

Marco Vinicio Chulde; Dennys David Escobar-Almeida.

<http://dx.doi.org/10.35381/racji.v5i3.1142>

## **Suspensión condicional de la pena frente a la existencia de nueva Instrucción fiscal**

### **Conditional suspension of the sentence due to the existence of a new tax Instruction**

Marco Vinicio Chulde  
[ut.marcochulde@uniandes.edu.ec](mailto:ut.marcochulde@uniandes.edu.ec)  
Universidad Regional Autónoma de los Andes, Tulcán  
Ecuador  
<https://orcid.org/0000-0003-3580-8352>

Dennys David Escobar-Almeida  
[dd\\_esc@hotmail.com](mailto:dd_esc@hotmail.com)  
Universidad Regional Autónoma de los Andes, Tulcán  
Ecuador

Recibido: 31 de octubre de 2020  
Revisado: 10 de octubre de 2020  
Aprobado: 05 de diciembre de 2020  
Publicado: 10 de diciembre de 2020

Marco Vinicio Chulde; Dennys David Escobar-Almeida.

## **RESUMEN**

El artículo es de tipo revisión documental, el cual tuvo por objetivo analizar la suspensión condicional de la pena frente a la existencia de nueva Instrucción fiscal en el Ecuador. La política criminal puede ser un factor de estudio que requiere de un análisis más profundo de ser el caso, pero para motivos del presente proyecto solo se tomara como factor básico el espíritu de la ley que manifiesta que se percibe la sensación de seguridad y al mismo tiempo evitar el hacinamiento de las cárceles por delitos de bagatela, o no tan reprochables. Es por consiguiente a dicha relación entre la presunción de inocencia y la suspensión condicional de la pena en donde se crea la fuente de debates para la aplicación de la misma, lo que refiere a extender debates que yacen en la naturaleza más prominente de la presunción de inocencia, confrontado al aparato punitivo del Estado.

**Descriptor:** Derecho penal; sanción penal; administración de justicia. (Palabras tomadas del tesoro UNESCO).

## **ABSTRACT**

The article is of a documentary review type, which aimed to analyze the conditional suspension of the sentence in the face of the existence of a new fiscal Instruction in Ecuador. Criminal policy can be a study factor that requires a more in-depth analysis if that is the case, but for the purposes of this project, only the spirit of the law will be taken as a basic factor, which states that the feeling of security is perceived and at the same time time to avoid the overcrowding of prisons for trifling crimes, or not so reprehensible. It is therefore to this relationship between the presumption of innocence and the conditional suspension of the sentence where the source of debates for the application of the same is created, which refers to extending debates that lie in the most prominent nature of the presumption of innocence, confronted with the punitive apparatus of the State.

**Descriptors:** Criminal law; penal sanctions; administration of justice. (Words taken from the UNESCO thesaurus).

Marco Vinicio Chulde; Dennys David Escobar-Almeida.

## **INTRODUCCIÓN**

La investigación versó sobre los estudios realizados a nivel del Derecho Penal Ecuatoriano, específicamente en lo relacionado a la suspensión condicional de la pena y su relación con la presunción de inocencia, en el que en un plano específico confrontando el procedimiento de medidas alternativas a la privación de libertad o también conocidas como beneficios, y tuvo como objetivos la fundamentación teórica sobre la garantía de presunción de inocencia y las condiciones para la suspensión de la pena en el Derecho Penal ecuatoriano, así como el diagnóstico de la situación de la garantía de presunción de inocencia con las condiciones para la suspensión condicional de la pena para que se compruebe su restricción en el proceso penal ecuatoriano, con la finalidad de preservar la dignidad humana a través del cumplimiento de sus derechos fundamentales (Aldana Zavala & Isea, 2018).

Para tal fin se realizó una revisión documental bibliográfica de trabajos y obras relacionadas al tema planteado, aplicándose la técnica de análisis de contenido jurídico con la finalidad de escrutar las ideas centrales y conformar una síntesis teórica a partir de emplear el método analítico sintético, en tal razón, la investigación tuvo por objetivo analizar la suspensión condicional de la pena frente a la existencia de nueva Instrucción fiscal en el Ecuador.

### **Suspensión condicional de la pena frente a la existencia de nueva Instrucción fiscal**

En cuanto a la situación que se ventila dentro de la investigación realizada se puede iniciar manifestando que la meta principal a tratarse es comprobar la existencia de restricción de la garantía de presunción de inocencia al momento de la ejecución de la pena por incumplimiento de la décima condición del artículo 631 del COIP, para que se diseñe una posible solución en el marco jurídico del Ecuador.

