

UNIVERSIDAD METROPOLITANA DEL ECUADOR



CARRERA: DERECHO

**TRABAJO DE TITULACION PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR.**

**TEMA: “PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SU IMPLICACIÓN EN EL DERECHO
PENAL ECUATORIANO”**

AUTORA: VANESSA NATALY MONTENEGRO TELLO

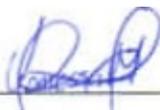
TUTOR: DR. HERMES SARANGO AGUIRRE

QUITO, 2019

CESIÓN DE DERECHOS

El trabajo de investigación con el tema "PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SU IMPLICACIÓN EN EL DERECHO PENAL ECUATORIANO" es de la autora VANESSA NATALY MONTENEGRO TELLO, quien manifiesta en forma libre y voluntaria lo siguiente: Cedo los derechos del ensayo a la Universidad Metropolitana. y que el contenido sirva de fuente de información y conocimiento para el bienestar universitario.

Atentamente



VANESSA NATALY MONTENEGRO TELLO

C.c. 172677913-3

RESUMEN

En este artículo se analiza el carácter estrictamente legalista que podría tener la aplicación del principio de legalidad como piedra angular en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, y se fundamenta una posición crítica sobre el debido proceso penal, a partir de la constitucionalización del derecho penal como un conjunto de garantías que pone límites al poder punitivo estatal. El mismo, metodológicamente, se llevó a cabo bajo un enfoque cualitativo. El corpus de la investigación estuvo constituido por la revisión bibliográfica y documental de los estamentos legales que refieren el principio de legalidad a partir de la constitucionalización del derecho penal ecuatoriano. Para el análisis de la información se utilizó el método de la hermenéutica y cuyos resultados permitieron, entre sus conclusiones explicar que desde una mirada al principio de legalidad, y a partir de la constitucionalización del derecho penal ecuatoriano, se pueden observar cuáles son las funciones de garantías criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución de dicho principio, independientemente del cumplimiento de su otra doble función esencial de garantía, tanto en el aspecto político como jurídico, lo que significa que se trata de la piedra angular en donde reposa todo el ordenamiento jurídico estatal analizado.

Palabras clave: derecho penal; principio de legalidad; debido proceso penal; garantías.

ABSTRACT

This article analyzes the strictly legalistic nature that might have the application of the principle of legality as stone lens in the Ecuadorian legal system, and is based a critical position on the due criminal process, from of the constitutionalization of criminal law as a set of guarantees that places limits on the State's punitive power. It is methodologically, carried out under a qualitative approach. The corpus of the research was formed by the literature review and documentary of the legal bodies which concerned the principle of legality from the constitutionalization of the Ecuadorian criminal law. Method of hermeneutics was used for the analysis of the information and results allowed, among their findings explain that from a look at the principle of legality, and from the constitutionalization of the Ecuadorian criminal law, they can be see what are the functions of criminal, criminal, judicial guarantees and implementation of this principle, independientemente of compliance with their other double warranty, both in political terms as legal, essential function which means that is He is the angular stone where all the analyzed State legal system rests.

Key words: criminal law; principle of legality; due process of law; guarantees.

INDICE

INTRODUCCIÓN	5
1. Aspectos fundamentales del principio de legalidad	8
1.1. Principio.....	8
1.2. Valor.....	9
1.3. Norma	9
2. Concepto de legalidad	9
3. Fundamentos filosóficos doctrinales	11
4. Requisitos cuatripartitos del principio de legalidad	14
4.1. Lex scripta o de los delitos y las penas.....	15
4.2. Lex praevia o mandato de la no retroactividad	16
4.3. Lex certa o mandato de determinación taxativa	17
4.4. Lex stricta o prohibición de la analogía.....	19
5. Fundamentos normativos	21
5.1. Constitución de la República del Ecuador	21
5.2. Tratados y Convenios Internacionales.....	22
5.3. Código Orgánico Integral Penal.....	22
5.4. Código Orgánico de la Función Judicial	24
CONCLUSIONES.....	26
BIBLIOGRAFÍA.....	27

INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República del Ecuador, contempla los principios rectores básicos, los valores fundamentales y los bienes jurídicos que tutela y protege el derecho en general, por ello la legislación penal debe tener congruencia con la ley suprema, caso contrario la ley penal es inaplicable y entra en un estado de ineficacia porque así lo establece la supremacía constitucional señalada en el Art. 424 y la pirámide kelseniana conforme al Art. 425 Ibidem donde se establece el orden jerárquico de la aplicación de las norma constitucional, tratados y convenios internacionales cuando se trata de derechos humanos, leyes orgánicas y ordinarias, normas regionales y las ordenanzas distritales; los acuerdos y resoluciones; y los demás actos y decisiones del poder público. siendo importante establecer que los principios del neoconstitucionalismo son de trascendencia en el ordenamiento jurídico interno encontrándose plasmados en el Código Orgánico Integral Penal, entre otros cuerpos legales,

Con la entrada en vigor del Código Orgánico Integral Penal promulgado el 10 de febrero de 2014, se concreta un nuevo modelo de justicia penal en el país que renueva el compromiso del poder punitivo del Estado de impartir justicia en forma transparente, oportuna y eficaz para que llegue a todos los sectores de la sociedad y en especial a las poblaciones vulnerables. El legislador penal ha considerado que la reforma procesal penal es el único camino a seguir de la modelización de la justicia penal por lo que no hay vuelta atrás en su implementación.

