



Universidad del Azuay

Departamento de Postgrados

Maestría en Derecho Penal

**La criminalización del pasado judicial y la necesidad de su
reforma en el Código Orgánico Integral Penal**

**The criminalization of the judicial past and the need for its
reform in the Organic Integral Penal Code**

**Trabajo de investigación previo a la obtención del título de
magíster en derecho penal**

Autor: Christian Patricio Torres Sacoto

Email: ctorres@es.uazuay.edu.ec

Tutor: Dra. María Cristina Serrano Crespo

Cuenca - Ecuador

2020

Dedicatoria. -

A la Gloria del G:.A:.D:.U:.

Agradecimientos. -

Quiero agradecer a mis padres por inculcar el valor de la preparación y el estudio perene en la profesión que escogí para mi vida. También a mi esposa por la paciencia y comprensión en esta formación; y por ultimo a mis profesores por las enseñanzas inculcadas durante este tiempo.

Tabla de Contenidos. -

Dedicatoria. -	II
Agradecimientos. -.....	III
Tabla de Contenidos. -.....	IV
RESUMEN	5
ABSTARCT	5
Introducción:.....	7
Metodología:.....	8
Resultados:	9
1. Principios Constitucionales:	9
2. La Pena:	13
3. Pasado Judicial	17
4. La Flagrancia:	20
5. Las Agravantes de la Pena.....	23
Discusión y Conclusiones:	27
Bibliografía.....	30

RESUMEN

El incremento de la delincuencia ha hecho que la ciudadanía reclame a los gobernantes una mayor seguridad y eficacia en la administración de justicia con las personas que han sido detenidas; esto ha llevado a que el legislador de una respuesta de criminología mediática para dar satisfacción a dicho pedido mediante la implementación de circunstancias agravantes de la pena como la del numeral 20 del artículo 47 del Código Orgánico Integral Penal que menciona “*Registrar la o el autor una o más aprehensiones previstas en delito flagrante calificado, cuando se trate del mismo delito o atente contra el mismo bien jurídico protegido*”; es decir que una persona podrá sufrir un incremento de su pena por el hecho de haber sido detenido por la misma causa anteriormente sin la necesidad de haber recibido sentencia condenatoria en aquella ocasión; circunstancia distinta a la figura de la reincidencia.

El presente trabajo investigativo estudiará si existe una vulneración de derechos constitucionales, pues la calificación de flagrancia es un hecho que se limita al control de las circunstancias específicas de la infracción y a la lectura y respeto de los derechos fundamentales de la persona aprendida sin existir un rompimiento de la presunción de inocencia ya que no estamos frente a lo dispuesto en el art. 76 numeral 2 de la Constitución de la República. Es por ello que resultará indispensable analizar la reincidencia y su aplicación, pues se observará que la inclusión de esta nueva agravante se trata de una respuesta a la presión mediática generada, es decir se trata de un populismo penal.

Palabras Clave: Pasado Judicial, Presunción de Inocencia, Discriminación, reincidencia, populismo penal.

ABSTARCT

The increase in crime has resulted in citizens demanding from officials greater security and efficiency in the administration of justice to the people who have been arrested. This has led the legislator to give a mediatic criminology response to satisfy said request by implementing aggravating circumstances of the penalty such as that of paragraph 20 of article 47 of the Comprehensive Organic Criminal Code that mentions “*Register the*

author one or more apprehensions provided by flagrant offense, in the case of the same crime or attempt against the same protected legal asset.” In other words, a person may suffer an increase in his/her sentence due to the fact of having been detained for the same cause previously without having received a conviction on that occasion; a circumstance different from the figure of recidivism.

This investigative work studied whether there is a violation of constitutional rights since the qualification of flagrant offense is a fact that is limited to the control of the specific circumstances of the offense, the reading, and respect of the fundamental rights of the apprehended person without breaching the presumption of innocence since we are not facing the provisions of art. 76 numeral 2 of the Constitution of the Republic. That is why it is essential to analyze recidivism and its application since it was observed that the inclusion of this new aggravation is a response to the pressure generated by the media, which means, it is criminal populism.

KEYWORDS: judicial past, presumption of innocence, discrimination, recidivism, criminal populism



Translated by

CHRISTIAN PATRICIO TORRES SACOTO

Introducción:

La criminalización del pasado judicial se ha encontrado a lo largo de la historia jurídica mundial, incluso desde la época del Derecho Romano esta figura jurídica tenía una importancia al momento de aplicar la condena o pena en ciertos delitos durante la expansión del imperio (Gonzales, 1998); sin embargo a medida que iba evolucionando la humanidad y cada cultura iba desarrollando la aplicación de las condenas en sus diferentes formas de gobierno la reincidencia no era característica de ello, esto se debió gracias a la implementación de la pena capital que sabía imponerse a los delincuentes (Grosso Galvan, 1983).

En el Ecuador la reincidencia de la conducta delictiva ha existido desde la creación del primer cuerpo normativo en materia penal, esto data del año de 1837 y no ha desaparecido en ninguna reforma incluyendo la promulgación del Código Orgánico Integral Penal; sin embargo su última reforma agudizó más esta criminalización pues ahora se intenta agravar la pena de aquella persona que haya afrontado una detención legal con anterioridad sin necesidad de haber obtenido una sentencia condenatoria, lo que quiere decir que se violenta la presunción de inocencia así como el principio de igualdad y no discriminación consagrado en la Carta Magna.

En este contexto, es necesario realizar el estudio de si el artículo 47 numeral 20 constituye una criminalización del pasado judicial. Uno de los aspectos claves de este trabajo investigativo es demostrar cómo se criminaliza de forma directa a la persona que aun siendo inocente de su anterior detención podría agravar su pena en la sentencia y su violación directa de la presunción de inocencia, entendida esta como un derecho de carácter constitucional que implica que toda persona en la que está involucrada en un proceso debe ser considerada como inocente a todos los efectos hasta tanto no sea declarada su culpabilidad en sentencia judicial firme; (Barrientos , s.f.)

Quizás la agravante del Art. 47 numeral 20 del Código Orgánico Integral Penal sea una respuesta a la presión social por el incremento de la delincuencia, y para verificar aquello es necesario examinar lo que es una agravante de la pena y por ende las existentes en el cuerpo normativo penal ecuatoriano. Con esto se evidenciará al final que una detención

que no terminó en una sentencia condenatoria no genera una lesión o vulneración de bienes jurídicos tutelados para que se tenga dicha calificación, por lo que es importante el preguntarnos como se puede considerar una agravante para la imposición de la pena en lo futuro cuando ni siquiera la administración de justicia le ha considerado como responsable y jamás perdió el status de inocencia.

De acuerdo con los antecedentes señalados en la presente investigación sobre la implementación de esta nueva norma jurídica se plantea como problema ¿existe una nueva criminalización del pasado judicial en la que se está violentando la presunción de inocencia? Por lo expuesto, el objetivo general consiste demostrar que la aplicación de la agravante del numeral 20 del art. 47 del Código Orgánico Integral Penal, criminaliza el pasado judicial de la persona procesada y vulnera derechos fundamentales, puntualmente la presunción de inocencia.

Trataremos que al finalizar este trabajo investigativo, se persuade a que la administración de justicia a través del juzgador para que pueda tener una visión más adecuada sobre las condiciones y la forma de cómo se encuentra redactada e incorporada esta norma, para recomendar una reforma inmediata con la derogatoria de la misma.

Metodología:

El presente trabajo investigativo está enfocado en determinar la criminalización del pasado judicial y la necesidad de una reforma en el Código Orgánico Integral Penal, es por ello que he visto necesario el reconocer y aplicar métodos y técnicas de investigación jurídica.

