesan sobre la justicia, y los derechos ciudadanos. Por consiguiente, se reflexiona en relación al artículo 82 de la Constitución del Ecuador, que refiere al derecho de la seguridad jurídica y fundamentado en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes. Cuyo artículo reza lo siguiente:

La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad

del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

En este escenario, se entiende que los órganos competentes tienen la facultad de adecuar formal y materialmente toda ley o norma jurídica que contravenga los principios y derechos fundamentales previstos en la constitución y tratados internacionales, así como activar los mecanismos necesarios

para garantizar la dignidad de los ciudadanos. En este sentido, es un deber la reflexión de la legislación jurisdiccional que en cualquier materia atente contra el debido proceso y las disposiciones constitucionales.

10. Convencionalidad:

Desde el contexto internacional, es pertinente analizar algunos preceptos que contempla el ordenamiento jurisdiccional ecuatoriano en relación a los convenios y tratados internacionales, así como algunos referentes que invitan a la interpretación de los ordenamientos y sus alcances en función de la protección de los derechos humanos. En este sentido, García Falconi refiere que “existen Estados que conceden a las normas internacionales la más alta jerarquía” (García Falconi, 2014), o sea, que pueden modificar las normas constitucionales. Por consiguiente, en el ordenamiento jurídico de Ecuador el art. 424 de la Constitución refiere; La Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto de poder público. (Asamblea Nacional, 2008)

Al respecto, es importante analizar la visión internacional sobre la que actúa la legislación específicamente en concordancia con lo establecido en la misma Constitución. En este referente, cabe decir que los convenios y tratados internacionales deben hacer énfasis en cuestión de los Derechos Humanos y la garantía del ejercicio pleno cuando otras leyes u ordenamientos socaven o atentes contra las Garantías Constitucionales. Sin embargo, el Estado ecuatoriano a pesar de lo establecido por algunos Estados, da a la constitución la supremacía sobre cualquier tratado internacional. De allí, que el artículo 424 de la Constitución la señala como la norma suprema y prevalente sobre cualquier ordenamiento jurídico.

En este contexto, es bien sabido que las normas y actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, en caso contrario carecen de eficacia legal. Sobre este punto, la legislación ecuatoriana establece en su jurisdicción la base fundamental que considera para la aplicación de la protección de los derechos humanos e igualmente el debido proceso apegado al principio de proporcionalidad.

11. Principio de Proporcionalidad

La aplicación del principio de proporcionalidad, consiste en la materialización de normas con estructura de principios que contienen derecho fundamentales en colisión, en sí, es la aplicación de principios procesales constitucionalizados propios de los Estados de derechos, que tiene lugar con la reconceptualización de los derechos fundamentales que dejaron de ser meras afirmaciones para convertirse en espacios mínimos de actuación humana respetada por todos inclusive por el Estado, donde el individuo se encuentra con jurisdicción como órgano de tutela última y necesaria aún frente a la ley (Cañizares, 2012).

Sobre esta conceptualización, es preciso generar una hermeneusis aplicada a la proporcionalidad como tal, donde se infiere en la administración equitativa y justa sobre la base jurídica sin menoscabo de los principios que rigen el ordenamiento constitucional. Cabe señalar, en opinión del

autor citado la proporcionalidad constituye la materialización de las normas con estructura de principios procesales. De ello, se puede interpretar la importancia del compendio jurídico coherente y en consonancia con los preceptos que rigen la jurisdicción en esta región ecuatoriana con incidencia en territorio internacional con respecto al debido proceso.

En consecuencia, es necesario citar el artículo 76 de la Constitución del Ecuador de donde se expresa claramente en sus numerales las garantías básicas que deben aplicarse en el debido proceso y ellas se detallan de la siguiente manera:

Numeral 6.- La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

12. El Delito

El delito es tan antiguo como la aparición del ser humano sobre la tierra; a nuestra consideración los delitos más comunes fueron: Homicidio, robo, y los de tipo sexual. Cabanellas refiere que: "Etimológicamente, la palabra delito proviene del latín delictum, expresión también de un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena. En general, culpa, crimen, quebrantamiento de una ley imperativa.". Pues si bien es cierto, el delito es una acción o acto malicioso, el cual se ha cometido con voluntad y conciencia, este hecho cometido va en contra del orden jurídico. (Cabanellas, 2008)

Por su parte la jurista Erazo señala que el delito es:

Todo acto tipificado en las leyes penales como tal: es decir el delito es un ente jurídico, no puede existir fuera de la ley. Cometer un delito significa que se ha apartado del buen camino, de la ruta que marca la ley. El delito como hecho, tiene origen en las pasiones humanas las cuales impulsan al hombre a agraviar los derechos de sus semejantes, a pesar de la ley que prohíbe hacerlo. El delito puede ser por acción o por omisión. Por acción cuando el sujeto realiza algún acto ilegal tendiente a causar daño. Y por omisión cuando el sujeto omite el acto indispensable para evitar que se produzca un daño. (Erazo, 2008)

De acuerdo a la autora, el delito no es más que el acto cometido con el único propósito de causar daño a algo o alguien, con voluntad y conciencia del ser humano, que se origina básicamente en las pasiones del hombre, llevándolo a este agraviar los derechos que tienen los ciudadanos. A pesar de que está prohibido y sancionado por la ley.