En un estado de derechos es factible determinar límites a la potestad punitiva estatal a la generación que reduce o minimiza simbólicamente el poder del Estado de la monotonía practicada por jueces arbitrarios que moldean la norma a su antojo, predispone a una sociedad reprochable, dolorosa y negativa con altos costos sociales.

Como puede notarse, el poder público al castigar un delito e imponer pena, es quien puede abusar del poder, para evitarlo hay que sancionar conforme una ley previa que haya estado antes de cometer una infracción (*nullum crimen, sine lege*). También cuando el proceder de los jueces y tribunales apliquen las leyes y las penas: (*nulla poena, sine legati iudicio*). De esta manera se controlará no sólo la potestad de administrar justicia por parte de jueces sino también, los límites tanto formales como materiales o límites político-criminales.

Entonces como parte de los principios que tienen rectoría en el derecho penal se encuentra el principio de legalidad, fundado en el aforismo latino *nullum crimen, nulla poena*

sine praevia lege; no hay crimen, ni pena sin ley previa. Paul Johann Anselm Von Feuerbach iniciador de la ciencia penal alemana asimiló y redactó este principio como parte de la Revolución Francesa donde se encuentra la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, también se basó en lo que establecía el libro de 1764 donde Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria manifestaba que nadie puede ser condenado sin que la ley esté establecida previamente siendo que los tratadistas penales italianos creen que el verdadero creador del principio de legalidad penal no es Feuerbach sino Beccaria, pero el creador del aforismo se lo atribuye a Feuerbach, este aforismo lo recogen la mayoría de países del mundo occidental europeo o romano germánico y está señalado en el medio, en la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 76 numeral 3, es decir, una acción para ser sancionada y para que el juez pueda establecer una pena debe estar previamente señalada y tipificada en la ley penal.

Es relevante examinar el modo en que la facultad sancionadora determina castigo con el propósito de poner fin al abuso del derecho penal. Gracias a los principios consagrados en la Constitución y en el Código Orgánico Integral Penal que orientan el sistema procesal penal sirviendo de sostén juridicopenal, pautas que parten de la construcción del derecho penal, lo que conviene rescatar como valor precedente para la garantía de la seguridad jurídica.

Las divergencias extraídas acerca del principio de legalidad se lo encuentran diseñado en la Constitución de la República del Ecuador de 2008, y por el ámbito que compete, a las reglas del debido proceso, complementado con plena fundamentación, aplicación y protección de los derechos fundamentales.

El objetivo del presente ensayo es determinar el concepto de principio y asimilar que uno de los principios fundamentales como tema central tanto de la Constitución como del COIP es el principio de legalidad, en base a este esquema conocer la importancia de este principio en donde descansa todo el ordenamiento jurídico del Estado ecuatoriano y entender su transición desde épocas remotas cuya valoración es positiva para la aplicación del derecho penal en un Estado constitucional de derechos y justicia.

El principio de legalidad conforme lo consagra el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador tiene consecuencias o repercusiones. La primera consecuencia o repercusión que tiene este principio es la prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena, ósea *Lex scripta* que es el derecho penal exclusivamente

positivo, es decir, que la punibilidad solo es posible determinarla mediante ley escrita, se excluye el derecho consuetudinario porque la ley es la única fuente del derecho penal y referente a lo dicho el Código Orgánico Integral Penal contiene las tipificaciones penales después de la Constitución como fuente primaria originaria de la fuente legítima de las tipificaciones de la ley penal.

El segundo aspecto del principio de legalidad es la prohibición de retroactividad; *Lex praevia*, puesto que este principio prohíbe una aplicación retroactiva de la ley penal que perjudica al reo como lo estipula el artículo 9 de la (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1969) donde dice:

(...) tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito, si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve el delincuente se beneficiara de ello.

El principio de la referencia está recogida en la legislación penal ecuatoriana que habla del principio de ultractividad y de retroactividad de la ley penal, así ocurrió en el año 2009 cuando a breve rasgos en la legislación ecuatoriana se derogó el artículo 368 del Código Penal que penaba los delitos cuando giraba alguien un cheque sin fondos y en la actualidad generar un cheque sin fondos no es delito en la legislación ecuatoriana y si alguien estaba detenido por ese delito, por efecto de la retroactividad a favor del reo luego de trámite respectivo, recupera su libertad.

Otro aspecto del principio de legalidad es la prohibición de leyes penales indeterminadas conforme lo describe *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, que establece ciertas diferencias entre las leyes penales en blanco consideradas como tal porque son normas jurídicas que remiten a otra ley o a un reglamento para que se puedan cumplir. Hasta cierto punto parecería ser inconstitucionales, pero no es así porque el legislador quien crea normas penales tiene claro que estas leyes extrapenales ayudan tanto a limitar el abuso del poder punitivo como a la inserción en la sociedad del presunto implicado, eso sí, el legislador debe tener mucho cuidado cuando tipifica un delito en una ley, pues debe señalar la conducta prohibida de una manera clara. La norma penal tiene dos aspectos fundamentales, la descripción de la conducta prohibida que es el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica de ese delito que es la pena.