Por la razón de investigación antes descrita, es que en el presente estudio se recurrirá a una metodología mixta en el que se incluirá los métodos exploratorio y explicativo pues esclareceré la relación de causa y efecto que comprende el fenómeno estudiado y se determinará las variables que dan a lugar a la ocurrencia del mismo; también se podrá realizar un primer acercamiento a un problema de actualidad en la implementación de una agravante en el sistema penal ecuatoriano; además se tendrá también como soportes auxiliares la metodología inductiva y deductiva, para de esta manera extraer conclusiones lógicas y validas a partir de un conjunto dado de premisas o proposiciones, siempre

buscando llegar de lo particular a lo general para construir premisas generales que puedan servirles de sustento o de explicación a las conclusiones advenidas.

También para este trabajo se utilizará técnicas cualitativas como la revisión bibliográfica, revisión de casos; sin embargo, este trabajo tuvo énfasis en el método cualitativo, ya que se revisaron evolución histórica, conceptos y doctrina con el que se justificó este trabajo.

En este trabajo se comenzará con una revisión de los principios constitucionales que toda persona tiene al momento de afrontar un proceso penal, en especial el de igualdad, no discriminación y presunción de inocencia, principios que dan lugar a un Estado Constitucional de Derechos. Posteriormente revisaremos mediante la utilización del método histórico – lógico la pena en general, como también su función, más adelante revisaremos aquellas penas por no delitos y su proporcionalidad entre el delito y pena.

La aplicación del método deductivo – inductivo servirá para explicar el pasado judicial desde la sentencia, su criminalización, los antecedentes penales y la reincidencia, para finalmente explicar la flagrancia delictiva y la utilización de las agravantes de la pena por parte del órgano fiscal para solicitar la imposición de una pena agravada, explicadas desde una metodología explicativa – exploratoria ya que nos ayudara a comprender la razón de la expedición de la norma y su necesidad de conservación.

Resultados:

1. Principios Constitucionales:

El Ecuador es un Estado que contempla a la Constitución como la norma suprema dentro de su ordenamiento jurídico, la cual nos entrega las garantías para el establecimiento de un sistema procesal penal que obliga al respeto de los Derechos Humanos y sobretodo establece los principios por los cuales se ha de regir su aplicación dentro del sistema judicial. Cuando una persona afronta un proceso penal, se encuentra frente a un Juez, profesional del derecho que cumple un rol social encargado de aplicar las normas con un criterio objetivo, pues sobre sus hombros recaerá la responsabilidad de la resolver esa disputa entre la persona procesada y el estado que lo acusa.

Es de tal importancia el reconocimiento de garantías y principios que todo ciudadano tiene frente a la administración judicial, tanto así que los principios procesales se encuentran en lo concerniente a los derechos fundamentales de las personas y que se

procura proteger en todo momento el bienestar y seguridad personal (Sotomayor Rodríguez, 2016). Los principios como la inmediación, publicidad, celeridad entre otros robustecerán a que el proceso penal tenga una garantía de seguridad y que la ciudadanía confíe de la transparencia de la forma como se administra justicia; pero fundamentalmente los derechos del procesado, de aquella persona que afronta a todo el aparato judicial tenga esa garantía de protección mediante una visión de igualdad, sin discriminación alguna y con el apego irrevocable a mantener la presunción de inocencia, principios constitucionales que son fundamentales para evitar una criminalización del pasado judicial y más aún cuando se trata de una persona que es recurrente a las instalaciones judiciales en calidad de detenido su pasado judicial juega un papel fundamental.

El principio de igualdad en ordenamiento jurídico interno se encuentra establecido en el art. 11 numeral 2 de la Constitución, norma que reconoce a todas las personas como iguales y que gozaran de las mismas oportunidades, deberes y derechos.¹; en esta definición lo que ha buscado el legislador es reconocer la igualdad formal, la igualdad material y la prohibición de discriminación lo que genera en el reconocimiento del capitulo sexto de la Constitución en el art. 66 numeral 4² cuando plasma aquella situación de forma taxativa, logrando con esta premisa constitucional que el principio de igualdad entre de forma dominante a todas las entidades de la vida del ser humano, efectuando la aceptación del ser humano como tal sin distinciones de ninguna naturaleza.

Sin embargo en un proceso entre partes como es el proceso penal, no puede admitirse supremacía de ninguna de ellas, se deberá dar a las mismas una igualdad en todo momento procesal; es por ello que nuevamente volvemos a encontrar que el principio de Igualdad se encuentra reconocido en la Constitución de la República en el art. 76 numeral 7 literal C cuando manifiesta "... Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones...", y este representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado constitucional (Bernal Pulido, 2006), ya que este es el principio le impone al Estado el deber de tratar a todos sus ciudadanos de una forma equitativa tanto en la distribución de derechos como en la imposición de deberes y obligaciones.

¹ Art. 11 numeral 2.- Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

² Art. 66 numeral 4.- Derecho a la igualdad forma, igualdad material y no discriminación.

Para Guillermo Cabanellas, el principio de igualdad en materia procesal refiere al igual trato e iguales oportunidades en cuanto a derechos y obligaciones, siendo una definición acertada e incluso considerando que el principio de igualdad de cierta manera prohíbe al legislador hacer discriminaciones entre los ciudadanos a partir del sexo, la raza, la lengua, la religión, las opiniones políticas, las condiciones personales y sociales (Zavala Baquerizo, 2005).

Este principio sin duda es aquel que da la posibilidad al ciudadano a exigir esa garantía de trato idéntico para todos ante la ley y sobre todo ante el Estado a través de sus representantes; en este caso el juez debe observar con la misma balanza a aquella persona que ha tenido detenciones anteriores como aquella que no, porque ambas gozan de esa igualdad; este parámetro es la base para evitar la discriminación por un pasado judicial que una persona pueda tener por haber tenido detenciones anteriores como lo prevé el art. 47 numeral 20 del Código Orgánico Integral Penal o por haber recibido sentencias condenatorias anteriores, circunstancia que prohíbe la Constitución de la República en su art. 11 numeral 2 cuando es claro en establecer la prohibición de discriminación por esta circunstancia.

La no discriminación ha sido una garantía que va de la mano con el principio de igualdad, a esta la podemos entender como el acto de hacer una distinción, segregación o calificación distinta que vaya en contra de reconocer la igualdad de oportunidades que una persona pueda tener frente a ley. Es por esta razón que el Estado ecuatoriano en el mismo Art. 11 numeral 2 inciso segundo³ de la Constitución de la República prevé la utilización de acciones afirmativas o discriminación positiva, en la búsqueda de reducción de esta brecha de desigualdad social histórica existente para los grupos o sectores sociales que han sufrido discriminación o segregación tratando de buscar esa igualdad de oportunidades que se debería plasmar para todos, incluso tal como lo sostiene el art. 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁴, esto en consideración de que la Constitución de nuestro país permite una consideración supraconstitucional de los Tratados Internacionales en materia de Derechos

³ Art. 11 numeral 2 inciso segundo.- "... El Estado adoptara medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad"

⁴ Art. 14.- El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

Humanos. Sin embargo también es de importancia el destacar que no toda diferenciación constituye discriminación, ya que la propia norma mediante un precepto legal ha detectado excepciones como es la figura de la reincidencia debidamente justificada, demostrada de forma objetiva y razonable ante el juez para una imposición de la pena.