12.1 Elementos de la Teoría del Delito:

1.- Conducta: Trata de identificar un hecho en el proceso en el que una persona se ve inmersa, ya que debido a la actividad humana y a los movimientos voluntarios y no voluntarios del ser humano es como se dan las conductas ilícitas que son penadas por la ley penal (Zambrano, 2014).

Es por ello que los legisladores, al momento de la emisión del Código Orgánico Integral Penal, decidieron ubicar, lo referente a la conducta, dentro del capítulo primero realizando las siguientes puntualizaciones:

Art.18. COIP. Infracción penal. • Es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código. (Asamblea Nacional, 2014)

Art. 22 COIP.- Conductas penalmente relevantes.- Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables.

No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales. Dentro de este artículo se hace alusión, que son penalmente relevantes las acciones u omisiones, siempre y cuando no exista un acto voluntario que este compuesto del elemento interno, que responde al querer, el cómo lo quiero; y los efectos concomitantes, así como la manifestación externa, que significa el poner en marcha la planificación con el objeto de lograr la perpetración del ilícito. (Asamblea Nacional, 2014)

Es entonces, que para que una conducta ponga en peligro, o produzca un resultado lesivo, ésta debe estar acompañada por la voluntad y dicha voluntad debe manifestarse como acción u omisión en el mundo exterior. Si no concurre la voluntad, no hay conducta penalmente relevante. Justamente por ello, la conducta debe ser capaz de ser descrita sobre la base de los hechos reales que demuestren el peligro o resultado lesivo.

Art. 23 COIP.- Modalidades de la conducta.- La conducta punible puede tener como modalidades la acción y la omisión. (Asamblea Nacional, 2014)

No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo. Es necesario que se deje en claro las siguientes modalidades:

Acción, se conoce como todo comportamiento, que depende de la voluntad humana. El acto voluntario puede ser penalmente sancionado cuando esta infrinja una norma debidamente tipificada.

De acuerdo a Muñoz Conde, la acción que interesa al derecho penal no es la ejecutada como mero acto mecánico, sino aquella que está orientada a un fin. La acción se cumple en dos fases: la fase interna, que se desarrolla en el pensamiento del autor; y, la fase externa, que se manifiesta en el mundo exterior, donde el autor cumple lo planeado (Muñoz, 2005).

12.2 El Delito y sus Responsables

En relación al tipo de delito que se investiga es delito de tráfico ilegal de combustible o contrabando, estos están dentro del grupo de los delitos contra la actividad hidrocarburífera.

Según Novoa manifiesta:

“La comercialización ilícita de hidrocarburos es un perjuicio enorme que ocasiona al Estado, porque en nuestro país se subsidia la distribución de estos combustibles como el diésel, la gasolina y el gas licuado de petróleo. Este hecho unido a que en los países vecinos como Colombia y Perú, los precios de estos derivados, se venden a precios internacionales, y frente a la crisis en las fronteras ecuatorianas, las personas ven como un medio de vida la venta ilícita de combustible, por los réditos que generan estas actividades”. (Novoa, 2013)

Los delitos de hidrocarburos, son considerados dentro de los delitos de recursos mineros, que se haya dentro de las actividades hidrocarburífera, sus derivados, el gas licuado de petróleo y biocombustible, entre éstos actos ilícitos considerados por la legislación integral penal tenemos paralización del servicio, adulteración de la calidad del producto, almacenamiento, transporte,

envasado, comercialización y distribución ilegal, o mal uso de productos derivados de hidrocarburos en zonas de frontera, y la sustracción de hidrocarburos.

Dentro de la paralización del servicio, es un hecho ilícito por cuanto la Constitución prohíbe la paralización del servicio de la producción hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles; en cuanto a la adulteración, porque este hecho permite dar un servicio carente de calidad, y en cuanto a la distribución en zonas de frontera, se sancionan

porque es el Estado quien subsidia los combustibles para beneficio y desarrollo social, y no para el enriquecimiento de personas que se dedican a vender sus derivados, por el mejor precio que pagan en los países de Perú y Colombia, porque sus precios oscilan a nivel internacional.

Sobre el análisis de la configuración legal de delito antes planteado, se establece en el artículo 265 de COIP, que el almacenamiento, envasado, comercialización o distribución ilegal de hidrocarburos en las provincias fronterizas, puertos marítimos o fluviales o mar territorial está prohibido, en tanto que las personas que incurran en esta actividad sin la debida autorización será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Igualmente, se establece la misma pena en casos que estos hidrocarburos hayan sido adulterados o mezclados con otras sustancias aditivas a los combustibles que modifique la estructura original del medio de transporte sin autorización de la debida entidad del Estado correspondiente. (Asamblea Nacional, 2014).

Aquí, se infiere en que la tipicidad del delito ha de implicar desde la aplicación de la pena como el acto mismo irregular de la actividad no autorizada y por ende ilegal. Es así, como la ley prevé las sanciones necesarias de acuerdo al grado del delito, en observancia del debido proceso en cuanto a la administración de la justicia. Sin embargo, es importante determinar que los sujetos que realizan actividades de transporte de bienes u otro tipo de traslados como actividad comercial, debe considerar contar con los requisitos exigibles al momento de operar o desarrollar dicha actividad comercial.