Como cuarta consecuencia o repercusión que tiene este principio es la prohibición de analogía; Lex stricta en el derecho penal está prohibida la analogía y malaparte cuando perjudica al reo, pero la analogía y bonaparte es permitida cuando favorece al reo. Cabe señalar, que la analogía se fundamenta en un conocimiento cuando el juez quiere dar solución basándose en la jurisprudencia de un caso semejante cuando favorece al reo.

1. Aspectos fundamentales del principio de legalidad

Hablar de los fundamentos del principio de legalidad, sin duda es tratar de desentrañar lo que es un principio, al efecto, se puede decir que son varios los principios rectores del proceso penal y como han dicho los estudiosos del derecho, es el único instrumento constitucionalmente valido para que el Estado a través de la Función Judicial pueda imponer pena a quien resulte culpable del cometimiento de una infracción penal.

En efecto, el principio de legalidad contiene otros subprincipios como son: principio de favorabilidad, Duda a favor del reo, Inocencia, Igualdad, Impugnación procesal, Prohibición de empeorar la situación del procesado, Prohibición de autoincriminación, Prohibición de doble juzgamiento, entre otros.

1.1. Principio

El diccionario de la (Real Academia Española de la Lengua, 2014) expone diversas definiciones de principio. Una de ellas sostiene que es la “norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta”. Es decir, de donde se parte, o el punto de partida de algo. Como bien se sabe, en derecho, el principio tiene una acepción que es posible concretar. (Alexy , 2003) sostiene:

De acuerdo con la definición estándar de la teoría de los principios, los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Como consecuencia, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y de que la medida ordenada en que debe cumplirse no solo depende de las posibilidades fácticas, sino de las posibilidades jurídicas.

1.2. Valor

La justicia, es la virtud principal de asignar a cada uno lo que por derecho le corresponde y que tiene carácter abstracto debido a que es un ente ideal que causa satisfacción cuando se cree que la misma se ha cumplido y causa molestia cuando creen lo contrario.

(Parga, 2004) señala: “El valor supone la perspectiva moral e interna del Derecho debe tener independencia de permanecer a un orden normativo distinto de la moral”

1.3. Norma

La norma individualizada establece derechos y obligaciones a favor o a cargo de personas concretas en casos y situaciones específicos.

Es una regla dirigida a la ordenación del comportamiento humano prescrita por una autoridad cuyo incumplimiento puede llevar aparejado una sanción. (Kant, 1737) señala que:

La estructura puede ser criticada ya que todo el énfasis se encuentra en la sanción y es eso lo que la hace coercible y por lo tanto le da un carácter jurídico, es decir es una norma sancionatoria al castigar al sujeto que no cumple. Pero en esta estructura falta una parte que se relaciona con “valores jurídicos” y es el cumplimiento espontáneo.

Son principios procesales en materia penal aquellas pautas para instaurar los elementos necesarios de uso jurisdiccional. El estudio de las normas establecidas por el Código Orgánico Integral Penal es irrelevante si no explicaran la base que sirve de sustento para comenzar a fundarlas y es necesario complementar ciertas normas con los principios procesales. El estudio del principio de legalidad es considerado como medio fundamental para brindar protección a los actos de legítima defensa del acusado, el no acudir a este principio se le estaría negando al acusado el derecho a conocer las actuaciones procesales.

2. Concepto de legalidad

En la estructuración de un sin fin de definiciones el principio de legalidad es parte fundamental en la teoría del delito como acepción del derecho, en lo posible se obtiene que, según la coadyuvante a destacar después de la teoría de los principios, son las normas que dentro del ordenamiento jurídico en la mayor medida posible determinan acuerdos y en efecto los principios que es la limitación entre los hechos que pueden cumplirse en diferentes grados.

Es relevante mencionar a los principios que juegan un papel indispensable en la inclusión del derecho positivo como un imperativo que generalmente sobresalen en las disposiciones de un tratado, constitución, ley, código, entre otros.

Cuando mencionan “legalidad” hacen referencia a la adquisición de un sistema de leyes que debe ser cumplido y que respalda la aprobación a ciertas acciones, actos y como tal comparten o desaprueban otras tantas que desestabilizan normas vigentes.

Todos los actos del poder público están estrictamente sujetos a la ley. En otras palabras, los poderes públicos están amarrados y solo caminan como la ley los dicta en consecuencia solo pueden hacer lo que la ley les permite hacer y lo que la ley no le atribuido como competencia no lo puede realizar bajo ningún pretexto.

El principio de legalidad se encuentra establecido en el artículo 5 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014) “No hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla”.

Lo que significa que la forma de actuar del poder público está establecida en la Constitución de la República del Ecuador y el COIP, fuera de ese marco no pueden hacer actuaciones los poderes públicos. Es necesario diferenciar la legalidad en el derecho público y la legalidad en el derecho privado. Los ciudadanos participan como particulares y tienen el derecho a la libertad y al mismo tiempo reconocen derechos de libertad de otros.

Todo ciudadano ejerce libertad ante la ley en el sentido que pueden hacer lo que crean conveniente siempre y cuando la ley no les haya prohibido, por otra parte, el poder público podrá ejecutar actos atribuidos por la ley para administrar justicia siguiendo el debido proceso como resultado del principio de legalidad.

El principio de legalidad existe con el fin de garantizar los derechos del procesado y de la víctima siempre y cuando la norma que se aplique sea en base a la ley suprema que es la Constitución, Tratados y Convenios Internacionales. Lo que necesita la persona que va a ser procesada es procurar que no se aprovechen los órganos judiciales de su susceptibilidad, ni que el legislador al crear normas, lo perjudiquen.