En cuanto al estudio del presente problema es claro manifestar que la presente investigación hace referencia a una de los principios más importantes del Derecho Penal como lo es la presunción de inocencia. En lo referente a los estudios realizados a nivel

Marco Vinicio Chulde; Dennys David Escobar-Almeida.

internacional se encuentran de diversa naturaleza, uno de ellos es la publicación del Colombiano Orlando Alfonso Rodríguez Chocona y su libro “Presunción de Inocencia, Principios Universales”, que ha sido distribuido a nivel internacional y toma todos y cada uno de los tratados internacionales que establecen esta garantía, como cumplimiento de carácter obligatorio para los países miembros de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización de los Estados Americanos (OEA), en la que se analiza jurisprudencia vinculante que hace entender el deber de precautelar dentro de los sistemas jurídicos modernos de la garantía de presunción de inocencia en materia penal. Así mismo, se puede tomar en cuenta los estudios realizados por Rita Maxura con su publicación denominada “Mecanismos restaurativos en las nuevas legislaciones penales juveniles: Latinoamérica y España”, en donde se acopian todas y cada una de las legislaciones que brindan el beneficio de la suspensión condicional de la pena, con las peculiaridades propias de cada legislación de países como Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela entre otros. Cabe citar, que pese a que este estudio es dirigido hacia la suspensión condicional en materia juvenil, también se encuentra contemplado para aquellos imputables en materia penal con diversidad de condiciones a las cuales se le refiere en lo principal como el medio por el cual se pueden descongestionar los centros penitenciarios en la región, que por situaciones diversas que se tienen en las mismas con relación a la población, el índice de criminalidad es bastante alto y se presenta un alto índice de hacinamiento en la mayoría de cárceles latinoamericanas (Maxera, 2005, p.12 ).

En el Ecuador, tras la entrada en vigencia de la Constitución de la Republica en el año 2008, la cual fue considerada como un proyecto bastante ambicioso en materia jurídica, se entiende que abarcaba las tendencias garantistas del Constitucionalismo moderno, lo que ha debido traer como consecuencia que todas las demás leyes se transformen y adecuen a la norma constitucional en este sentido. Es así, que, en materia penal, entra en vigencia el Código Orgánico Integral Penal (COIP) en el año 2014, Código que

Marco Vinicio Chulde; Dennys David Escobar-Almeida.

comparte la tendencia del garantismo penal, y que consiste en un cuerpo normativo completo de Derecho Sustantivo, Adjetivo y de ejecución penal. En este cuerpo normativo se incluyen temas como la presunción de inocencia, rescatada por los tratados internacionales y constitucionalizada desde el cambio del proceso penal inquisitivo hacia un proceso adversarial, en donde priman también ciertos beneficios, como el de la suspensión condicional de la pena, que, por el principio de legalidad, han sido tomados de manera literal como lo manda la misma ley penal. A pesar de las novedades antes mencionadas, lo que se hace discutible a nivel doctrinario, tal como es el caso de Alfonso Zambrano Pasquel en su “Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal”, al referirse al libro primero, en donde toma también relación con el libro segundo brevemente apuntando hacia la punibilidad que tiene el COIP en la actualidad y falta de congruencia en algunos puntos cruciales de garantías básicas de un debido proceso, lo que constituye una falta de garantía de un Derecho Penal que proteja al ciudadano del mismo y no vulnere sus Derechos con normas restrictivas, (Zambrano, 2014).

En cuanto al carácter de la academia son varios temas los que se han tratado acerca de la suspensión condicional de la pena y la garantía de la presunción de inocencia; pero cabe resaltar que su estudio ha sido realizado por separado. Es así, que en el repositorio de UNIANDES, tanto como en el de otras Universidades a nivel del país, no se cuenta con un estudio como el que plantea el presente trabajo, lo que hace que sea un medio para prevenir la restricción de derechos que se producen la ejecución de la pena por un delito anterior, cuando este ha sido beneficiado por una suspensión condicional por el incumplimiento de que se le inicie un nuevo proceso, es decir una nueva instrucción fiscal, sin tomar en cuenta que la persona es inocente en ese proceso y se debería permitirle seguir gozando del beneficio tomando en cuenta las finalidades del sistema penal ecuatoriano y la obligación de garantizar un verdadero debido proceso.

Marco Vinicio Chulde; Dennys David Escobar-Almeida.

## **Elementos del resumen planteado como bases conceptuales**

Hablar del origen y evolución del Derecho Penal en el Ecuador en el aspecto ordinario es referirse a puntos principales que marcaron hitos en cuanto a su evolución, ya que en sí en el aspecto de diseño de legislación penal propiamente dicha no se ha creado en base a estudios propios de juristas ecuatorianos, ya que la recopilación de viejos códigos ha sido la técnica legislativa aplicable al caso de Ecuador, es así como lo manifiesta la misma asamblea cuando realiza la exposición de motivos del naciente Código Orgánico Integral Penal, al referir que:

En el Ecuador desde su época republicana se han promulgado cinco Códigos Penales (1837, 1872, 1889, 1906 y 1938). La legislación penal vigente es una codificación más y tiene una fuerte influencia del Código italiano de 1930 (conocido como “Código Rocco”), argentino de 1922, belga de 1867 y este a su vez del francés de 1810 (“Código napoleónico”). En suma, tenemos un Código de hace dos siglos con la influencia trágica del siglo XX, que es la Ley penal del fascismo italiano. (COIP, 2014, p. 2)

Si se analiza cada una de las posturas que se tuvo en cuanto a tratar la criminalidad de esos tiempos ante dichos podemos exponer que la extrema punitividad e inquisición estaba presente en cada uno de sus cuerpos articulados. Debido a esto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de Diciembre de 1948, forma un hito para la moderación de cada uno de los sistemas punitivistas, dirigiéndolo hacia un derecho penal rehabilitador y no exterminador, aunque cabe resaltar que el poder para promulgar estas leyes ha sido usado por el gobierno de turno para mantenerse al mando y exterminar toda forma de oposición legitimado por la Ley penal, es así que incluso hasta la actualidad con la promulgación del COIP y su puesta en vigencia el 10 de Agosto del 2014 se hace notar la lucha entre punibilidad extrema y la moderación del garantismo penal en protección del ciudadano toda vez que se pone como base la presunción de inocencia. Cabe resaltar que en lo que al COIP se refiere es un proyecto ambicioso que une todas las facetas del proceso penal en un solo cuerpo articulado, es decir el derecho sustantivo penal, adjetivo penal y el de ejecución, esto con el fin de actuar concretamente sobre los