El ordenamiento jurídico prevé también una condición de presunción de inocencia para que el ciudadano pueda afrontar un proceso penal sin tener la necesidad de demostrar su inocencia sino más bien sucede lo contrario, siendo el Estado a través de su representante que es el fiscal desvirtuó ese estatus; además la presunción de inocencia es otro de los principios integradores del debido proceso penal y se encuentra consagrado en el art. 76 numeral 2⁵ de la Constitución así como también en el art. 4 del Código Orgánico Integral Penal⁶, ya que esta al ser una garantía constitucional que incluso se encuentra fortalecida en tratados de Derechos Humanos que el Ecuador ha ratificado de forma oportuna hace que ninguna persona sea considerada autora de ese hecho delictivo salvo que reciba una sentencia condenatoria.

Es por ello que el principio de la presunción de inocencia es una presunción iuris tantum o legal, en otras palabras no es absoluta, puesto que después de haber recurrido el proceso judicial y si las pruebas de cargo son lo suficientemente contundentes podrán destruir y desvirtuar ese estatus, aunque es de suma importancia recalcar que no va a quedar desvirtuado el status de inocente de forma definitiva sino hasta cuando se dicte la sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada (Bernal Pulido, 2006).

Este principio al ser un principio básico en el ámbito del Derecho Penal, doctrinariamente se le atribuye a Beccaria, y desde ahí ha sido recogido por Tratados y convenciones tal como lo he señalado en líneas anteriores, siendo este principio el baluarte de la libertad de las personas para poner resistencia a los atropellos de la libertad y con ello cumplir con la seguridad jurídica que se encuentra consagrada en la Constitución. (Sotomayor Rodríguez, 2016),

Cuando hablamos de esa seguridad jurídica nos referimos a la razón de ser de la presunción de inocencia, ya que esto garantiza a toda persona que no será sentenciada sin que existan las pruebas suficientes que destruyan esa presunción mediante una sentencia

⁵ Art. 76 numeral 2.- Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución en firme o sentencia ejecutoriada.

⁶ Art. 4.- Todo procesado es inocente, hasta que en la sentencia ejecutoriada se lo declare culpable.

debidamente ejecutoriada por el ministerio de ley; con esto se garantiza en el Ecuador el modelo procesal penal garantista y constitucionalista.

Por último, uno de los aspectos más importantes de este principio de inocencia es que en la parte práctica cobra una singular importancia, frente a la configuración de las medidas coercitivas sobre todo en lo que representa la detención de la persona, ya que el principio de inocencia hace que esa prisión preventiva o detención tenga un carácter de excepcional, ya que estaría simulando la pena más clásica que es la privación de la libertad aun siendo inocente aunque se encuentre afrontando un proceso penal (Caro Coria, 2018).

2. La Pena:

Cuando un proceso penal llega a su culminación el juzgador está en la obligación de emitir un fallo y aplicar una pena a quien se le hallase autor o responsable de un injusto penal, principalmente luego de formarse un criterio con convencimiento en base del análisis de todas las pruebas existentes en el proceso, evidenciándose el nexo causal de la existencia de la infracción con la responsabilidad de la persona procesada. Esta persona sentenciada deberá responder por la pena siempre y cuando esta sentencia se encuentre debidamente ejecutoriada por el ministerio de ley.

El Código Orgánico Integral Penal prevé una clasificación de la infracción penal en delitos y contravenciones, en este caso los delitos siempre llevan consigo penas privativas de libertad mientras que las contravenciones pueden ser penas privativas de libertad como también no privativas.

La pena al ser una sanción, debe estar necesariamente preestablecida en el marco normativo para poder ser impuesta a una persona que ha recibido una sentencia por haber lesionado un bien jurídico protegido, esto en razón del principio no hay pena, no hay crimen sin una ley previa.

De acuerdo a Alfonso Reyes la pena se puede definir como la supresión o coartación de un derecho personal que el Estado impone por medio de su rama jurisdiccional a sujeto imputable que ha sido declarado responsable de hecho punible. (Reyes Echandia, 1996).

La pena que existe en el ordenamiento jurídico penal tiene una finalidad de aplicar un castigo a la persona que ha trasgredido la norma, pero también de cierta manera cumple

la función de carácter preventiva a través del poder punitivo estatal para que el ciudadano al saber sobre la existencia de esta represión se abstenga de cometer el ilícito evitando la vulneración de los bienes jurídicos protegidos.

Para Francisco Muñoz Conde la finalidad de la pena siempre ha generado una discusión, sin embargo ha sido en los últimos tiempos que esta discusión ha tomado fuerza, visualizándose claramente dos posturas entre aquellos que defienden la finalidad de la pena desde el punto de vista de teorías absolutas y teorías preventivas. (Muñoz Conde & Hassemer, 1989).

El Código Orgánico Integral Penal en su art. 52⁷ nos habla sobre la finalidad de la pena aplicada a nuestro ordenamiento jurídico, en este caso el Ecuador es un fiel seguidor de las teorías preventivas, es decir la pena busca a) La reeducación y la reinserción social; b) la finalidad preventivo especial, c) la prevención general buscando la pena proporcionada, d) dignidad de la persona sentenciada (García Falconí, 2014); en otras palabras esta norma hace referencia tanto a un carácter preventivo general como especial que no es más que buscar esa reforma a la persona sentenciada y su desarrollo integral evitando un deterioro físico y psicológico del individuo, por esa razón es que el mismo cuerpo normativo prevé soluciones para evitar el reclutamiento del ciudadano en un centro como la suspensión condicional de la pena.

Es un hecho que las penas se las imponen a quienes cometieron delitos y por el delito que se cometió; sin embargo la sociedad exige que el poder punitivo siempre vaya más allá y que aplique penas por conductas que no necesariamente deben ser penadas o que se castigue a personas que con su accionar causan un malestar aunque no hubiese cometido ningún delito o que quizás ese delito cometido ya fue penado, pero es la sociedad que exige que la pena sea completamente draconiana sin considerar la proporcionalidad que debe existir.

Cuando el legislador crea las leyes penales penas, estas deben ser creadas en la medida que se van generando las conductas delictivas y que se cometan los delitos; y no por el hecho de que exista el populismo penal se pueda complacer a todas aquellas personas que

⁷ Art. 52.- 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.

En ningún caso la pena tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales.

claman por justicia, sino lo correcto es que el Estado debe crear normas en razón de la necesidad de protección de la sociedad.

Cuando hablamos de populismo penal nos referimos a esa exploración de popularidad a través de normas penales que, aunque aclamadas por el pueblo, no son técnicas ni tampoco son la respuesta para resolver los problemas delincuenciales de la sociedad, buscando únicamente el respaldo general para una siguiente contienda electoral.

Es por ello que decimos que el Derecho Penal necesariamente debe ser de última ratio y no puede ser considerado como el único mecanismo de control social, ya que pese a tener normas que han satisfecho el súplica popular no han resuelto el problema intrínseco de seguridad ciudadana; más bien se ha generado determinados elementos de desproporcionalidad e irracionalidad en proponer penas incomprensibles y severas para buscar esa sociedad justa.

La irracionalidad de las penas acompañadas de la proliferación de calificación de conductas por el legislador que han visto incrementadas en el Código Penal, ha provocado que el sistema penitenciario se vea asechado por la masiva concurrencia de ciudadanos que han quebrantado dichas normas, sin tener la necesidad de que la prisión preventiva sea la respuesta ideal al hecho que la administración de justicia resolvió o que se encuentre aun investigando. En el Ecuador el sistema penitenciario está compuesto de Centros de Rehabilitación Social de máxima, mediana y mínima seguridad, sin embargo con el hacinamiento existente se ha provocado que la rehabilitación que se deba dar no sea efectiva por razones diversas como es la falta de personal penitenciario, recursos estatales para la generación de talleres o simplemente el acompañamiento psicológico adecuado para los privados de libertad; empero de esto el ordenamiento jurídico de reinserción social de la persona sentenciada a generado un trámite único para que la persona pueda salir bajo palabra y supervisión, me refiero al trámite semiabierto y abierto mismos que se encuentran contemplados en el Código Orgánico Integral Penal y que de una manera paulatina Defensoría Pública Nacional, institución que se encuentra liderando los procesos de beneficios penitenciarios para que estas personas que se encuentran cumpliendo penas privativas de libertad puedan reintegrarse a la sociedad con la aplicación del beneficio, con esto se trata de hacer frente a esa irracionalidad de proporcionalidad de penas que han llevado al hacinamiento carcelario.