13. La Pena

El juzgador en estricto apego al Código Integral Penal, el Derecho Penal y la Constitución de la República del Ecuador e inclusive a la sana critica está en la obligación irrestricta de aplicar una pena a quien cometiére un tipo penal, principalmente y fundamentalmente se formará un criterio eminentemente jurídico de todas las pruebas constantes en el proceso, debiendo tener un nexo causal entre la infracción y la persona procesada conducentes a tener un fallo que de resultar condenatorio debe estar inexorablemente ejecutoriado, dicho fallo o sentencia deberá estar acompañado de un pena.

Por tal razón, se debe resaltar que el axioma jurídico universal de Nulla Poena, nulla crimen sine lege, que quiere decir: "No hay pena, no hay delito sin la ley", por ello quien transgrede la ley penal y su conducta sea penalmente relevante y como consecuencia de ello judicialmente demostrada en un juicio penal que merezca el reproche social donde se respeten las garantías básicas del debido proceso e inclusive las garantías de la procesada o procesado en caso de privación de libertad, el

condenado debe responder por una pena en fundamento a una norma legal penal (C.O.I.P.) impuesta por una sentencia condenatoria ejecutoriada.

13.1 Definición Doctrinal de la Pena

Se considera que ha de partirse de la libertad de pensamiento que se manifiesta de diferentes maneras, tales como la libertad de opinión y de conciencia, establecida esta última como el derecho a no ser molestado ni discriminado por adoptar determinadas ideas o creencias, así mismo se la reconoce que es de singular importancia ya que permitirá definir cuáles son los elementos que configuran la definición de la pena para así lograr entender y concebir por qué puede ser considerada como sujeto de protección dentro de un sistema jurídico.

Según los autores Perotti y Salazar: Lo que respecta al derecho de la comunidad de América Central, la doctrina científica de Europa es obligatorio, no solo porque las instituciones legales tienen una clara aceptación de dicho derecho comunitario, sino porque las mismas constituciones de los países han incorporado normas de nivel constitucional, las cuales hacen referencia a los órganos comunitarios, competencias transferidas, entre otras. (Perotti y Salazar, 2016)

13.2 Definición Legal de la Pena

A comparación de las penas, las medidas de aseguramiento mantienen carácter preventivo, debido que a través de ellas se busca asegurar cuanto recae sobre una persona un indicio sumamente grave de responsabilidad frente a la comisión de un delito, la misma comparezca al proceso penal, no requiriendo de un juicio previo, no obstante su aplicación exige el cumplimiento de requisitos constitucional y legalmente establecidos.

13.3 Características de la Pena

El límite mínimo del marco penal sancionador aplicable para este delito, determina el más alto correspondiente a una de las sanciones, independientemente de la pena más alta, es decir, se establece de acuerdo con la penalidad específica que pueda ser aplicable, el límite máximo resultante de la cantidad de sanciones asociadas con él también está determinado por las sanciones específicas que se deben aplicar de una manera única, y no en las penas del abogado de los crímenes de competencia reales; este límite, a su vez, debe limitarse en la medida en que lo autorice la ley como una penalización completa.

La autora Bahillo da a conocer que: La comisión de un delito por parte de un individuo considerado culpable determina la responsabilidad penal. Sin embargo, vale la pena mencionar que las consecuencias del delito pueden ser comisionadas junto con la sanción debida a medidas de seguridad, pero no exclusivamente con delitos sino con otros criterios de prevención y también las consecuencias civiles que surgen del hecho de que se clasifica como un delito. (Bahillo, 2017)

La pena es pues la consecuencia lógica del delito y consiste en la privación o restricción de ciertos derechos del trasgresor que debe estar previamente establecida en la ley y que es impuesta a través de un proceso como retribución en razón del mal del delito cometido.

13.4 Teoría de la Pena

El principal método de reacción del Estado ante un crimen es la pena, ya que de esta forma se precautelan los bienes jurídicos que protege el Estado, pero estas sanciones a imponer se establecen mediante el debido proceso y además garantizando los derechos tanto de las víctimas como de los procesados, el orden legal también proporciona las llamadas "medidas de seguridad" para mitigar los casos, por lo tanto que el sistema de reacción penal está integrado en dos tipos de instrumentos; sanciones y medidas de seguridad. De la misma manera la pena cuenta con 9 teorías, las cuales se detallarán a continuación:

13.5 Teorías Absolutas

Según el autor Arroyo indica que: En la doctrina penal actual existe consenso en cuanto a rechazar las concepciones absolutas de la pena. Salvo algunas reminiscencias de la filosofía idealista como la teoría de la pena defendida por Köhler, la tendencia general está orientada a negar que la pena tenga una función ideal. (Arroyo, 2016). Cabe mencionar que la razón fundamental de este rechazo es el cuestionamiento de la filosofía ideológica. En general, la opinión es que las teorías completas de las penas rechazan que exista una ley penal en la sociedad, por lo que es imposible imaginar una ley para su utilidad social.