Marco Vinicio Chulde; Dennys David Escobar-Almeida.

hechos que son penalmente relevantes y evitar las normas dispersas que producen una carga material innecesaria, además de garantizar el principio de seguridad y uniformidad jurídica tal es el caso que se manifiesta como un código garantista que busca proteger también del derecho penal al ciudadano mediante la garantía de inocencia y por lo tanto el respeto a todos los Derechos Humanos, lo que a decir de Bolívar Vergara Acosta en el siguiente sentido:

Todo el sistema jurídico estadual y el Derecho Internacional persiguen garantizar la integridad de algunos derechos humanos que inciden en el enjuiciamiento, hasta en las situaciones de excepción o emergencia en los estados, en especial los derechos a la libertad, a la intimidad, a la integridad, a la defensa, etc. Excluye acción *contra legem* o *praeter legem*, sino que respeta la jurisdicción establecida para el juzgamiento y vela por el respeto a todos los derechos fundamentales especialmente los derechos humanos (Vergara, 2015, p. 110).

Es decir que este proceso penal protege *contra legem* o contra la acción en forma incorrecta a la ley, y también de forma *praeter legem* es decir más allá de la ley, es decir que en ese aspecto brinda un carácter tuitivo al procesado, ya que nadie puede manifestar que en el momento de la formulación de cargos este sea culpable. Además de establecer la oralidad dentro del proceso penal siendo este más ágil o como lo señala Simón Valdivieso esto es que “la oralidad no constituye un principio en sí mismo, sino que es un instrumento o facilitador de los principios políticos básicos y de las garantías que estructuran el propio sistema procesal penal” (Valdivieso, 201, p. 15), creando por ende un sistema de mayor agilidad que el escrito bajo un estricto legalismo y formalidad de contacto directo con la autoridad y los sujetos procesales involucrados.

Es por lo tanto con todo lo manifestado que la presunción de inocencia es el mecanismo adoptado por el garantismo penal y en palabras de ILLUMINATI citado por Agustín Pérez y Martín Cruz en su obra La Prueba y la presunción de inocencia en el Código Orgánico Integral Penal en el siguiente término, “si no se parte de la presunción de inocencia, no habría ninguna necesidad lógica del proceso” (Pérez & Cruz, 2016, p. 39), y esta es una premisa ya que es por la garantía asumida por el constituyente y el estatus desarrollado

Marco Vinicio Chulde; Dennys David Escobar-Almeida.

por el legislador en que se garantiza el debido proceso es una forma de proteger al ciudadano que se ve envuelto en situaciones conflictivas con la ley penal de que se le respeten sus derechos, sea tratado como un ser humano durante el proceso, posterior a este promoviendo su rehabilitación y reinserción a la sociedad, manifestando un derecho penal más humanizado y con características garantistas en las cuales sea de pleno cumplimiento el principio de mínima intervención penal.

Para establecer relaciones en el Derecho Penal ecuatoriano es menester conocer las definiciones doctrinarias de lo que sanciona el Código Orgánico Integral Penal (COIP), en manifestación a esto tenemos que el mismo cuerpo antes nombrado tiene como figura jurídica la Infracción Penal ubicada en el artículo 18 y manifestada en el siguiente sentido “ Infracción Penal es la Conducta típica, Antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este código” (COIP, 2014, p. 15), cuando este código hace referencia a la sanción se refiere a la pena que no es más que la finalidad del Derecho Procesal Penal esto es imponer una pena que sea admitida por el marco jurídico de cada Estado en el Caso Ecuatoriano la exclusividad de penalizar se encuentra en el COIP. También se debe tomar en cuenta la manera literal de la norma es decir la conducta típica, la antijuridicidad y la culpabilidad que son materia de estudio para la estructura común del delito es decir que cuando todas estas existen se impone una pena. Es por eso necesario analizar cada una de ellas ya que constituyen el centro de lo que es el Derecho Penal o lo que en doctrina se conoce como la teoría del delito y la pena.

### **La conducta típica**

De conformidad al artículo 18 del Código Orgánico Integral Penal se hace referencia al primer elemento común que para el legislador es la conducta típica es decir que no hace una separación de la conducta y la tipicidad sino que considera a las dos en un solo elemento para el cual se manifiesta la separación de cada una de estos elementos a posterior en el cuerpo articulado del COIP en su libro preliminar poniendo de manifiesto que pese a estar ligadas en una definición conceptual no constituyen un solo elemento



Marco Vinicio Chulde; Dennys David Escobar-Almeida.