Cuando esa regulación de las penas se realiza, no son más que esas expresiones del pacto social generado entre la sociedad y el Estado para regular esa convivencia, pero esta regulación deberá siempre responder a una correcta proporcionalidad entre el delito y su pena. La proporcionalidad entre el delito y la pena está recogido como principio constitucional en el art. 76 numeral 6⁸ de la Constitución ecuatoriana, en el que se establece esa imparcialidad que debe de existir entre el hecho consumado y el reproche estatal manifestado por la pena.

Al hablar del principio de proporcionalidad, nos referimos a esa idea de evitar una utilización desmedida de las sanciones que conllevan una privación o una restricción de la libertad, es por ello que se realiza un análisis de por parte del juzgador al momento de resolver un caso determinado, donde deberá aplicar la proporcionalidad bajando la pena en base al análisis de atenuantes o las agravantes lógicamente tomando en cuenta la clase del delito que se sanciona y si compromete o no los intereses del Estado.

Ya Beccaria hizo referencia a la proporcionalidad en el orden punitivo en su obra *De los delitos y las penas*, en la que propugnaba que la “pena proporcional a la culpabilidad era la única pena útil” (Perello Domenech, 1997).

Nosotros debemos de saber que el principio de proporcionalidad se rige en un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal en el momento en que existe el interés de la sociedad en imponer una medida que sea adecuada para la represión y prevención de los comportamientos delictivos como también la eficacia de una garantía consistente en que no sufrirá un castigo que exceda el límite del mal causado además de que se tendrá que explicar y fundamentar por parte del juez los motivos por los cuales se fija la sanción correspondiente; en otras palabras, estamos frente a una minimización del ejercicio del *ius puniendi* dando como resultado una justa medida de la pena configurándose como un principio rector del sistema penal, hecho que lo es explicado en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Masacre de la Rochela vs Colombia*⁹.

⁸ Art. 76 numeral 6 “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”

⁹ Sentencia que en el capítulo Fondo, Reparaciones y Costas expuso: En cuanto al referido principio de proporcionalidad de la penal, la Corte estima oportuno resaltar que la respuesta de que el fondo atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos.

3. Pasado Judicial

La persona que afronta un proceso penal se encuentra con la angustia de recibir una sentencia condenatoria y por ende la posibilidad de tener luego de recibir ese fallo judicial el estigma de tener un antecedente judicial en el caso de que este resultara culpable del reproche acusado por Fiscalía General del Estado, sentencia que deberá ser debidamente ejecutoriada.

De acuerdo al Diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas a la sentencia se la puede entender como esa resolución que pronuncia el organismo para resolver el fondo de un litigio, lo que significa la terminación del proceso. Dicho de otra forma, nos referimos a esa decisión jurisdiccional frente a los hechos o teorías planteadas por los sujetos procesales; en nuestro ordenamiento jurídico penal se prevé dos fases o momentos en los que se da esta resolución para poner fin al proceso penal, en primera instancia tenemos la decisión judicial de forma oral en la que el juzgador deberá hacer referencia a los hechos plasmados por la acusación como por la defensa con la determinación de la existencia de la infracción y la individualización de la responsabilidad penal, y por último el tiempo de la pena en el caso de sentenciar al individuo, pero si se tratara de una ratificatoria de inocencia se dispondrá la inmediata libertad en el caso de que se encontrara privado de la misma; ahora luego de pronunciarse de forma oral el tribunal o el juzgador deberá continuar con la segunda fase de esta sentencia, esta es la reducción a escrito de toda su decisión con la debida motivación en donde incluirá los mecanismos de la reparación del daño causado.

En otras palabras la sentencia debe estar formulada y desarrollada en base a la normativa existente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, justificando la pena en la normativa penal (principio de legalidad), debidamente probado y sin irrespeto a los derechos constitucionales, ya que si la sentencia no se ajusta a estas garantías; el tribunal en su caso debe abstenerse de emitir una sentencia condenatoria, ratificando el status de inocencia de la persona procesada.

La sentencia puede ser de dos clases: absolutoria y la otra condenatoria, en el segundo de los presupuestos es cuando el individuo luego de recibir sentencia, el sistema judicial crea sus antecedentes penales o pasado judicial pero para poder llegar a esta circunstancia la sentencia deberá tener carácter de firmeza, es decir se debe establecer la ejecutoriedad de la misma y esta se logra siempre y cuando no se haya interpuesto recurso alguno a la

decisión judicial o que a su vez se haya agotado todos los recursos previstos en el ordenamiento interno del país.

Cuando las personas llegan a tener una sentencia condenatoria en firme, es cuando nuestro ordenamiento jurídico considera como un antecedente penal, estos antecedentes penales se encuentran registrados por los miembros de la Policía Judicial del Ecuador, quienes a través de un sistema integrado pueden observar con claridad si es que algún ciudadano tiene a su haber un antecedente penal.

Es importante distinguir entre el record policial y los antecedentes penales ya que son conceptos que frecuentemente se confunden; el concepto de record policial va a ser difícilmente encontrado debido a que no se trata más que de una denominación utilizada únicamente en nuestro país, para referirnos al documento que registra las detenciones de un ciudadano que han cometido un delito o contravención, registro que se encuentra a cargo de la Policía Judicial en su archivo general; sin embargo este término se origina en el Decreto Ejecutivo 198-I publicado en el Registro Oficial No. 510 de 12 de marzo de 1974, donde se reglamenta la expedición del Certificado de Antecedentes Personales, denominación que se la coloca como sinónimo de record policial.

Para tener una mayor comprensión de lo que se ha señalado en líneas anteriores, se debería tener consideración lo que sostiene Marco Díaz, quien al referirse sobre los antecedentes penales sostiene que son los datos que constan en un registro oficial de delincuentes, en el que se aprecia los nombres de los autores, los delitos y su fecha de realización con la ubicación del expediente y el tribunal donde se le sentenció, lo que le permitiría al juzgador catalogar al individuo la peligrosidad como su calidad de reincidente. (Díaz de Leon, 2004)

En resumen, cuando nos referimos al antecedente penal debemos considerar la existencia necesariamente de una sentencia en la que se declare la culpabilidad de un ciudadano, mientras que el record policial hace constancia de todas las detenciones sean por delitos o contravenciones que un ciudadano pudo haber tenido aun así no haya recibido sentencia condenatoria, obligando al ciudadano a observar como su nombre permanece como una mancha en esos archivos por algo que quizás ni siquiera cometió ya que no ha sido sentenciado o que fue absuelto; sin embargo el record policial es un documento que en la práctica es exigido por instituciones tanto públicas como privadas por lo general como requisito previo para la obtención de un puesto de trabajo, lo que demostraría la importancia de éste documento en nuestra sociedad.

El documento de antecedentes penales aparte de tener la importancia y relevancia social de señalar las sentencias que la persona ha recibido, toma importancia jurídica cuando es presentado por parte de Fiscalía cuando desea argumentar sobre la reincidencia de la persona con el objetivo de alcanzar una pena mucho más alta. Ahora bien en el Ecuador desde la creación de la República ha existido una forma legal y reconocida de considerar el pasado judicial como parte fundamental para saber imponer la pena y es justamente la reincidencia.