13.6 Teorías Relativas

El autor Brandariz indica que: La comprensión del derecho penal debe entenderse como un fenómeno social para nosotros. Las teorías relativas de una pena, es decir, aquellas teorías que se dan cuenta de que el funcionamiento social debe ser exitoso. Sin embargo, la integración doctrinal no llega hasta este punto, comenzando a romperse cuando se tiene que decidir qué es esta función social. Si bien las teorías se relacionan con quienes habitualmente las impiden, lo cierto es que también existe otra orientación: las teorías del reembolso o la rehabilitación.

Así mismo se conoce que la prevención de la delincuencia puede lograrse actuando sobre el propio delincuente o sobre la colectividad, es así que se conoce que la teoría relativa puede apuntar a una prevención general o a una prevención especial.

La prevención general se dirige de una manera anónima al total de individuos que son integrantes del cuerpo social hace, y se dedica al futuro, evita el cometer crímenes, mientras que la prevención especial es la encargada de luchar el delito mediante la actuación sobre el delincuente. (Brandariz, 2016)

13.6 Finalidad de la Pena

Según la autora García menciona que:

La función de la penalidad es informar a todo el sistema criminal, de manera que de lo contrario, se puede efectuar una operatividad, siendo el pronóstico legal para la sanción, así como la imposición y ejecución judicial, la cual debe ser un punto de partida para la función que cumple con la sanción penal, (García, 2014). Con ello, se puede decir que la finalidad de la pena está considerada a nivel

legislativo, la cual en primer lugar permitirá un juicio crítico de legitimidad de la pena establecida legalmente.

13.7 Penas Privativas de Libertad

Consisten en la reclusión del condenado en un establecimiento penal en el que permanece privado, en mayor o menor medida, de su libertad, y sometido a un específico régimen de vida.

En los últimos años, el castigo de la privación de libertad es la reina de todos, cuyo propósito es cambiar el orden legal para reformar el crimen castigando al culpable liberándolo, tratando de corregir al ofensor para que su comportamiento futuro cumpla con el derecho interno, restaurándolo a la rehabilitación de la sociedad.

En función del planteamiento anterior, se comprende como privativa de libertad a la sanción condenatoria impuesta a un sujeto declarado penalmente responsable por un delito determinado, en tanto que un juez competente declare dicha condena a través de una sentencia, señalando en esa sentencia el tiempo y el lugar donde va a permanecer hasta que termine el cumplimiento de la misma. Cabe resaltar, que dicho proceso debe estar apegado a los principios fundamentales que norman la legislatura constitucional, respetando el debido proceso y las garantías de los derechos humanos.

13.8 Duración de las Penas Privativas de Libertad

Al respecto del tiempo establecido para las penas privativas de libertad, se ha de considerar una decisión judicial que a través de una sentencia como resultado de un proceso judicial que emana un dictamen adherido a la jurisprudencia penal. En este sentido, el artículo 59 del Código Orgánico Integral Penal es suficientemente preciso en cuanto a lo estipulado donde refiere que las penas privativas de libertad tienen una duración de hasta cuarenta años y comienza a computarse desde que se materializa la aprehensión. Es importante inferir entonces, que el tiempo efectivamente cumplido bajo medida cautelar de prisión preventiva o de arresto domiciliario, se computará en su totalidad a favor de la persona sentenciada. (Asamblea Nacional, 2014)

13.9 Pena Privativa de Libertad Perpetua

Sobre este prisma contextual, es relevante considerar algunas perspectivas a nivel internacional donde se desarrolla la aplicación de la pena privativa de libertad perpetua, su significado y aplicación de acuerdo a los delitos punibles sujetos a procesos penales. Cabe indicar que algunos autores como Curotto, conciben esta pena privativa de libertad de carácter indefinido que normalmente se impone como resultado de un hecho grave que implica la privación de la libertad de por vida. Igualmente, suscribe el autor que en la mayoría de las jurisdicciones en las que no se contempla la pena capital, la cadena perpetua constituye el castigo más severo que recibe un criminal. (Curotto, 2011).

Esto, conlleva a interpretar que en la aplicación de la medida contempla el encarcelamiento durante un periodo de tiempo longitudinal del cual no se podrá liberar mientras no tenga una carta jurídica de liberación y que además no comprende ninguna salida fácil cuando se produzca esta cadena

perpetua. De allí, es relevante, considerar otros escenarios de aplicación tal como describe Curotto, que en la Unión Europea, que existe un concepto conocido como “Cadena Perpetua revisada o condicionada”, donde se establece que en esta condena se puede reconsiderar en un determinado plazo la posibilidad de revisar la condena en relación a la actitud del condenado desde el momento de encarcelamiento y de otras circunstancias se puede concederle o no la liberación. (Curotto, 2011). Adicionalmente es necesario indicar, que según la jurisdicción de Perú, expresa claramente que la privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua, en el primer caso tendrá una duración de dos días y en el segundo caso de treinta y cinco años, homicidio y dependiendo de la intensidad o grado con que se produzca dicho asesinato. De allí que el juez puede determinar imponer cadena perpetua o un tiempo indefinido, ya que generalmente este tipo de condena se aplica a los asesinos, terroristas y secuestradores. De esta manera el Código Penal. (CPP, 2017).