El Nullum crimen, nulla pena sine lege praevia (no hay crimen ni pena sin ley previa) se le atribuye esta frase a la teoría de (Beccaria, 1998) en su “libro del tratado de los delitos y de las penas”.

Se puede atender el principio de legalidad en dualidades en sentido de que una es legalidad formal y legalidad material.

La legalidad formal manifiesta la relevancia de la ley en materia penal puesto que esta regula delitos y penas que están explícitamente en el Código Orgánico Integral Penal como cuerpo legal y limita al poder judicial de crear normas penales esto únicamente le compete al poder legislativo.

La legalidad material exige los parámetros que se debería considerar antes de dar por sentado una acción u omisión y son los siguientes:

Tomar en cuenta delitos y penas que estén expresamente acogidas en un cuerpo normativo.

Creación de normas penales por parte del poder legislativo

Aceptar que sólo mediante la ley se establece penas y delitos excluyendo otras fuentes del derecho como la costumbre y resoluciones judiciales.

3. Fundamentos filosóficos doctrinales

En la sistematización del derecho penal, algunos lo denominan principio de legalidad, por asegurar la persecución de acciones previstas en ley vigente, otros de reserva por hechos que destaquen dentro de lo permitido brindando garantía de derechos de libertad impidiendo al legislador la inobservancia de la Constitución que respalda a los individuos.

Para (Ferrajoli, 2004) estricta legalidad es:

Concretar en la suprema garantía individual del hombre y mujer, al no poderse atribuir un delito a persona alguna, si éste no está previsto en la ley, consecuentemente, tampoco, podría existir pena o sanción, ni imputación en ningún proceso penal

En si el concepto es más definido y se observa como máximo impedimento de la potestad punitiva la "estricta legalidad" porque tanto hombre como mujer merecen que se respete su

espacio sin restricción alguna, siempre y cuando no realicen acciones que originen conductas merecedoras de sanciones estipulado en una ley.

El principio como base de apoyo a la doctrina penal tiene antecedente histórico donde se originan las concepciones más evidentes para la instauración, desarrollándose desde la época antigua.

Históricamente los juicios de Núremberg donde (Michilini , 2014) en su libro derecho penal internacional expone:

(...) En los campos de concentración se decidió juzgar a todos los responsables directos e indirectos. Fueron puestas bajo acusación incluso las organizaciones militares y paramilitares alemanas. Pero el verdadero punto crucial de proceso o mejor dicho de su preparación fue de naturaleza jurídica

Una elección equivocada en el proceso de Nuremberg fue el grupo de acusados puesto que entre los imputados había soldados que nada sabían de crímenes contra la humanidad, políticos que más bien no se interesaban por hechos que no fueran los estrictamente dependientes de las relaciones diplomáticas. Entre estos soldados y diplomáticos se encontraban los que si eran asesinos como Von Ribbentrop, Keitel, Sauckel.

Culpables y no culpables de hechos de lesa humanidad eran recriminados y sometidos a tratos crueles dejando el menosprecio y admitiendo que hubo despotismo en su momento y que incitan a reflexionar sobre la igualdad, libertad y la valoración de todos los derechos inherentes al ser humano.

El filósofo (Cossio, 1944), expresa: “existe una diferencia entre un bien jurídico que se pretende proteger y la pena. Pues observa que esa diferencia propicia injusticia por ende es necesario prohibir la imposición de la pena”.

Al respecto, (Roder, 1870) y (Ferri, 1933) “no creían en igualdades ni veían la concordancia entre delito y castigo”.

Mientras el filósofo (Cossio, 1944) resalto la base de dicha frase “nullum crimen, nulla poena sine lege, dicho dualismo entre delito y sanción no existe, debe regularse la pena cuanto más sea posible”.

(Zavala Baquerizo, 2004) siguiendo el pensamiento filosófico de (Jiménez de Asúa , 1958) manifiesta que:

Si no se estableciera sanción penal en fecha anterior del acto y si dejara al criterio de la justicia del juez la imposición de la pena en relación con la lesión causada se llegaría a desproporciones de tal naturaleza que no podría hablarse ni remotamente de una relación justa entre sanción y el bien jurídico lesionado.

Razón que diferencia entre bien jurídico lesionado y sanción. Se pretende que la descripción de delitos y penas se encuentren ya establecidos en un cuerpo legal.

La implementación del principio de legalidad expande el pensamiento de jueces y el del legislador para que realicen un correcto proceso al respaldo del reo. La autora del presente ensayo en su breve crítica expone que la protección de jueces en la actualidad se ha convertido en “salvavidas” de quien comete actos ilícitos dejándolo desapercibido ante conductas reprochables, la sanción debería ser proporcional al acto cometido.

Basándose en la ley del talión el filósofo (Kant, 1737) manifiesta “es mejor la aplicación del ojo por ojo, diente por diente y sangre por sangre a quien no actúa al tenor de la ley”. En el ejemplo de la isla de (Kant, 1737) afirma:

Antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo: porque puede considerársele como cómplice de esta violación pública de la justicia.

(Von Feuerbach, 2017) basado en el aforismo

Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege no hay delito, ni pena sin ley previa como también la locución latina *Nemo iudex sine lege*, ningún juez sin ley; *Nemo damnatur sine legale iudicium* nadie sea condenado sin juicio legal y *nulla poena sine iudicium*, ninguna pena sin juicio legal.