En el Código Orgánico Integral Penal la reincidencia aparece en el artículo 57¹⁰ y esta se le aplica para quienes cometan un nuevo delito y que este se trate de la misma infracción o que atente contra el mismo bien jurídico coincidiendo en los elementos de dolo o culpa. Cuando se llega a comprobar la reincidencia esta tiene el efecto de agravar la pena privativa de libertad del procesado; según la normativa interna debería imponerse la pena máxima prevista en el tipo penal aumentada en un tercio.

El Diccionario de la Real Academia de la lengua española menciona que la reincidencia es una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, que consiste en haber sido el reo condenado antes por un delito análogo al que se le imputa; si bien esta definición es general, pero es una definición que va apegada a lo que la legislación ecuatoriana prevé en su ordenamiento, y que se aplica cuando el cometimiento del nuevo delito es de la misma naturaleza por el cual fue sentenciado.

El mexicano Luis García al hablar sobre la reincidencia, este menciona que es demostrativa de que el autor del ilícito ha obrado con una mayor culpabilidad al cometer el segundo hecho delictivo, y esta la razón por la que se hace acreedor a un mayor reproche. En base a este pensamiento se genera la idea de que el reincidente pese a que ya ha soportado una pena por el delito que se le sentenció, al cometer un nuevo delito de la misma naturaleza demuestra su inconsciencia a la pena anteriormente cumplida, lo que lo hace más culpable. (García, 2005)

S bien la reincidencia es una figura aceptada dentro del ordenamiento jurídico existiendo posiciones dogmáticas como la de Carrara quien manifiesta que el fundamento de la reincidencia como agravante de pena se hallaría en la insuficiencia de la pena impuesta por el delito anterior (Carrara, 1991); o también la teoría moderna del Derecho Penal

¹⁰ Art. 57.- La reincidencia solo procederá cuando se trate de la misma infracción penal o se haya atentado contra el mismo bien jurídico protegido en cuyo caso deberán coincidir los mismos elementos de dolo o culpa.

español que sostiene que la agravante de reincidencia se fundamenta en una mayor gravedad de la culpabilidad como un desprecio mayor a los bienes jurídicos que los vuelve a lesionar (Alonso Alamo, 1982); no es menos cierto que también se ha criminalizado el pasado judicial aprovechando esta figura, pues una persona que haya recibido una sentencia, es como una especie de pena de por vida, que sigue a la persona en todos sus actos y que se activa al momento de cometerse un nuevo delito, además de una estigmatización social propia de quien ha sido condenado por una causa penal, es por ello que coincide con lo manifestado por García Falconí cuando habla que en el Ecuador con esta figura se mantiene el criterio de derecho penal de autor (García Falconí, 2014), hecho que se hace efectivo con el cometimiento del nuevo delito y no del acto.

A la reincidencia se la puede clasificar en una reincidencia genérica y una reincidencia específica; cuando nos encontramos frente a la primera forma de reincidencia es decir la genérica es cuando el nuevo delito es de diferente naturaleza por el cual fue sentenciado con anterioridad; mientras que la reincidencia específica se da cuando el nuevo delito cometido es idéntico o análogo a aquel por el que fue condenado anteriormente. (Cerezo Mir, 2006).

4. La Flagrancia:

Existen algunas formas de comenzar un proceso penal, sin embargo dos de ellas son las más comunes, la primera es por la presentación de una denuncia directamente en fiscalía para que se empiece de forma inmediata con la investigación de los hechos denunciados y posterior formulación de cargos; y la segunda es por medio de una detención en flagrancia delictual.

Al referirnos por flagrancia debemos considerar que etimológicamente proviene del latín *Flagar*, que significa resplandecer, quemar o arder; empero de ello para poder definir de forma correcta coincidiremos con lo manifestado por Guillermo Cabanellas quien sostiene que al referirnos al delito flagrante nos hace alusión de que se trata de aquel acto que se está ejecutando en el momento actual. Se aplica sobre todo a los hechos punibles en que el autor es sorprendido antes de huir, ocultarse o desaparecer del lugar de los hechos. (Cabanellas, 2010). En otras palabras, lo que se estaría tratando de describir es que la Policía pueda tener conocimiento del hecho ilícito al momento de la perpetuación del

mismo no por una investigación previa sino porque pueden percibir de forma directa el mismo evitando la fuga del autor.

En nuestro ordenamiento jurídico la flagrancia no ha tenido mayor cambio desde su implementación e incluso no ha sido sujeto de reformas que permitan un cambio considerable; en el Código Orgánico Integral Penal se encuentra en el artículo 527¹¹, el cual detalla una definición bien parecida a la expuesta por Cabanellas en líneas anteriores, empero la definición legal del cuerpo normativo también nos da una explicación detallada del procedimiento de aprehensión y nos da cuatro puntos importantes a considerar, el primero que el delito puede ser cometido en presencia de una o más personas, segundo que es delito flagrante cuando se descubre después de su inmediata realización, el tercer punto es delito flagrante siempre y cuando exista persecución ininterrumpida después de su cometimiento pero esta persecución no puede pasar de las veinticuatro horas y el último de los puntos es cuando establece que también existirá flagrancia cuando se encuentre con instrumentos o bienes producto del ilícito.

Estos cuatro puntos que son importantes, se podrían transformar en requisitos inherentes a la figura de la flagrancia, ya que sin la presencia de algunos de los puntos que fueron descritos anteriormente no podríamos discutir que nos encontremos frente a una flagrancia delictiva. Además debemos recordar que al cumplimiento de estos requisitos los agentes de la Policía Nacional podrán allanar un lugar privado, sin la necesidad de una orden previa emitida por la autoridad jurisdiccional; sin embargo una vez allanado aquel lugar los agentes del orden deberán respetar los derechos constitucionales de la persona aprehendida.

La detención de un ciudadano que ha cometido o se ha visto involucrado en un delito flagrante, también se encuentra regulado dentro de nuestro cuerpo normativo interno y de una forma detallada en el art. 526¹² del Código Orgánico Integral Penal, donde se aprecia

¹¹ Art. 527.- Se entiende que se encuentra en situación de flagrancia, la persona que comete el delito en presencia de una o más personas o cuando se la descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que exista una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la aprehensión, asimismo cuando se encuentre con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos a la infracción recién cometida.

No se podrá alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de veinticuatro horas entre la comisión de la infracción y la aprehensión.

¹² Art. 526.- Cualquier persona podrá aprehender a quien sea sorprendido en delito flagrante de ejercicio público y entregarlo de inmediato a la Policía Nacional.

Las y los servidores de la Policía Nacional, del organismo competente en materia de tránsito o miembros de las Fuerzas Armadas, deberán aprehender a quienes sorprendan en delitos flagrantes e informales los motivos de su aprehensión. En este último caso deberán entregarlos de inmediato a la Policía Nacional.

a detalle los requisitos que son necesarios para poder cumplir con la aprehensión de un ciudadano, siendo el primero de ellos que cualquier persona podrá aprehender a quien cometiera el hecho ilícito pero deberá de entregarlos de forma inmediata al cuerpo policial, el segundo nos habla de que cuando los agentes de tránsito o miembros del ejército sean quienes proceden con la detención, deberán indicar las razones por las cuales se les está aprehendiendo y entregar de forma inmediata a la Policía Nacional. En estos dos puntos podemos notar una diferencia sustancial y es que solo cuando se trate de personas de un organismo de control deberán dar a conocer los motivos mientras que el ciudadano común no; y el tercer de los puntos importantes se trata de la posibilidad de ingresar a cualquier lugar, circunstancia que ya denote en líneas anteriores, pero que es importante volverlo a hacer nuevamente porque esta es la excepción constitucional que se da a la violación de domicilio de un ciudadano, y el fundamento legal se encuentra precisamente en esta norma.