En este ámbito, Argentina por su parte establece en el Código Penal de su nación, específicamente en el artículo 79, que se aplica la pena de 8 a 25 años para el homicidio, siempre que el código no estableciere otra pena. Por ello, que las penas de reclusión perpetua es susceptible de aplicación a quien cometa delitos de homicidio bajo circunstancias agravantes de al artículo 80 del Código Penal, donde expresa que se puede aplicar la mencionada reclusión perpetua a su ascendiente, descendiente, conyugue, u otra persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia. También a aquellas personas que hayan cometido delito con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso, así como cualquier persona que haya cometido delitos calificados con grados severos o graves tipificados en la legislatura argentina. (CPNA, 1984),

Por consiguiente, aquel privado de libertad que hubiere cumplido treinta y cinco años de condena, observando con regularidad los reglamentos carcelarios, puede ser absuelto mediante resolución judicial en virtud de las condiciones que brinda la ley penal de acuerdo al artículo 13 del mencionado código penal. Igualmente, considera que la persona no sea reincidente en el delito por el cual se le dictó la sentencia de la cadena perpetua y una vez revocada la libertad condicional no puede volver a obtenerla.

En secuencia, Ecuador ha realizado modificaciones en la legislatura competente a esta materia penal, en la cual establece que la pena máxima es actualmente de 35 años desde el año 2011, es preciso indicar que anteriormente se consideraba dieciséis años. Por todo lo antes mencionado, se infiere que con el transcurrir del tiempo y de las necesidades de los pueblos de establecer normativas que regulen en concordancia con los derechos humanos, la facultad de distribuir la justicia en concordancia con los instrumentos constitucionales e internacionales, determinando las responsabilidades y sanciones necesarias a fin de reparar los daños ocasionados a las víctimas de hechos punibles en grado severo.

Cabe recalcar que en nuestra normativa legal en materia penal no existe la pena privativa de libertad perpetua.

14. Aplicación del Principio de Proporcionalidad

La aplicación del principio de proporcionalidad consiste en la materialización de normas con estructura de principios que contienen derechos fundamentales en colisión, en sí, es la aplicación de principios procesales constitucionalizados propios de los Estados constitucionales de derechos, que tiene lugar con la reconceptualización de los derechos fundamentales que dejaron de ser meras afirmaciones para convertirse en espacios mínimos de actuación humana respetada por todos inclusive por el Estado, donde el individuo se encuentra con jurisdicción como órgano de tutela última y necesaria aún frente a la ley, principio de proporcionalidad contemplado en el Arts. 76, de la Constitución, que a su letra refiere:

“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: “...6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”. (Asamblea Nacional, 2008)

La Constitución de la República del Ecuador busca armonizar las relaciones y garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos de quienes lo habitan en un marco de profundo respeto a esta norma suprema.

El Ecuador ha dejado de ser el estado social de derecho para transformarse en constitucional, de derechos y de justicia. El debido proceso es un derecho que debe respetarse en cualquier trámite, no solo en el judicial, sino ante cualquier autoridad que pretenda procesar y que al final dicte una resolución fundamentada y haga cumplir lo resuelto, extendiendo también el derecho de impugnación de tal resolución. Pero en el área estrictamente judicial, las garantías del debido proceso pueden violarse por inadecuada administración de justicia o porque teniendo toda la estructura el juez o la jueza no garantiza la tutela jurisdiccional por negligencia o corrupción.

15. Objeto del Principio de Proporcionalidad

Es un procedimiento relativamente sencillo e intersubjetivamente controlable, que tiene por objeto limitar la injerencia del Estado en la afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos, dicho en otras palabras, se debe aplicar el examen de proporcionalidad para evaluar la constitucionalidad de una medida restrictiva de derechos fundamentales, con fundamentación en una relación medio fin, que debe ser idónea, legítima, útil y práctica para obtener los objetivos constitucionales planteados, además de ser útil su aplicación debe ser necesaria y adecuada para obtener un fin legítimo, es decir si existen varias opciones para lograr el fin, debe optarse por aquella opción de afectación de derechos fundamentales que sea más leve para lograr los objetivos constitucionales que es la satisfacción de otros derechos.

Es de suma utilidad a la hora de aplicar el principio de proporcionalidad hacer la correspondiente diferenciación entre lo que son las normas con estructura de regla y las normas con estructura de principio, y su forma de aplicación. Las primeras, es decir las normas con estructura de regla, poseen una estructura jurídica compuesta de supuesto de hecho y consecuencia jurídica clara, y su forma jurídica tradicional de aplicación es mediante la

subsunción, las reglas son normas que admiten una única medida de cumplimiento, pueden cumplirse o no cumplirse, es decir, son mandatos definitivos, de todo o nada, las reglas no derivan de los principios y su diferencia principal es la forma en que se resuelven sus conflictos, a través de métodos tradicionales de validez, especialidad (ley especial deroga general), jerarquía (ley superior deroga ley inferior) y temporalidad (ley posterior deroga ley anterior). Mientras que los principios son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diversos grados y que establecen que se realice su aplicación en la mayor medida de lo posible en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, son supuestos de hecho cuya consecuencia no está explícitamente formulada, es decir, son normas que admiten varias formas de interpretación y aplicación para lo cual usamos la ponderación (Cañizares, 2012).