Explica el empirismo de fundamentos del principio de legalidad dispuestos a proteger derechos como Estado constitucional de derechos y justicia también para evitar sucesos históricos que marcaron el rumbo de infractores y jueces que conllevaron a que en la actualidad surja el respeto a la persona humana como lo manifestó en la época denominada siglo de las luces ya que existe valor científico.

(Jiménez de Asúa , 1958) dice:

Cuando surge de la ley la pretensión punitiva del estado, reprimen actos catalogados como delitos con coerción aplicada en una conducta que ante la ley esta recriminada, únicamente si

la ley lo señalase como tal sino existe en la ley no hay porque llamarlo delito ni si quiera establecer penas o sanción.

Sin embargo, como bien dice (Maggiore, 2000)

Que de lo que no se puede dudar es que este principio por su universalidad representa una gloriosa conquista de la conciencia jurídica, que obedece la exigencia de absoluta justicia. Pues, invalidarlo o disminuirlo, revelaría una irrefutable regresión histórica de la humanidad y de la comunidad científica.

La aplicabilidad de sanciones e interpretación de la norma lo hacen órganos jurisdiccionales como personas publicas sustentándose en el principio de legalidad así no hay abuso por parte de autoridades competentes que pueden agravar la situación del detenido. Manifiesta (Roxin, 1997) “Ciertamente, en un Estado de derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el derecho penal, sino también del derecho penal”.

De ahí, se desprende que en el estado constitucional de derechos y justicia donde deslumbra el principio de legalidad, es inadmisibles todo tipo de arbitrariedad del ejercicio de la potestad punitiva estatal, porque el reconocimiento de los derechos es progresivo. Es ahí donde precisan decir que (Zavala Baquerizo, 2004), analiza sobre el hecho “Ningún gobierno puede considerarse democrático si no reconoce y respeta el principio de legalidad”.

4. Requisitos cuatripartitos del principio de legalidad

Los requisitos cuatripartitos atribuidos al principio de legalidad están enunciados como: Lex scripta: como el orden de escritura y los requisitos o reserva de la ley penal; Lex praevia: como el mandato de la no retroactividad de la ley penal; Lex certa: como el mandato de determinar taxatividad, como fundamento en la limitación impuesta a las normas penales a acudir a normas extrapenales; y, Lex stricta: como la prohibición de la analogía por parte de los jueces y juezas y, en general, el requisito de estricta observancia del principio de legalidad en la aplicación de la ley penal, que se desarrolla a continuación:

4.1. Lex scripta o de los delitos y las penas

Para alcanzar los fines de justicia y bien común que persigue toda ciencia, conocimiento y práctica se sustenta en un enfoque sistémico donde la conducta es punible si despliega de un enunciado escrito. En sentido contrario, un precepto verbal está fuera de la acción penal.

Las corrientes del ius positivismo surgen de una serie de principios que son el marco histórico donde se fundamenta la ley escrita y se origina en un entorno de los tiempos modernos donde cambia totalmente el concepto de la vida humana, de la libertad, del pensamiento, es decir, es el renacer, pero sin embargo los que se dicen llamar amantes del positivismo a veces no la obedecen.

En el derecho penal la fundamentación de ley penal escrita es la escuela positivista, surge como opuesto el derecho natural puesto que no es experimental en cambio el derecho positivo si es práctico.

En lo que concierne al iusnaturalismo y al iuspositivismo (Dworkin, 1989) presenta la perspectiva de dos corrientes relevantes para la identificación del derecho y expone:

El razonamiento jurídico invoca y utiliza principios que los tribunales desarrollan lentamente mediante un largo proceso de razonamiento y creación de precedentes.

Estos principios son específicamente morales. En consecuencia, el razonamiento jurídico depende del razonamiento moral, en el sentido de que los principios morales juegan un papel muy importante en el razonamiento jurídico, especialmente en los casos difíciles por lo tanto la separación entre derecho y moral es falsa.

(Troper, 2004) cita a Guido Fassó donde añade “Emplearon un método abstracto y generalizador, lo aplicaron a los datos sacados de los ordenamientos jurídicos positivos constituidos por normas positivas en lenguaje jurídico su efectiva observancia por parte de los miembros de la sociedad”.

Como objeto de estudio en realidad los hechos sociales son factores externos, pero si descubren la labor del legislador es mejor que vean a las normas positivas como validas dentro de procedimientos prescritos por el derecho, en lo cual intervienen típicamente, textos legales: el derecho recopilado en libros. No utiliza métodos sociológicos probados, sino que descubre que los enunciados de las normas son analizados lingüísticamente y deduce a los enunciados

como conceptos jurídicos donde se relaciona lógicamente las normas y se sistematiza al seguir un método jurídico lo que se le conoce como dogmática jurídica.

4.2. Lex praevia o mandato de la no retroactividad

La regla general consiste que antes de los hechos que se pretenden sancionar debe existir una ley. En el momento en que el hecho considerado como conducta desviada sobrepase los límites debe estar establecido antes en la legislación penal con lo cual prohíbe de manera general la retroactividad de la ley penal.