Una vez que se llega a detener a la persona que se le considera como presunta autora del hecho ilícito, el agente de la Policía Nacional que se encuentra en custodia de la persona aprehendida tiene la obligación, además de darle a conocer sus derechos constitucionales, de poner en conocimiento sobre su aprehensión a la autoridad competente quien en un plazo no más allá de veinticuatro horas deberá convocar a la audiencia de calificación de flagrancia.

Cuando el hecho punible es de aquellos que tiene una calificación de tipo contravencional, el juez conocerá de forma directa su detención; pero cuando la infracción constituye un delito será presentado a fiscalía para las respectivas diligencias quien notificará de la detención a la Defensoría Pública para que ésta delegue a un Defensor Público a que asuma la defensa de la persona detenida; inmediatamente después el ciudadano será puesto a órdenes de la autoridad competente que es el juzgador, quien a su vez también podrá realizar la designación de un Defensor Público para que asuman la defensa en la audiencia.

Una vez que el juzgador tome conocimiento por el parte policial de la detención del ciudadano aprehendido, se llevara a cabo la audiencia de calificación de flagrancia, la misma que tendrá dos fases o se encontrara dividida en dos etapas, la primera es la

Las o los servidores de la Policía Nacional o de la autoridad competente en materia de tránsito, podrán ingresar a un lugar cuando se encuentren en persecución ininterrumpida, para el solo efecto de practicar la respectiva aprehensión de la persona, los bienes u objetos materia del delito flagrante.

verificación de control constitucional y legalidad de detención, en donde el juzgador deberá verificar el respeto en primero lugar de los derechos constitucionales que son garantía del debido proceso y del cumplimiento de todos los requisitos legales para la existencia del hecho flagrante. Si al verificar el juzgador que todos los derechos le fuesen respetados y el procedimiento se respetó como lo ordena la norma, el juzgador calificara de legal la actuación policial y legalizara la detención, sin embargo eso no quiere decir que la persona que fue detenida pierda su estatus de inocencia ya que esta calificación no se trata de una sentencia condenatoria que determine una pena privativa de libertad.

Acto seguido de la calificación, el juzgador concederá la palabra a fiscalía para que se esté sujeto procesal sea quien decida sobre el inicio o no de un proceso penal mediante la formulación de cargos que sería la segunda fase de la audiencia en la que se podrá solicitar medidas cautelares como la prisión preventiva o medidas cautelares en el caso de que sea necesario.

Todo este procedimiento de la audiencia de calificación de flagrancia se encuentra regulado en el artículo 529¹³ de Código Orgánico Integral Penal, que incluso dentro de este mismo articulado permite que la persona que se encuentra siendo procesada pueda ser identificada físicamente ante la comunidad y medios de comunicaciones sin que se le considere como responsable o culpable ya que se encontraría investida de su derecho de presunción de inocencia.

5. Las Agravantes de la Pena

Cuando la persona que esta siendo procesada por un ilícito penal, en la etapa final del proceso que es la audiencia de juzgamiento se encuentra en la espera de que se le confirme el estado inocencia o que se le imponga una sentencia condenatoria con la pena que este prevista en el tipo penal o en su defecto una que puede ser graduada con las circunstancias atenuantes o agravantes de pena no constitutivas del tipo penal por el que está llamado a responder.

¹³ Art. 529.- En los casos de infracción flagrante, dentro de las veinticuatro horas desde que tuvo lugar la aprehensión, se realizara la correspondiente audiencia oral ante la o el juzgador, en la que se calificara la legalidad de la aprehensión. La o el fiscal, de considerarlo necesario, formulará cargos y de ser pertinente solicitará las medidas cautelares y de protección que el caso amerite y se determinará el proceso correspondiente.

Para comprender correctamente el alcance de las agravantes que se encuentran establecidas en la normativa interna del Ecuador, es necesario establecer que por agravante podemos entender que se trata de aquellas circunstancias accidentales al delito y que son concurrentes con el hecho delictivo que producen un efecto de modificar en contra la responsabilidad delictual del sujeto procesado mediante la imposición de una mayor pena por presentar una mayor antijuridicidad de la acción y una indiscutible culpabilidad. (Yavar Nuñez, 2014)

La forma correcta de establecer la pena según Fernando Velásquez es que después de haber establecido la responsabilidad del ciudadano, es necesario graduarla de tal manera que exista proporción con el hecho materia del juzgamiento y la consecuencia jurídica (Velásquez Velásquez, 2020), de esta manera se podrá imponer una pena acorde a la circunstancia de los hechos sin que exista una desmerecimiento al principio de legalidad.

Cuando nosotros analizamos el artículo 47¹⁴ del Código Orgánico Integral Penal podemos observar que todas las agravantes tienen una visión de tipo victimológica a excepción de

¹⁴ Art.47.- Son circunstancias agravantes de la infracción penal:

1. Ejecutar la infracción con alevosía o fraude.
2. Cometer la infracción por promesa, precio o recompensa.
3. Cometer la infracción como medio para la comisión de otra.
4. Aprovecharse de concentraciones masivas, tumulto, conmoción popular, evento deportivo o calamidad pública, fenómeno de la naturaleza para ejecutar la infracción.
5. Cometer la infracción con participación de dos o más personas.
6. Aumentar o procurar aumentar las consecuencias dañosas de la infracción para la víctima o cualquier otra persona.
7. Cometer la infracción con ensañamiento en contra de la víctima.
8. Cometer la infracción prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente, religiosa o similar.
9. Aprovecharse de las condiciones personales o laborales de la víctima que impliquen indefensión o discriminación.
10. Valerse de niños, niñas, adolescentes, adultas o adultos mayores, mujeres embarazadas o personas con discapacidad para cometer la infracción.
11. Cometer la infracción en perjuicio de niñas, niños, adolescentes, adultos mayores, mujeres embarazadas o personas con discapacidad.
12. Cometer la infracción con violencia o usando cualquier sustancia que altere el conocimiento o la voluntad de la víctima.
13. Utilizar indebidamente insignias, uniformes, denominaciones o distintivos militares, policiales o religiosos como medio para facilitar la comisión de la infracción.
14. Afectar a varias víctimas por causa de la infracción.
15. Ejecutar la infracción con auxilio de gente armada.
16. Utilizar credenciales falsas, uniformes o distintivos de instituciones o empresas públicas, con la finalidad de pretender pasar por funcionarias, funcionarios, trabajadoras, trabajadores, servidoras o servidores públicos, como medio para facilitar la comisión de la infracción.
17. Cometer la infracción total o parcialmente desde un centro de privación de libertad por una persona internada en el mismo.

la última que fue recientemente introducida a nuestro ordenamiento, la cual se ve como una mayor respuesta al clamor social por la inseguridad y constantes detenciones de algunas personas, es decir estaríamos frente a una normativa provocada por el populismo penal.

Cuando nosotros analizamos la primera de las circunstancias agravantes a la que se refiere el cometimiento de la infracción por alevosía hace referencia cuando la víctima es o está en condiciones físicas igual o superior al agresor, por lo que este último se asegura la ejecución con algún factor externo. La segunda de las agravantes nos habla de que la comisión delictual es preparada por un presunto autor mediato quien prepara la agresión para que sea un tercero quien actué en contra de la víctima. La tercera de las agravantes nos habla de cuando el agresor comete varios delitos en contra de la víctima para poder encontrar el camino adecuado para cometer el delito más grave.