Los principios se conocen por el enunciado, ordenan que algo sea cumplido en gran medida sin enunciar un supuesto de hecho claro, es decir, admiten varias interpretaciones. Cuando usamos la ponderación enfrentamos dos normas tipo principio, pero no para derrotar a una sobre la otra como ocurriría con las reglas sino para restringir una en favor de otra, otorgándole más poder o más validez en un caso concreto.

16. Marco Legal

En esta parte de la investigación, es necesario fundamentar el desarrollo del estudio sobre las bases jurídicas que sostienen la temática.

Consultando el articulado Constitución del Ecuador, se encuentra lo que el artículo 76 expresa: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: ...6 La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”. (Asamblea Nacional, 2014)

La aplicación del principio de proporcionalidad consiste en la materialización de normas con estructura de principios que contienen derechos fundamentales en colisión, en sí, es la aplicación de principios procesales constitucionalizados propios de los Estados Constitucionales de Derechos, que tiene lugar con la reconceptualización de los derechos fundamentales que dejaron de ser meras afirmaciones para convertirse en espacios mínimos de actuación humana respetada por todos inclusive por el Estado, donde el individuo se encuentra con jurisdicción como órgano de tutela última y necesaria aún frente a la ley.

El COIP en su artículo 265 refiere que el almacenamiento, transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal de hidrocarburos en las provincias fronterizas, puertos marítimos o fluviales o mar territorial.- La persona que, en las provincias fronterizas, puertos marítimos, fluviales o mar territorial, almacene, transporte, envase, comercialice o distribuya sin la debida autorización productos o derivados de hidrocarburos incluido el gas licuado de petróleo o biocombustibles, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años. (Asamblea Nacional, 2014)

17. Marco Metodológico

Al adentrarse al recorrido metodológico desarrollado en el presente estudio, cabe señalar que el Diseño de la Investigación constituye el plan general que programa el investigador para obtener respuestas a las interrogantes o comprobar hipótesis establecidas. En este sentido, se desarrolla una serie de preceptos sobre el abordaje del sendero epistémico metódico, el cual adopta un paradigma positivista, enfoque cuantitativo, con un diseño no experimental, donde se utilizó el método Inductivo y Deductivo, técnicas de recolección de datos sobre una revisión documental y técnicas de Análisis e Interpretación de resultados.

Sobre esta base metodológica, se procedió al desarrollo de la temática Violación al debido Proceso al no aplicarse el principio de proporcionalidad entre el Delito y la Pena establecidos en el artículo 265 del Código Orgánico Integral Penal. Contextualizado en la normativa que rige la geografía ecuatoriana

En cuanto a los métodos, se ha realizado una metodología mixta; es decir, deductiva e inductiva, optando por la observación de los puntos de debate, lo que sirvió para analizar de manera profunda la propuesta. De igual manera el método inductivo, nos dio la pauta de llegar a concretar las conclusiones para poder recomendar alternativas de solución y poder llegar de lo general a lo particularísimo. Así, también nuestro enfoque se basó en las diferentes normas expuestas y en las opiniones de expertos en la materia Penal.

Por último, se realizaron encuestas como instrumento de investigación de mercados que consiste en obtener información de las personas encuestadas mediante el uso de cuestionarios diseñados en forma previa para la obtención de información específica. Practicamos entrevista que consistió en el proceso de comunicación que por lo general se realiza entre dos personas; durante este proceso se obtiene datos e información del entrevistado de forma directa. Si se generalizara una entrevista sería una conversación entre dos personas por el mero hecho de comunicarse, en cuya acción la una obtendría información de la otra y viceversa. Se realizó proyecciones poblacionales, tomando en consideración un Universo de participantes que consistió en la población de Abogados adscritos al Colegio de Abogados en Guayaquil, del cual tomamos en consideración una población y aplicando la fórmula investigadora de mercado que dio como resultado la muestra, dando el porcentaje para realizar las diferentes encuestas, con el fin de determinar que se vulnera el debido proceso, al no aplicarse una pena proporcional con relación al delito.

18. Conclusiones.

1. Se ha determinado que el procedimiento aplicado para el delito de hidrocarburos es violatorio al principio de la proporcionalidad establecido en la Constitución, evidenciándose mediante la revisión de las normas y la doctrina, que desde la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal se determinó dicha sanción para los delitos, no existiendo una tabla que regule la imposición de la sanción de acuerdo a la cantidad de hidrocarburo traficado.
2. Además es necesario garantizar en todo proceso los derechos y garantías constitucionales, como es el principio de la proporcionalidad, el debido proceso y la seguridad jurídica, de acuerdo a las encuestas practicadas a los abogados y las entrevistas realizadas a un Secretario de Fiscalía,

Defensores Públicos, Juez, donde se constata el criterio que tienen sobre la importancia de resguardar los derechos y de aplicar sanciones justas.