En consecuencia, lo que prevalece es el hecho de evitar que el legislador insista en resolver casos particulares transformándose en juzgador de este modo se excluye la arbitrariedad. Por consiguiente, para que una conducta sea calificada como delito y atribuirle una pena debe estar prevista como tal en una ley positiva vigente en el momento que se realiza el hecho. En el Manual de Práctica Procesal Penal (Zambrano Pasquel, 2009) considera:

Para poder aplicar pena por un hecho, no basta que la ley lo declare delito, sino que es necesario que dicha ley sea previa, anterior al hecho. Con esto se está declarando la irretroactividad de la ley penal; o sea, que ella no puede aplicarse a hechos pasados, sino que debe aplicarse a hechos futuros. La irretroactividad de la ley penal sólo podrá dejarse de lado cuando la ley posterior al hecho sea más favorable al reo (ej.: cuando la ley posterior, establezca pena menor).

Cuando existe derogación de leyes sea anunciando y declarada como tal es derogación expresa y es tacita cuando la nueva ley contenga disposiciones que no se ajusten a las disposiciones de la ley anterior.

Todo acto se rige por la ley vigente al momento de su ejecución, la ultractividad de la ley es el conflicto de aplicación de ley en el tiempo

No obstante, aplica retroactividad de la ley penal más favorable al justiciable cuando el accionar del ciudadano sea acreedor de una sanción menos grave. Suelen proceder de zonas extrapenales, hipótesis sobre la consecuencia penal y el tipo para determinar la ley más benéfica. En consecuencia, si una ley distinta a la ley penal estableciere una sanción menos severa que la vigente, se aplicará la más benigna.

(Bramont Arias, 2002) en su libro Manual de derecho penal. Parte especial. Explica sobre las leyes penales en blanco: “Son aquellas cuyo supuesto de hecho se configura por

remisión a una ley de carácter extrapenal, es decir, se debe recurrir a una disposición de carácter no penal para que se determine con precisión los alcances de la ley penal”.

La autora de este ensayo ha tomado al delito ambiental como ejemplificación de esta posición para su comprensión y asimilado que si los órganos del sector público tienen que regirse bajo normas de supremacía como la Constitución o Tratados Internacionales le es contradictorio la concepción anterior porque con la ley penal en blanco se estaría inobservando el principio de legalidad puesto que la aplicación de la ley penal en blanco respecto al delito contra la naturaleza, se remiten a normas de rango igual o inferior.

En cuanto a la aplicación de la legalidad penal en Ecuador Según (Peña, Echeverría, & Castro, 2008) demuestran que “La tipificación de los delitos ambientales plantea dos cuestiones de particular relevancia: la aplicación del principio non bis in ídem y el principio de legalidad con referencia a la ley penal en blanco”

Principio Non bis in ídem. - Consiste en que ninguna persona puede ser sancionada dos veces por la misma infracción.

4.3. Lex certa o mandato de determinación taxativa

La taxatividad se relaciona con el principio de legalidad pues se encuentra en una posición privilegiada en el sistema normativo al estar recogido por el artículo 1 de la Constitución por tratarse de la doctrina de la jurisprudencia de un principio fundamental del derecho penal. (Rich, 1993) expresa “A pesar de ello en la aplicación al caso concreto en materia penal, dicho concepto dispone al efecto no estar tan claro, así lo plantea dentro de la doctrina” de este modo son escasas las ocasiones en que los tribunales constitucionales han declarado la inconstitucionalidad de una disposición penal debido a su indeterminación.

A pesar de lo anterior la crítica de los tribunales constitucionales por su actitud frente al mandato de determinación a significado otorgar una carta blanca al legislador de esta materia, la omisión de esta falta de deducción de contenidos concretos del mandato de determinación y la indecisión de la jurisprudencia en el tratamiento del aspecto “principio de legalidad” ha llevado a que se cuestione su conceptualización llegando a parafrasear que la idea de determinación en si misma es un concepto ambiguo.

Junto a lo expuesto en el análisis de las exigencias del mandato de determinación, es el legislador quien debe hacer máximo esfuerzo posible para la definición de los tipos penales procurando normas concretas, precisas, claras e inteligibles y reiteradas por ello se recurre a la

regulación de conceptos jurídicos y determinados ante lo cual se deduce que una pésima relativización del mandato de determinación afectará al bien jurídico del que se trate.

Cuando profundizan el tema de la taxatividad se plantea el problema que la noción de certeza en aquellas normas indeterminadas requerirán necesariamente un precepto que los complemente y se admitirá que el legislador no hizo el máximo esfuerzo posible en la definición del tipo penal lo que llegarían a pensar que en un sentido excesivamente vago que le da a los que ni siquiera se vinculan de forma estricta, lo cual dificulta que se pueda hablar de un auténtico control de la determinación de los cánones legales por parte de los tribunales constitucionales. Las exigencias de claridad, inteligibilidad y precisión en los contenidos positivos propios de la norma a través de su vinculación con los distintos fundamentos del principio de legalidad establecen cierto orden de obligación entre ello. Conforme el mandato de determinación pierda aquel grado de exigibilidad de aquel legislador las normas jurídicopenal carecerán de elemento.

La necesidad del sistema penal y los principios constitucionales correspondientes al poder punitivo del estado debe tener su base en el principio de adecuación a la tutela del bien jurídico protegido o ser referente a la infracción de la norma que de manera sustancial representa un valor jurídico penal en su núcleo esencial. Del mismo modo no es posible olvidar que los límites materiales son al legislador penal y los límites materiales a la ley penal se encuentran representados por garantías constitucionales insertos en la ley suprema.