Al revisar la cuarta agravante descrita en el norma penal, quizás sea confusa al pensar porque una contravención masiva pueda afectar a la víctima directa, y es aquí que es una forma de aprovechamiento la confusión y la cantidad de personas que puedan asistir para asegurar el cometimiento del delito en contra de su víctima.

Continuamos analizando las agravantes y vemos que la quinta agravante es común el pensar que el estar en superioridad numérica a la de la víctima se va a asegurar el cometimiento del hecho delictivo; mientras que la sexta y séptima agravante van de la mano, la sexta hace alusión a mayores afectaciones para la víctima y una determinante situación de un delito consumado sin ninguna oportunidad para la víctima; y por la séptima es una de las agravantes que castiga el empleo innecesario, deliberado y cruel de la violencia para causar un dolor intenso a la víctima.

La agravante octava y novena son parecidas pero con una ligera diferencia, cuando se empieza a hablar de la octava hablamos de todas las ventajas que puede tener el victimario en la comisión delictual por esa presión de ser un superior frente a la víctima, es decir hace alusión a la presión mental que se pueda ejercer; mientras que la novena habla de una indefensión de sus condiciones laborales si la víctima es súper humilde en su posición social en las que no se pueda reusar o poner mayor resistencia.

-
18. Encontrarse la o el autor perseguido o prófugo por un delito con sentencia condenatoria en firme.
 19. Aprovechar su condición de servidora o servidor público para el cometimiento de un delito.
 20. Registrar la o el autor una o más aprehensiones previas en delito flagrante calificado, cuando se trate del mismo delito o atente contra el mismo bien jurídico protegido.

La décima de las agravantes hace alusión cuando el agresor se aprovecha de las condiciones inocentes o económicas de los menores de edad o de estos grupos vulnerables para el cometimiento del delito, sabiendo su necesidad. La agravante número once hace alusión cuando nos encontramos de que el fiscal deberá demostrar que esa acción delictiva fue realizada buscando causar un daño irreparable contra miembros de grupos vulnerables.

Una de las formas más ventajosas para el agresor y en contra de la víctima al cometerse la infracción penal es la que se hace referencia en la agravante número doce, la cual nos indica que se agravara la pena si se utiliza alguna sustancia psicotrópica para alterar la conciencia de la víctima.

La agravante número trece hace referencia a la traición de la confianza que llega a sufrir la víctima cuando es engañada a verle con sus insignias no reales, y a base de eso llega a cometer el ilícito. La siguiente de las agravantes, me refiero a la número catorce, es prácticamente el mismo fin de protección como redacta las del numeral ocho, nueve y diez ya que los daños que puedan ser provocados por parte del agresor no solo van encaminados a una sola persona sino a varias a la vez.

La agravante número quince habla de utilización de varias personas armadas para intimidar a la víctima y poder realizar el ilícito penal que se está perpetrando en ese momento. El siguiente numeral nuevamente al igual que el numeral trece, protege esa confianza que tiene la víctima al ver a una persona a la cual le debe su confianza y la es traicionada por que a base de esta confianza es por la que se ayuda para perpetuar el ilícito.

Las dos siguientes agravantes son dedicadas para aquellas personas agresores que se encuentran en primera instancia en un centro de privación de libertad y desde ahí se planean los ilícitos hacia la sociedad o una persona determinada, lo que busca la protección de la víctima de los líderes de las pandillas o grupos delictivos; mientras que la agravante número dieciocho es para aquellas personas que también se encuentren sentenciadas pero que se encuentren prófugos, esto es aplicable para delitos que puedan ser sancionados en ausencia y lo que se busca es que se tenga la reparación de la víctima al momento de que esta persona se encuentre cumpliendo ya la sentencia.

La agravante número diecinueve habla de la protección que debe tener el administrado con la administración de justicia, pues el funcionario público es quien debe guiar las riendas de su función en la institución para la cual presta su servicio en post de la

ciudadanía y no para cometer el perjuicio en contra del ciudadano o la sociedad en general.

Como hemos podido observar en esta breve referencia explicativa de las agravantes no constitutivas del tipo penal se puede apreciar que todas estas tienen una visión de protección a la víctima, y efectivamente la sanción que recibe agravando la pena es por un daño directo que se está causando a la víctima y a un bien jurídico establecido y protegido por parte del estado ecuatoriano, pese a que algunos de ellos sean para aplicarlos en delitos específicos; sin embargo se denota esa protección a favor de la parte ofendida.

Pero la implementación de la última agravante, la del numeral veinte es todo lo contrario ya que no busca la protección de una víctima de un ilícito, ni tampoco la protección social ya que no ayuda a la protección de un bien jurídico establecido. Esto es fácil el poder verificar con la simple lectura de la misma, ya que al momento de establecer que se agravaría la pena privativa de libertad de la persona que está afrontando un proceso penal por el simple hecho de haber tenido detenciones previas de un delito calificado como flagrante, lo que denota que no se está castigando por afectar a la víctima sino que se busca cuestionar el pasado judicial.

Discusión y Conclusiones:

Al empezar esta investigación nos habíamos planteado como principal objetivo el poder verificar si la implementación de la gravante del art. 47 numeral 20 que se encuentra incorporada en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano, se debe a una respuesta de la presión social y analizar si vulnera la presunción de inocencia mediante una nueva criminalización del pasado judicial.

Cuando alguien afronta un proceso penal, este se encuentra debidamente garantizado por los derechos fundamentales establecidos en los Tratados Internacionales y en la Constitución del Ecuador, dando el nacimiento al debido proceso que será respetado hasta que se obtenga una sentencia condenatoria, siendo los principales el de igualdad, seguridad jurídica y presunción de inocencia; sin desmerecer la importancia de los demás que se encuentran reconocidos en la carta magna.

Hemos escogido aquellos tres ya que estos permitirán a que el juzgador siempre trate a la persona procesada con la misma igualdad como a un ciudadano común sin considerar su pasado judicial en el caso de que tenga un amplio historial de detenciones y sentencias anteriores para evitar una subjetividad de su decisión, sobre todo esto garantizara que el estado ecuatoriano goce de la confianza de sus administrados. La seguridad jurídica establece la posibilidad de evitar la arbitrariedad ante la especulación de las acciones de un ciudadano y ser sentenciado con una pena contraria a lo preestablecido dentro del ordenamiento jurídico, recordando que la presunción de inocencia no se pierde salvo con una sentencia condenatoria en firme debidamente ejecutoriada.

El juzgador cuando llega a imponer una pena privativa de libertad, lo hace luego de haber examinado a conciencia los elementos probatorios que le fuesen presentados, pero esta pena debe ser impuesta a la persona que cometió el ilícito penal; sin embargo la sociedad exige que se aplique penas por conductas que no necesariamente deben ser penadas o que se castigue el accionar constante de una persona lo que se ha generado la promulgación de penas o figuras jurídicas que agravan sin medida la sanción frente al hecho cuestionable, lo que vulneraría la proporcionalidad con la que se debería actuar al momento de imponer una sanción.

La principal causa de esta desproporcionalidad en las penas es el populismo penal, que hace que las actuaciones de los legisladores sean aclamadas pero no resuelven lo verdaderamente importante que son los problemas delincuenciales, por ello es que la aplicación del derecho penal debe considerarse de última ratio y no puede ser considerado como el único mecanismo de control social.