3. Es necesario que pueda atenderse a la vulneración o afectación del principio de proporcionalidad, es decir, que las penas deben aplicarse en función a lo determinado en la Ley y al grado de responsabilidad del autor o cómplice, que puedan determinarse sanciones que corresponda al grado de responsabilidad, porque de aplicar normas que estén al margen de la ley y sin un nivel de ponderación, estos se tornan desproporcionales afectando gravemente los derechos y garantías procesales que amparan al procesado

19. Recomendaciones:

1. Se sugiere que las sanciones por los delitos de hidrocarburos sean revisadas y ajustadas conforme al grado de responsabilidad cometido, es decir que esta sanción que va a imponerse de acuerdo a la cantidad de hidrocarburo que ha sido traficado por el acusado. Es decir que pueda ser aplicado el principio de la proporcionalidad efectivamente en el delito contra la actividad hidrocarburífera.

2. Se recomienda que las personas que incurran en estos delitos de hidrocarburos deben ser sancionados de acuerdo a una tabla porcentual, de esta manera se estaría castigando el acto delictivo contra el Estado, pero también se estaría garantizando la aplicación al principio de la proporcionalidad.

3. Se motiva a que las instituciones correspondientes a la actividad de hidrocarburos, puedan emprender una difusión y campaña masiva acerca de los delitos relacionados con la misma, a fin de concientizar a las personas que residen en zonas que son propensas al tráfico de combustibles, indicándoles el agravo que ocasionan al Estado y las consecuencias jurídicas que pueden sufrir por el cometimiento de este delito.

20. Propuesta

Desarrollo de la posible propuesta (recomendación) del Código de la Niñez y la adolescencia

Tema: Reformar el Art 16 del Código de la Niñez y la adolescencia

1. Objetivo de la Propuesta

Proponer la proporcionalidad de la sanción de pena privativa de libertad, con relación a la cantidad de combustible comercializado ilegalmente.

2. Justificación de la propuesta

De acuerdo a las investigaciones realizadas en el presente estudio, se determinó la necesidad que existe de que las sanciones de privación de libertad sean ajustadas acorde a la cantidad de combustible traficado, ya que en la actualidad no existe una tabla, o una forma específica que determine la sanción para aplicar una pena privativa de libertad a los infractores del delito tipificado en el artículo 265 del COIP, siendo la actual pena de 5 a 7 años de privación de libertad, sin importar la cantidad incautada de combustible, por ello es recomendado, que sea tomada en consideración dicha propuesta.

3. Desarrollo de la propuesta

Analizada la desproporcionalidad de la sanción tipificada en el artículo 265 del Código Orgánico Integral Penal, la misma que señala:

“Art. 265.- Almacenamiento, transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal de hidrocarburos en las provincias fronterizas, puertos marítimos o fluviales o mar territorial. La persona que, en las provincias fronterizas, puertos marítimos, fluviales o mar territorial, almacene, transporte, envase, comercialice o distribuya sin la debida autorización, productos derivados de hidrocarburos incluido el gas licuado de petróleo o biocombustibles, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Con la misma pena, será sancionada en el caso que no se detecte la presencia de una sustancia legalmente autorizada, que aditivada a los combustibles permita identificarlos o que modifique la estructura original del medio de transporte sin contar con la autorización de la entidad del Estado correspondiente.

Por consiguiente, se propone que la modificación que sea realizada al anterior artículo referido, pueda establecer una correcta proporcionalidad en la sanción a imponer, fundamentado en la siguiente modificación:

REFÓRMESE, el artículo 265 del Código Orgánico Integral Penal de la siguiente forma:

La persona que, en las provincias fronterizas, puertos marítimos, fluviales o mar territorial, almacene, transporte, envase, comercialice o distribuya sin la debida autorización, productos derivados de hidrocarburos incluido el gas licuado de petróleo o biocombustibles, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años, los cuales serán determinadas de la siguiente manera:

1.) Si el tráfico consiste en la tenencia o comercialización ilegal de combustibles menor a 100 galones, o menor a 1100 kilogramos de gas licuado de petróleo, la pena a imponer será de uno a dos años de privación de libertad; en el caso de que fuese igual o mayor a 100 galones o, sea equivalente a 1100 kilogramos de gas licuado de petróleo, la pena a imponer será de cinco a siete años de privación de libertad.

2.) Será sancionado con la misma pena prevista en el numeral anterior, la persona que lleve a cabo estos hechos, adicionando o mezclando con alguna sustancia que no esté entre las legalmente autorizadas; siempre que una vez aditivada a los combustibles permita ser identificada, o cuando

se modifique la estructura original del medio de transporte y se carezca de la autorización del Estado para hacerlo.