Dentro del aspecto sustantivo del principio de legalidad penal hallan también el requisito de la *lex certa* que implica que el contenido de la ley penal debe ser taxativo, esto quiere decir que al definir las conductas delictivas y prever la correspondiente pena, la ley debe satisfacer un mínimo de claridad precisión y determinación a la vista de la ley penal los ciudadanos deben saber con un margen razonable de certidumbre cual es el comportamiento prohibido y cuál es la sanción de la infracción. Estaría en presencia de lo que (Huerta Tocildo, 1984) manifiesta:

Una exigencia de tipicidad en la ley penal. Se definiría que también por su contenido la ley penal se suficientemente previsible, la previsibilidad es una condición impuesta con carácter general a cualquier norma que respalde la seguridad jurídica, pero saber a qué atenerse a de ser particularmente intenso en materia penal.

Demanda en las normas penales idéntica exigencia de taxatividad que viene impuesta en el artículo séptimo de la convención europea de derechos humanos recogido en el caso *Stell*

con Bélgica 17 de febrero de 2005 donde la exigencia de taxatividad de la ley penal y todo lo demás, está llamada a operar como freno al arbitrio judicial, una ley penal suficientemente clara, precisa y determinada dejara un estrecho margen de libertad de apreciación al juez y uno solo satisfará el requisito democrático de que la voz principal en la definición de delitos y penas corresponde al legislador, no al juez además redundara a favor de una aplicación igualitaria de la ley penal cuyo significado y alcance dependerá poco de las inclinaciones subjetivas de cada órgano judicial, así les resulta obvio que el requisito de la lex certa y sobre todo mandato constitucional el legislador crea y redacta las leyes penales en términos suficientemente taxativo que no dé lugar admitir lo contrario.

La exigencia de taxatividad se traduce en una prohibición constitucional de los llamados tipos abiertos, es decir, aquello en que la norma está en términos tan vagos que depende de las inclinaciones subjetivas del intérprete es decir si una conducta es subsumible en el supuesto hecho y esto ocurre principalmente cuando en la definición del tipo seguro de palabra tiene significado dudoso y en especial cuando arrastran una pesada carga valorativa conceptos como pudor, apología del terrorismo entre otras. La taxatividad también puede conducir a la inconstitucionalidad de presunciones absolutas en la definición de conductas delictivas.

4.4. Lex stricta o prohibición de la analogía

Esta exigencia de taxatividad no opera solo en el momento de la elaboración de la ley penal sino también en el de su interpretación y aplicación, en este sentido la taxatividad excluye la analogía y mala parte, dado que la ley debe ser clara, precisa y determinada no puede ser aplicada en perjuicio del reo un supuesto distinto de lo previsto expresamente por la ley. En el plano puramente teórico es factible trazar una distinción entre analogía e interpretación extensiva. Mientras que la analogía consiste en aplicar la norma a un supuesto similar al previsto por ella, La interpretación extensiva consiste en adoptar de los varios significados posibles de la norma. el más amplio, de manera que resulte subsumible en su supuesto hecho.

A efecto de la exigencia de taxatividad esta distinción teórica es importante porque la interpretación extensiva del caso está prevista por la ley penal y la analogía no lo está.

En la práctica sin embargo resulta difícil deslindar donde acaba la interpretación extensiva y donde comienza la analogía porque ambas tienen un sentido expansivo en la aplicación de la ley.

Si dicen que la taxatividad tiene un sentido teleológico de la aplicación de la ley penal en su significado más favorable al reo entonces la interpretación extensiva de la ley penal tendrá que considerarse como prohibida.

El derecho penal puede presentar a un conjunto de normas o reglas valoraciones y principios jurídicos que prohíben la comisión de delitos y asocian a estos como presupuestas penas o medidas de seguridad. En el control de la conformidad de una exposición penal con la constitución fundamental es preciso requerir la dimensión valorativa de esta, la cual es deducible de una dimensión axiológica derivada de los principios y derechos que se reconocen en ella y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Esta dimensión valorativa en las normas contenidas del derecho penal lleva también adoptar una posición con relación al personal y no concluirlo en polémica sobre la estructura de la norma penal.

Respecto al debate sobre si la norma penal contiene una dimensión imperativa o ha sido una función de motivación en la gestión de un juicio de valor sobre el suceso realizado. La dimensión axiológica es la que determina la adopción de un concepto dual de lo injusto material y típico el desvalor axiológico de la acción o el desvalor axiológico del resultado. En este contexto resulta útil seguir al maestro (Frisch, 2004) quien sostiene:

Los juristas trabajan con decisiones basadas en criterios normativos y valorativos de tal forma que la constitución como prácticamente casi todas las actuales vigentes del mundo parten de una visión autocomprensiva de la capacidad de decisión libre de los humanos y esto se evidencia sobre el abrumador dato sociológico de las percepciones, convicciones, necesidades sociales en un modelo de estado constitucional el reproche por una conducta típicamente injusta solo puede fundarse en esta autopercepción recíproca que el ser humano puede comportarse de acuerdo con la pauta de una norma penal democráticamente concebida

La implicación del derecho penal ha motivado que los tradicionales principios entre ellos el principio de legalidad, limitaran la potestad punitiva del estado, los mismos que ahora se constituyen en principios normativos y vinculantes, sin embargo, este fenómeno sólo ha operado con relación al legislador penal cuando crea normas o las modifica ante procesos de criminalización.