común, sino dos elementos que deben ser analizados como tales, pero para mayor comprensión de lo que significa la conducta típica se hace fundamental explorar con sentido de comprensión de las figuras legales tomando como referencia a los diferentes estudiosos del derecho penal a fin de comprender lo en que se funda la infracción penal. En primer sentido para los estudiosos del Derecho en su definición de conducta es la manifestación de voluntad estudiada como la acción, es decir que Percy García Caveró en su obra Derecho Penal, Parte General citando a VON LISZT define la acción como “conducta voluntaria hacia el mundo exterior, más exactamente: modificación, es decir, causación o no evitación de una modificación (de un resultado) del mundo exterior mediante una conducta voluntaria” (García, 2012, p. 350), es decir que la comprensión del derecho Penal y cada uno de sus presupuestos para imponer orden social a través del *ius puniendi* manifiesta ampliamente lo tipificado en el artículo 22 del COIP cuando hace referencia a que la conducta penalmente relevante debe ser lesiva, descriptible y demostrable, en si se manifiesta que esta debe obligatoriamente dañar un bien jurídico protegido.

Es decir que en cuanto a la definición de bienes se puede conocer que es la cosa material o inmaterial que en este caso ha sido elevada a Derecho para su protección de cualquier daño, sin embargo también se hace hincapié en que la conducta puede ser realizada por acción u omisión, entonces debemos establecer nuevas perspectivas para la comisión de una infracción, es por demás decirlo que es la expresión de voluntad o designio de causarlo que se exprese, ya que tal como la premisa civil lo manda, las meras expectativas no constituyen derecho, así mismo las meras intenciones no constituyen delito, de la misma manera no constituye voluntad el hecho de actuar bajo fuerza física irresistible, movimientos reflejos o estados de plena inconciencia, debidamente comprobados, es decir en el campo de la imputación objetiva la presencia de una de estas es causa de exclusión de la conducta, por lo tanto significaría la no existencia de la infracción ya que todos estos elementos son los que constituyen la infracción penal que debe ser sancionada por la ley penal con la pena, en cuanto a la tipicidad se puede decir

Marco Vinicio Chulde; Dennys David Escobar-Almeida.

que cuando la conducta es penalmente relevante y no ha entrado en ningún tipo de exclusión de la misma se encuadra en el tipo penal, el mismo que define el encuadramiento de la conducta así que es un marco ordenado de análisis de elementos en todo caso cuando se habla de tipicidad se está describiendo la conducta penalmente relevante o dicho de otra forma la previsibilidad de que esta conducta puede ser cumplida, ya que la persona que se encuentra dentro del tipo penal cumpliéndolo a cabalidad es sancionada con la pena de lo contrario sería una conducta atípica.

La tipicidad es en sí, en palabras de Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán es; “la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hacen en la ley penal” (Muñoz & Mercedes, 2014, p. 251), es decir se direcciona por el principio de *nullum crimen sine lege* no hay pena ni crimen sin ley previa, y esta tipicidad se caracteriza por la previsibilidad del legislador a calificar negativamente cierto tipo de conductas y manifiestamente declarar su reprochabilidad, es por lo tanto que se constituye el tipo. “Tipo es, por lo tanto la descripción de hecho de una norma penal” (Muñoz & Mercedes, 2014, p. 252), toda esta descripción realizada por el legislador en la norma penal tiene finalidades para encuadrar cierto tipo de conductas, en este caso el tipo penal tiene una triple función, estas funciones están dadas de la siguiente manera, primeramente “una función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes” (Muñoz & Mercedes, 2014, p. 252), con el cual se haga posible el conocimiento general de la ley, segundo “una función de garantía, en la medida en que sólo los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente” (Muñoz & Mercedes, 2014), mediante el cual sea también protegida la persona del derecho penal en un sentido garantista, tercero que es la finalidad de manera social es:

Una función motivadora general, ya que, con la descripción de los comportamientos en el tipo penal, el legislador indica a los ciudadanos qué comportamientos están prohibidos y espera que, con la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida. (Muñoz & Mercedes, 2014, p. 252)

Marco Vinicio Chulde; Dennys David Escobar-Almeida.

Una de las funciones primigenias del derecho penal es la motivación, en el sentido de que sin ella no tendría fundamento el aspecto de convivencia social, es decir que para esta última función es que se trabaja esbozando y discutiendo tipos penales, sin ella solo se viviría en un reino de miedo o desorden dependiendo de la política criminal que se adopte.

### **La antijuridicidad.**

La antijuridicidad o antijurídica debe ser vista desde el plano objetivo como la calificación de la conducta típica, es decir que, para que la conducta tenga margen antijurídico debe estar preceptuada en lo que refiere el tipo, ahora que los tipos pueden ser abiertos, cerrados, o las llamadas leyes en blanco todos ellos requirentes de la calificación de antijurídica o definido por Francisco Muñoz y Mercedes García de la siguiente forma:

El Derecho penal no crea la antijuridicidad, sino que la selecciona por medio de la tipicidad, una parte de los comportamientos generalmente constituyen ataques muy graves a bienes jurídicos muy importantes, conminándolos con una pena. Normalmente la realización de un hecho típico genera la sospecha de que este hecho es también antijurídico (función indiciaria de la tipicidad); pero esta presunción puede ser desvirtuada por la concurrencia de una causa de justificación excluyente de la antijuridicidad. Si no concurre ninguna de estas causas, se afirma la antijurídica y el siguiente paso es entonces la constatación de la culpabilidad del autor de este hecho típico y antijurídico. (Pérez & Cruz, 2016, p. 299)