20. Referencias Bibliográficas

- Asamblea Nacional. (2008). Constitución de la República de Ecuador. (R. O. 20-oct-2008, Ed.) Quito: Asamblea Nacional. Obtenido de Constitución de la República de Ecuador.
- Asamblea Nacional. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito: Registro Oficial No. 180, 10 de febrero 2014.
- Avila, S. (2011). Las garantías de los derechos humanos en tiempos de constitucionalismo. [http://portal.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/CentrodeReferencia/Temasdeanálisis2/estadoconstitucionyderechoshumanos/articulos/lasgarantiasdelosderechos\(ramiroavila\).pdf](http://portal.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/CentrodeReferencia/Temasdeanálisis2/estadoconstitucionyderechoshumanos/articulos/lasgarantiasdelosderechos(ramiroavila).pdf)
- Bahillo, M. (2017). Gestión de la documentación jurídica y empresarial. Beccaria. (2015). Tratados de los Delitos y las Penas. ESPAÑA.
- Behar, D. (2008). Metodología de la Investigación. Ediciones Shalom.
- Benavides, B. (2017). Garantía del Debido Proceso. <https://www.derechoecuador.com/garantia-del-debido-proceso>
- Brandariz, J. (2016). El modelo gerencial-actuarial de penalidad. Eficiencia, riesgo. Dykinson. Cabanellas. (2008). Diccionario Jurídico Elemental, .
- Cañizares, E. (2012). Aplicación del Principio de Proporcionalidad <https://www.derechoecuador.com/aplicacion-del-principio-de-proporcionalidad>
- Cobo, R. (2017) La Pena. <https://www.derechoecuador.com/la-pena>
- Cornejo, A. (2015). La Teoría del Delito en el COIP. <https://www.derechoecuador.com/la-teoria-del-delito-en-el-coip-la-conducta>
- CPNA. (1984). Código Penal De La Nación Argentina. Argentina: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- CPP. (2017). Congreso de la República del Perú, Código Penal de Perú.
- Curotto, P. (2011). Las Penas de Prisión Perpetuas y Consecuencias Jurídicas Equiparables vs. Argentina: Asociación Salteña de Estudios Penales.
- David y Valldeoriola. (2014). Metodología de la Investigación. España: Universitat Oberta de Catalunya.
- Dávila N. (2006). El Razonamiento Inductivo y Deductivo dentro del Proceso de Investigación. Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal.
- De León. (2004). La Pena Privativa de Libertad en el Derecho Comparado. Ecuador: Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca.

- Dioguardi, J. (2013). El Debido Proceso y el Control de Constitucionalidad El Estado Constitucional Democrático. Revista Jurídica UCES, 251-273.
- Espinoza, S. (2016). Análisis Jurídico del Principio De Proporcionalidad, Referente a las Penas en los Delitos de Hidrocarburos.
- http://repositorio.utmachala.edu.ec/bitstream/48000/8497/1/TTUACS_DE100.pdf García, P. (2014). Acerca de la función de la pena.
- https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_80.pdf
- Gonzalez, M. (2017). Delitos Contra la Actividad Hidrocarburifera y el Principio de Proporcionalidad.
- <http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/5855/1/TUAEXCOMMDP048-2017.pdf> Granja, P. (2010). Principio de Proporcionalidad. Ecuador: Derechos Ecuador.
- Guardia, O. (2011). Manual de derecho procesal penal/Arsenio Oré Guardia. Universidad Andina del Cusco.
- López. (2009). El Metodo de Investigación Bibliografica. EEUU: Museo Arqueológico Nacional
- Loureiro, M. (2015). Investigación y recogida de información de mercados. España: Ideas Propias, Editorial.
- Machicado, J. (2010). ¿Que es el Debido Proceso Penal? Obtenido de ¿Que es el Debido Proceso Penal?: <https://jorgemachicado.blogspot.com/2010/01/debido-proceso.html>
- Machicado, J. (2018). Principio de Inmediación Procesal. Apuntes juridicos, 1-15.
- Mendoza, P. (2017). Violacion del Derecho al Debido Proceso, El Principio de Proporcionalidad con la Sancion Establecida en el Artículo 265 del COIP.
- <http://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/19056/1/IRMA%20MENDOZA.pdf> Muñoz. (2005). Teoría General del Delito. Bogotá-Colombia: Editorial Temis S.A.
- Novoa, F. (2013). Las inconsistencias jurídicas relacionadas con el principio de proporcionalidad.
- Perotti y Salazar. (2016). Derecho y Doctrina Judicial Comunitaria. Managua: Editorial Jurídica Continental.
- Porro, F. (2015). Las Garantias Constitucionales en el Derecho Procesal Penal. <http://www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/porro.pdf>
- Prieto. (2011). El Proceso Penal, Qué es y sus principales elementos. <https://www.gestiopolis.com/proceso-penal-que-es-principales-elementos/>
- Quezada, U. (2016). La Falta de Aplicación del Principio de Proporcionalidad en las Infracciones a la Ley de Hidrocarburos.
- <http://repositorio.utmachala.edu.ec/bitstream/48000/9815/1/TTUACS%20DE00130.pdf> Reyna, L. (2015). Manual de Derecho Procesal Penal . Instituto Pacífico .
- Ruiz, J. (2012). Metodología de la Investigación Cualitativa. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Tamayo y Tamayo. (1997). El Proceso de la Investigación Científica. México: Limusa S.A.
- Universidad Laica Vicente Rocafuerte de la ciudad de Guayaquil. (s.f.). Líneas de investigación de la ULVR. Guayaquil: Proceso de elaboración del trabajo de titulación.
- Valdeoriola y David. (2014). Metodología de la Investigación. España: Universitate Oberta de Catalunya.
- Way, A. (2012). Los Principios Constitucionales del Proceso Penal.

Zambrano. (2014). Estudio introductorio al Código Orgánico Integral Penal. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones,.