La penas se llegan a imponer mediante la sentencia condenatoria que luego de cumplir los formalidades jurídicas del ordenamiento interno se ejecutoria eliminando su presunción de inocencia en el caso de ser sentencia condenatoria; el ciudadano quedará marcado con un antecedente penal, hecho que lo perseguirá de por vida y que aparecerá siempre y cuando cometa un nuevo delito, y si este delito es sobre el mismo bien jurídico violentado anteriormente, fiscalía podrá tener la posibilidad de aplicar la figura de la reincidencia.

Es por ello importante el denotar que no toda detención se transforma en una sentencia; siendo en ese momento necesario realizar una discusión importante para comprender la

distinción entre un antecedente penal y el record policial tal cómo se explicó en el desarrollo de la investigación. La primera corresponde a la lista de todas aquellas sentencias; mientras que la segunda cuando se presenta en el sistema un listado de todas las detenciones por miembros del cuerpo de la Policía Nacional sin la necesidad de tener una calificación de flagrancia o sentencia condenatoria. La razón de resaltar este hecho, es simplemente de que no se puede confundir una detención con una reincidencia en el hecho que se investigue, ya que muchas de las ocasiones la detención ni siquiera conlleva una sentencia.

Cuando una persona es privada de su libertad por una detención en flagrancia delictual es puesto a órdenes de la autoridad competente de forma inmediata con la obligación de respetar sus derechos constitucionales. Una vez constituidos en audiencia de calificación de flagrancia se puede presentar dos posibilidades, la primera que no se califique como adecuado el procedimiento policial de la detención en flagrancia lo que generaría la inmediata libertad de esta persona (aunque ya quedo en el registro policial por el simple hecho de haber sido detenido); o la otra circunstancia que se podría presentar luego del análisis y control respectivo del juez frente al accionar del Policía Nacional es la calificación de la flagrancia, pero este hecho no podría asegurar la responsabilidad al ciudadano por el hecho que está siendo procesado, ya que el simple hecho de haber sido calificada como legal su aprehensión no significa que haya perpetuado el acto que se investiga o que haya recibido sentencia condenatoria perdido el estado de inocencia, estatus que lo acompañara hasta el final del proceso con su respectiva sentencia ejecutoriada.

Es justamente lo que hace la agravante del numeral 20 del art. 47 del Código Orgánico Integral Penal, el procurar agravar la pena de la persona que está afrontando el proceso penal solo por el hecho de haber sido detenido anteriormente, sin siquiera tener la posibilidad de verificar si fue sentenciado o no.

Hemos visto como los autores como Carrara sostienen necesaria la figura de la reincidencia e incluso la propia visión del moderno derecho penal español que sostienen la necesidad de un mayor reproche por la falta de culpabilidad de haber dañado el bien jurídico protegido por parte del estado para volverlo a cometer. (Alonso Alamo, 1982), pero esta agravante no se habla de una reincidencia ya que no le interesa si es que esa persona en la detención anterior fue sentenciada, en otras palabras se puede debemos

preguntarnos ¿se puede cuestionar a una persona solo por el hecho de haber sido detenida?, o en su defecto que tanto podría ser considerada esta agravante necesaria el haber sido incorporada al sistema procesal ecuatoriano con el hecho de que no se trata de justificar con el daño a la víctima del injusto penal o a la sociedad en el caso de ser un delito difuso, ya que no castiga el ensañamiento ante el bien jurídico para que sea merecedor de un reproche mayor mediante la proporcionalidad de la pena, lo que llega a generar otro cuestionamiento ¿acaso se está castigando o criminalizando el pasado judicial?. La reincidencia al ser una de las figuras legales aceptadas tanto por la doctrina como por el sistema procesal ecuatoriano ya se encontraba reconocida dentro del cuerpo normativo, lo que es justamente una de las formas de agravar la pena, pero a aquellas personas que fueron sentenciadas.

En conclusión podemos verificar que estamos frente a un absurdo jurídico, creado en base de un populismo penal en que la nueva expedición de la norma no va a resolver la problemática de seguridad ciudadana, pero tampoco va a reparar los daños a la víctima porque no busca sanear un mayor reproche mediante la proporcionalidad de la pena, y es completamente innecesaria porque tenemos ya establecida la figura de la reincidencia, además de que con la nueva agravante lo que se castiga o criminaliza es su pasado con la justicia de una manera directa basándose únicamente en una detención es decir no se considera la presunción de inocencia que toda persona posee, mientras no se demuestre lo contrario; por lo que me atrevo a sugerir la eliminación de forma directa de la agravante del art. 47 numeral 20 del Código Orgánico Integral Penal, por no cumplir con la necesidad jurídica provocando que más bien se genere un abuso del derecho y se puedan violentar principios constitucionales debidamente reconocidos.

Bibliografía

- Alonso Alamo, M. (1982). *El sistema de las circunstancias del delito*. Valladolid: Universidad de Valladolid.
- Barrientos, J. M. (s.f.). *V Lex España*. Obtenido de <https://practico-penal.es/vid/derecho-presuncion-inocencia-391378250>
- Bernal Pulido, C. (2006). *El Derecho de los Derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cabanellas, G. (2010). *Diccionario Jurídico Elemental*. Mexico.
- Caro Coria, D. (2018). *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*. Quito: Marwil.
- Carrara, F. (1991). *Programa de Derecho Criminal*. Bogotá: Temis.

- Cerezo Mir, J. (2006). *Obras Completas*. Lima: ARA.
- Diaz de Leon, M. (2004). *Diccionario de Derecho Procesal Penal*. Mexico: Porrúa.
- García Falconí, R. (2014). *Código Organico Integral Penal Comentado*. Lima: ARA.
- García, A., & De Molina, P. (2010). *Criminología*. Lima: San Marcos.
- García, L. (2005). *La Reincidencia*. Mexico: UNAM.
- Gonzales, C. (1998). *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. Valencia.
- Grosso Galvan, M. (1983). *Los antecedentes penales: Rehabilitación y control social*. Barcelona: Bosch.
- Luzón Peña, D. M. (2012). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires : IBDEF.
- Martínez espinosa, L. F. (2016). LA REINCIDENCIA EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-181 DE 2016 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL. *Revista de Derecho Publico*, 4-24.
- Mendoza Garay, A. (2018). Inconstitucionalidad de la reincidencia como circunstancia cualificada agravante de la pena. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 597-625.
- Muñoz Conde , F., & Hassemer, W. (1989). *Introduccion a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo banch.
- Nieva Fenoll, J. (2016). La razón de ser de la presunción de inocencia. *Revista para el Analisis del Derecho*, 1 - 23.
- Perello Domenech, I. (1997). El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional. *SAJ*, 1.
- Quenta Fernandez, J. (2017). El populismo del Derecho Penal. *Revista Juridica de Derecho de la Universidad Mayor de San Andres*, 133-152.
- Rengel, J. H. (1994). *Criminología*. Loja: Universidad Nacional de Loja.
- Reyes Echandia, A. (1996). *Derecho Penal Parte General*. Bogota.
- Ruiz Carrero, W. d. (2018). *El Proceso Penal Acusatorio en Iberoamerica*. Quito: Ecuador.
- Silva Sanchez, J. M. (2008). *La Expansión del Derecho Penal*. Buenos Aires: Cuadernos Civitas.
- Sotomayor Rodriguez, G. E. (2016). *Principios Constitucionales y legales*. Riobamba: INDUGRAF.
- Velásquez Velásquez, F. (2020). *Derecho Penal, Parte General*. Colombia: Tirant.
- Yavar Nuñez, F. (2014). *Orientaciones del COIP*. Guayaquil: Feryanu.
- Zaffaroni, E. R. (2011). *La Palabra de los Muertos*. Buenos Aires: Editora AR S.A.
- Zavala Baquerizo, J. (2005). *Tratado De Derecho Procesal Penal*. Guayaquil: Edino.