Es entonces que la antijuridicidad como tercer elemento de la infracción penal manifiesta que se debe calificar los anteriores dos elementos para configurar una infracción y poder sancionar, claro está que en nuestra legislación se persigue la demostración del delito a vez de que este sea unido a la responsabilidad de una persona, es decir penaliza las conductas humanas, como base se tiene que la antijuridicidad no existe solo en la materia penal, sino en todas las materias; pero es la antijuridicidad penal la que hace que una conducta sea penalmente relevante al afectar un bien jurídico protegido por el Estado, a su vez esta interconectado como se lo dice en un inicio de este análisis de los elementos

Marco Vinicio Chulde; Dennys David Escobar-Almeida.

comunes de la infracción penal, se debe tomar en cuenta las causas de exclusión de la antijuridicidad penal estas son la legítima defensa, estado de necesidad, el cumplimiento de orden legítima de autoridad competente.

### **La culpabilidad**

La culpabilidad es definida en la doctrina como el nivel de imputabilidad de una persona, esto es que en cierta forma se ubica como moderador de las personas, es decir es la verdadera calificadora de qué tipo de personas pueden ser imputables cuando ya el examen de imputación objetiva ha pasado por todos y cada uno de los elementos comunes del delito sin problema, es por ende la calificación que determina la responsabilidad de la persona en el sentido que la materialidad se ha encontrado plenamente constituida, y eso en materia procesal es la forma de sancionar a quien se ha manifestado penalmente conflictuado, para manifestar lo que se ha dicho es perentorio saber distinguir cada uno de los elementos de la culpabilidad ya que es “una categoría cuya función consiste, precisamente, en acoger aquellos elementos referidos al autor del delito que, sin pertenecer al tipo ni a la antijuridicidad, son también necesarios para la imposición de una pena” (Pérez & Cruz, 2016, p. 349).

Al hablar de los elementos de la culpabilidad desde el punto de vista de estudio se debe distinguir tres elementos fundamentales, estos se los describe desde la técnica jurídica como; la imputabilidad o la capacidad de culpabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido, la exigibilidad de un comportamiento distinto, es así que definiendo los tres elementos tenemos que:

La imputabilidad o capacidad de culpabilidad, bajo este término se incluyen aquellos supuestos que se refieren a la madurez psíquica y a la capacidad del sujeto para motivarse (edad, enfermedad mental, etc.) es evidente que, si no tiene las facultades psíquicas suficientes para poder ser motivado racionalmente, no puede haber culpabilidad. (Pérez & Cruz, 2016, p. 358)

Marco Vinicio Chulde; Dennys David Escobar-Almeida.

Esta referencia al elemento de la capacidad es aquello que lo que en materia de Derecho se refiere consiste en uno de los componentes de la voluntad, hay que resaltar que la materia penal tiene varias materias supletorias en las cuales funda conceptos generales para la identificación del hecho lesivo que se somete a su conocimiento y sanción, es por ende que la materia civil de conformidad a lo que se refiere a contratos es la expresión máxima de lo que representa la ley, en todo caso la jurisdicción es distinta en cuanto a la sanción pero en ramificaciones del Derecho las materias son interdependientes por el mismo hecho de que parten de la primera fuente del Derecho que es la Ley y por ende es general para todos y no se puede excusar en el desconocimiento por la misma razón.

El conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido. La norma penal sólo puede motivar al individuo en la medida en que este pueda conocerse, a grandes rasgos, el contenido de sus prohibiciones. Si el sujeto no sabe que su hacer está prohibido, no tiene ninguna razón para abstenerse de su realización; la norma no le motiva y su infracción si bien es típica y antijurídica, no puede atribuírsele a título de culpabilidad. (Pérez & Cruz, 2016, p. 358)

Lo que significa que en materia de derecho penal ecuatoriano no existe lo que se conocía como error de tipo y el error de prohibición ya que varios autores lo han reclamado acertadamente debido ya que “ Tanto el error de tipo como el error de prohibición que se pretenden desconocer en Ecuador en el COIP, no obstante la vigencia y la importancia que debe tener el respeto a los Derechos Humanos” (Zambrano, 2014, p. 55), es decir que mediante el debido proceso se puede justificar la no existencia de estas dos figuras jurídicas, lo que para varios autores es criticable ya que como Ramiro García Falconi cita a Julio Maier, “nos toma a contrapié en lo bibliográfico, pues si bien se mantienen las dos máximas fundamentales del proceso inquisitivo, esto es, la persecución publica del delito y la averiguación de la verdad histórica” (García-Falconí, et al., 2014, p. 15), se desconocen estas figuras antedichas dejando que la presunción de inocencia sea la que cargue con todo el peso del aparataje investigativo del órgano autónomo de la Función Judicial y Titular de la investigación pre procesal y procesal penal, como lo es la Fiscalía,

Marco Vinicio Chulde; Dennys David Escobar-Almeida.

quien valiéndose de todo el andamiaje jurídico manejara el conocimiento de la persona sobre el ilícito para su culpabilidad.

La exigibilidad de un comportamiento distinto. Normalmente el Derecho exige la realización de comportamientos más o menos incómodos o difíciles, pero no imposibles. El derecho no puede exigir comportamientos heroicos; toda norma jurídica tiene un ámbito de exigencia, fuera de la cual no puede exigirse responsabilidad alguna. Esta exigibilidad, aunque se rija por patrones objetivos, es, en última instancia, un problema individual: es el autor concreto, en el caso concreto, quien tiene que comportarse de un modo u otro. Cuando la obediencia de la norma pone al sujeto fuera de los límites de la exigibilidad, faltará este elemento y, con él, la culpabilidad. (Pérez & Cruz, 2016, p. 358)

Con este tercer elemento de la culpabilidad lo que el legislador pretende es manifestar que el derecho penal está diseñado para aquellas personas que no se pueden comportar en forma armónica con el resto de la sociedad, esta armonía de la sociedad al observar tal comportamiento se ve afectada de tal manera que reprocha el hecho, es lo que se entiende a través del órgano legislativo en el actuar de tipificar los delitos en la ley penal como una de sus atribuciones propias, claro está que la política criminal puede ser un factor de estudio que requiere de un análisis más profundo de ser el caso, pero para motivos del presente proyecto solo se tomara como factor básico el espíritu de la ley que manifiesta que se percibe la sensación de seguridad y al mismo tiempo evitar el hacinamiento de las cárceles por delitos de bagatela, o no tan reprochables.

## **La pena**

Hablar de la pena es en sí entablar la relación directa entre la teoría del delito con la finalidad del Derecho Procesal Penal, el cual es imponer una pena, es así que determinar todos estos elementos descritos es de suma importancia ya que como lo dice el Doctor Alfonso Zambrano Pasquel dice “La Teoría del delito es creada por la Dogmática Alemana con el propósito de entregar seguridad jurídica para resolver un caso concreto y además establecer una pena justa y proporcionada” (Zambrano, 2014, p. 119), en la misma forma

Marco Vinicio Chulde; Dennys David Escobar-Almeida.

hace un estudio de la pena, entendiéndose que la pena es en sí una sanción tal como lo describe el concepto de la Infracción penal y se construye rigurosamente bajo el principio de seguridad jurídica, en nuestra legislación el principio de seguridad jurídica está establecido en el artículo 82, en relación a este se puede establecer lo que se manifestaba anteriormente de que no hay pena, sin ley previa, así mismo para imponer una pena se debe tomar en cuenta las garantías básicas del artículo 76 y 77 de la misma norma suprema.

La pena es en una restricción de libertad tal como lo describe el artículo 51 del COIP, pero se debe manifestar que para la imposición de esta pena debe existir una finalidad concordante con lo que establece el artículo 52 del COIP en su primer inciso así se dice que “los fines de la pena son la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena, así como la reparación del derecho de la víctima” (COIP, 2014, p. 22), es por ende que hay que describir lo que significa la prevención general no sin antes conocer las teorías que de la pena se han manifestado:

Teoría absoluta de la pena: son aquellas que sostienen que la pena halla su justificación en sí misma, sin que pueda ser considerada como un medio para los fines ulteriores. “Absoluta” porque en esta teoría el sentido de la pena es independiente de su efecto social. (Zambrano, 2014, p. 121).

Es en base a la teoría absoluta que se pretende establecer un derecho penal del enemigo como la teoría de Günter Jakobs es por ende la manifestación del funcionalismo extremo debido a que no tiene un fin social, sino más bien pretende establecer la seguridad en base a la eliminación de lo que representa peligro.

Teoría relativa de la pena: Las teorías preventivas renuncian a ofrecer fundamentos éticos a la pena, ella será entendida como un medio para la obtención de ulteriores objetivos, como un instrumento de motivación, un remedio para impedir el delito. Para explicar su utilidad, en relación a la prevención de la criminalidad, se busca apoyo científico. (Zambrano, 2014, p. 121).

Marco Vinicio Chulde; Dennys David Escobar-Almeida.

Este es una de las teorías aplicadas por los sistemas penales garantistas, ya que con esta pena pretenden la rehabilitación del ciudadano, ya que contrario a la anterior teoría no se desconocen sus derechos con la finalidad de la seguridad, sino que más bien se respetan todos y cada uno de ellos para que sea asumido como una falta en el sistema de educación, vivienda, etc. Como justificación de su comisión de ilícito, es así que se entiende el modelo rehabilitador.

Teoría mixta o de la unión: Estas sostienen que no es posible adoptar una fundamentación desde las formas teóricas antes mencionadas, y proponen teorías multidisciplinarias que suponen una combinación de fines preventivos y retributivos e intentan configurar un sistema que recoja los efectos más positivos de cada una de las concepciones previas. (Zambrano, 2014, p. 121).

Usa la teoría de las dos antes mencionadas con el fin de producir una paz social y al mismo tiempo la satisfacción de los derechos de la persona que delinque, toda vez que el Estado como tal garantiza la promoción de la rehabilitación para un posterior reintegro de la sociedad como un ente productivo es así que surge de ella la teoría de la prevención general que se sub-clasifica en prevención general positiva y prevención general negativa, para la primera se puede decir en palabras del Doctor Zambrano Pasquel que “estas teorías ven la pena como un medio para afectar a la sociedad en general”, en cuanto a la segunda es que “la pena es un medio con el cual se busca intimidar a la sociedad para prevenir la comisión de delitos” (Zambrano, 2014, p. 124), esta prevención general en sus dos facetas puede entenderse desde la seguridad jurídica y la independencia de los órganos jurisdiccionales capaces de ejercer coerción en materia penal, es decir que todo ese aparataje sancionador hasta el momento no se separa del poder político y puede ser usado de la manera que el poder convenga realizarlo con el fin de lograr sus objetivos, un riesgo asumido por las personas a través del pacto social o contrato social en el cual se ven envueltos desde la antigüedad, es decir desde la misma concepción de Estado.



Marco Vinicio Chulde; Dennys David Escobar-Almeida.

## La presunción de inocencia

Determinar originariamente la garantía de presunción de inocencia que tiene caracteres dentro del Derecho como tal ya que se lo puede tomar como un Derecho, Principio o Garantía esto es de manera de Derecho que se compruebe la responsabilidad de la persona, como principio se lo determina como un estatus que guía el proceso penal en este caso para que no se cometan arbitrariedades legislativas en la formulación de las leyes, y como una garantía ya que funciona como mecanismo para acceder a un derecho, además la presunción de inocencia representa una composición de manera doctrinal tal como lo cita Orlando Alfonso Rodríguez Choconta de manera que menciona un principio general del proceso penal, esto es que “*omnis praesumitur bonus nisi probetur malus*, o lo que es lo mismo toda persona se presume buena a no ser que se pruebe mala” (Rodríguez, 2015, p. 69), es entonces en donde entra el proceso penal ya que es mediante este que se puede presentar la prueba.

Para motivos del presente proyecto se tomará en cuenta solamente el Procedimiento Ordinario debido a que los procedimientos especiales se los describirá brevemente por qué no se debe tomar en cuenta ya que el COIP detalla los siguientes procedimientos de conformidad a su artículo 634 como procedimientos especiales (COIP, 2014, p. 179), los procedimientos abreviado, directo, expedito, procedimiento para el ejercicio privado de la acción penal. Dicho esto, el procedimiento abreviado no es susceptible de suspensión condicional de la pena, de conformidad a la Resolución de la Corte nacional de Justicia que en su artículo único manifiesta que “En el procedimiento abreviado, la sentencia de condena a pena privativa de libertad, no es susceptible de suspensión condicional” (COIP, 2014, p. 179), en los demás procedimientos dependiendo de la naturaleza de la infracción se puede solicitar la suspensión condicional de la pena.

Marco Vinicio Chulde; Dennys David Escobar-Almeida.

## **La suspensión condicional de la pena**

La suspensión condicional de la pena en nuestro sistema penal es motivo de relevancia histórica ya que lo que anteriormente solamente derivaba en el procedimiento, ahora se lo puede realizar con la pena impuesta, es decir que, se hace con una finalidad que en las cárceles ecuatorianas es de atención urgente y es evitar el hacinamiento de las personas sentenciadas por delitos menos graves, la consideración que se realiza en la suspensión condicional es una especie de contrato de aceptación de reglas denominadas condiciones para la rehabilitación de las personas (Farfán Pinoargote & Díaz Rodríguez, 2019). es decir que se permita su rehabilitación de un manera completamente supervisada, pero que a su vez genere un resultado distinto al que la persona tuviese cumpliendo la pena en la prisión, en cuanto a las condiciones más relevantes que se tiene a observar en el presente proyecto tomando como referencia el derecho español se puede citar lo siguiente con respecto a la revocatoria y remisión del beneficio en el siguiente sentido:

Tanto la revocación como la remisión en supuestos como la condena por un hecho cometido con anterioridad a la condena condicional, que recaiga durante el plazo de suspensión. la solución de estas cuestiones dependerán ahora de la interpretación del sentido de esta institución y de la presunción de inocencia; así, sólo podrá entenderse incumplida la condición de no delinquir nuevamente si el nuevo delito se ha cometido durante la suspensión, pero no si en ese tiempo recae sentencia condenatoria por un hecho cometido antes de la suspensión de la pena y, puesto que no puede revocarse la suspensión si se cometen hechos durante su plazo que resultan condenados una vez concluido y remitida la pena. (Muñoz & Mercedes, 2014, p. 609).

Es por consiguiente a dicha relación entre la presunción de inocencia y la suspensión condicional de la pena en donde se crea la fuente de debates para la aplicación de la misma, lo que refiere a extender debates que yacen en la naturaleza más prominente de la presunción de inocencia, confrontado al aparato punitivo del Estado, teniendo en cuenta la peligrosidad y el riesgo que prevalece en la suspensión condicional como una finalidad rehabilitadora contra un principio universal que debe ser inherente del hombre

Marco Vinicio Chulde; Dennys David Escobar-Almeida.

en todo momento tomando en cuenta todos y cada una de las garantías básicas del debido proceso (Barrazueta-Carrión & Payares-Hurtado, 2020).

## REFLEXIONES DE CIERRE

Con la promulgación del COIP y su puesta en vigencia el 10 de agosto del 2014 se hace notar la lucha entre punibilidad extrema y la moderación del garantismo penal en protección del ciudadano toda vez que se pone como base la presunción de inocencia. Este proceso penal protege *contra legem* o contra la acción en forma incorrecta a la ley, y también de forma *praeter legem* es decir más allá de la ley, es decir que en ese aspecto brinda un carácter tuitivo al procesado, ya que nadie puede manifestar que en el momento de la formulación de cargos este sea culpable

La antijuridicidad penal la que hace que una conducta sea penalmente relevante al afectar un bien jurídico protegido por el Estado, a su vez esta interconectado como se lo dice en un inicio de este análisis de los elementos comunes de la infracción penal, se debe tomar en cuenta las causas de exclusión de la antijuridicidad penal estas son la legítima defensa, estado de necesidad, el cumplimiento de orden legítima de autoridad competente.

La política criminal puede ser un factor de estudio que requiere de un análisis más profundo de ser el caso, pero para motivos del presente proyecto solo se tomara como factor básico el espíritu de la ley que manifiesta que se percibe la sensación de seguridad y al mismo tiempo evitar el hacinamiento de las cárceles por delitos de bagatela, o no tan reprochables.

Es por consiguiente a dicha relación entre la presunción de inocencia y la suspensión condicional de la pena en donde se crea la fuente de debates para la aplicación de la misma, lo que refiere a extender debates que yacen en la naturaleza más prominente de la presunción de inocencia, confrontado al aparato punitivo del Estado.

Marco Vinicio Chulde; Dennys David Escobar-Almeida.

## **FINANCIAMIENTO**

No monetario.

## **AGRADECIMIENTO**

A la Universidad Regional Autónoma de Los Andes; por motivar el desarrollo de la Investigación.

## **REFERENCIAS CONSULTADAS**

- Aldana Zavala, J., & Isea, J. (2018). Derechos Humanos y Dignidad Humana. *IUSTITIA SOCIALIS*, 3(4), 8-23.
- Barrazueta-Carrión, P., & Payares-Hurtado, J. (2020). La suspensión condicional de la pena en delitos contra la Administración aduanera. *IUSTITIA SOCIALIS*, 5(8), 686-702.
- Cabré, T., Bach, C., & Martí, J. (2006). Terminología y derecho complejidad de la comunicación multilingüe. Barcelona-España: Publicaciones Jurídicas.
- Código Civil. (2016). Código Civil Ecuatoriano. Quito-Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- COFJ. (2014). COFJ. Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- COGEP. (22 de Mayo de 2015). COGEP. COGEP. Quito, Pichincha, Ecuador: CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES.
- COIP. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito-Ecuador: Corporacion de Estudios y Publicaciones.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Constitución de la República del Ecuador, 97. Montecristi, Manabí, Ecuador: CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES.
- Farfán Pinoargote, D., & Díaz Rodríguez, B. (2019). El derecho a la rebelión, el derecho a la resistencia ¿Son derechos humanos? *IUSTITIA SOCIALIS*, 4(1), 124-137. <http://dx.doi.org/10.35381/racji.v4i1.543>

Marco Vinicio Chulde; Dennys David Escobar-Almeida.

- García Falconí, R., Pérez Cruz, A., & Guevara Bárcenes, A. (2014). El proceso penal, derechos y garantías en el proceso penal (Primera ed.). Quito - Ecuador: ARA EDITORES.
- García, P. (2012). Derecho Penal, Parte General (Segunda ed.). Lima- Perú: Jurista Editores.
- Gómez, C., Álvarez, G., Romero, A., Castro, F. D., Vega, V., Comas, R., & Velázquez, M. R. (2017). La Investigación Científica y las formas de titulación. Quito-Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Hirsch, V. A., Seelmann, K., & Wohlers, W. (2012). Límites del Derecho Penal: Principios operativos, la fundamentación del castigo. México D.F: ATELIER Libros Jurídicos.
- Hoyos, I. (2015). De la Dignidad Humana y los Derechos Humanos. México D.F: EDITORIAL TEMIS S.A.
- Maxera, R. (2005). Mecanismos restaurativos en las nuevas legislaciones penales juveniles: Latinoamérica y España. Recuperado de <https://n9.cl/f30ew>
- Muñoz, F., & Mercedes, G. (2014). Derecho Penal Parte General (Octava ed.). Barcelona-España: TIRANT LO BLANCH.
- Nader, J. (2010). La responsabilidad penal del juzgador. México D.F: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Pacto de San José. (1969). Convención Americana de Derechos Humanos. San José-Costa Rica: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Pérez, A. J., & Cruz, M. (2016). La prueba y la presunción de inocencia en el código orgánico integral penAL (Primera ed.). Quito-Ecuador: Latitud Cero Editores.
- Rodríguez, O. (2015). Presunción de inocencia, Principios Universales (Tercera ed.). Bogotá-Colombia: EDICIONES DOCTRINA Y LEY LTDA.
- Roxin, C., & Poliano, M. (2013). Política Criminal y Dógmatica Penal. Lima-Perú: ARA Editores.
- Valdivieso, C. (2014). Tratado de las obligaciones y contratos. Quito - Ecuador: GRAFIMUNDO.

Marco Vinicio Chulde; Dennys David Escobar-Almeida.

Valdivieso, S. (2017). Los Procesos Penales, los Procedimientos en el Código Orgánico Integral Penal. Cuenca-Ecuador: EDICIONES CARPOL.

Vergara, B. (2015). El sistema procesal penal, código orgánico integral penal, la normativa del proceso. Quito-Ecuador: MORILLO EDITORES.

Zambrano, A. (2014). Estudio introductorio al código orgánico integral penal. Referido al libro primero. Parte general (Primera ed.). Quito-Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

©2020 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).