La concepción de principio de legalidad y su implicación en el derecho penal ecuatoriano tiene un impacto sobre la dogmática penal y en virtud de ello sobre el contenido de los diferentes niveles de la teoría del delito.

5. Fundamentos normativos

5.1. Constitución de la República del Ecuador

Hablando de los sustentos normativos, se tiene en primer lugar la Constitución de la República del Ecuador (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008) expresa:

Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

Por su lado el Art. 10.- “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución” (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008).

También el Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

(...) 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley (...); 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. - 7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Desde luego en el Art. 76 de la constitución (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008) manifiesta:

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

(...) 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento; 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.

Y el Art. 82.- “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008).

5.2. Tratados y Convenios Internacionales

Por su lado siendo parte los Tratados y Convenios Internacionales parte del ordenamiento jurídico se tiene:

Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos: Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 11, núm. 2); Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 15 núm. 1); Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (art. 9); Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (art 7 núm. 1); y, de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 7 núm. 2), coinciden en la construcción del principio de legalidad al señalar que “a nadie se le puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito” (Organización de la Unidad Africana, 1981) esto significa que la pena tiene que estar determinada previamente en la ley. Así, se puede conocer con exactitud cuál es la pena más grave aplicable.

Por ello, la Resolución No. 1984/50 de 25 de mayo de 1984, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, aprueba las salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte.

5.3. Código Orgánico Integral Penal

En este sentido, también el Código Orgánico Integral Penal en adelante COIP, contempla las directrices generales del principio de legalidad expuestas a continuación.

Como principio a señalar según la (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014), Art. 5 tenemos “1. Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla”

Cabe destacar la finalidad del código orgánico integral penal para comprender este texto normativo con respecto al principio de legalidad.

El segundo principio estipulado en el Código Orgánico Integral Penal, Art 5, numeral 2 del procedimiento penal fundamenta la aplicación de la irretroactividad y retroactividad de la ley penal en ello se observa. “(...) 2. Principio de Favorabilidad: en caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción” (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014).

Por su lado en el COIP (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014) Art. 13, expresa que:

Las normas de este Código deberán interpretarse de conformidad con las siguientes reglas: 3. Queda prohibida la utilización de la analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos.

También en el Art. 16 del COIP (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014) Manifiesta:

Ámbito temporal de aplicación. - Los sujetos del proceso penal y las o los juzgadores observarán las siguientes reglas:

1. Toda infracción será juzgada y sancionada con arreglo a las leyes vigentes al momento de su comisión.
2. Se aplicará la ley penal posterior más benigna sin necesidad de petición, de preferencia sobre la ley penal vigente al tiempo de ser cometida la infracción o dictarse sentencia

De esta manera una persona solo puede ser sancionada por un hecho u omisión, realizado con posterioridad a la anunciación de la ley penal.

Por último, el Art. 53 expone: “Legalidad de la pena. - No se impondrán penas más severas que las determinadas en los tipos penales de este Código. El tiempo de duración de la pena debe ser determinado. Quedan proscritas las penas indefinidas”. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014)

5.4. Código Orgánico de la Función Judicial

Conforme al estatuto del COFJ (Ecuador, Asamblea Nacional, 2009) manifiesta:

Art. 4.- Principio de supremacía constitucional. - Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido. En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el proceso seguirá sustanciándose. Si la Corte resolviera luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección por parte de quien hubiere sido perjudicado por recibir un fallo o resolución contraria a la resolución de la Corte Constitucional. No se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma jurídica impugnada por la jueza o juez es resuelta en sentencia. El tiempo de suspensión de la causa no se computará para efectos de la prescripción de la acción o del proceso.

Art. 5.- Principio de aplicabilidad directa e inmediata de la norma constitucional. - Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y las servidoras y servidores de la Función Judicial, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, o para negar el reconocimiento de tales derechos. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2009)

Art. 6.- Interpretación integral de la norma constitucional. - Las juezas y jueces aplicarán la norma constitucional por el tenor que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos garantizados por la norma, de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2009)

En efecto el Art. 7 del COFJ (Ecuador, Asamblea Nacional, 2009) contempla:

Principios de legalidad, jurisdicción y competencia. - La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones. Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley. Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravencionales, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley. Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley. No ejercerán la potestad jurisdiccional las juezas, jueces o tribunales de excepción ni las comisiones especiales creadas para el efecto.

En el Art. 25 del COFJ (Ecuador, Asamblea Nacional, 2009) expone:

Principio de seguridad jurídica. - Las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas.

Según el Art. 29 del Código Orgánico de la Función Judicial (Ecuador, Asamblea Nacional, 2009) dice:

Interpretación de normas procesales. - Al interpretar la ley procesal, la jueza o juez deberá tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva o material. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas procesales deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumplan las garantías constitucionales del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes. Cualquier vacío en las disposiciones de las leyes procesales, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de éstas, con los principios constitucionales y generales del derecho procesal.

En el Art. 157 explica: “Legalidad de la competencia. - La competencia debido a la materia, del grado y de las personas está determinada en la ley (...)” (Ecuador, Asamblea Nacional, 2009)

CONCLUSIONES

La ley penal debe describir con claridad los elementos esenciales del ilícito, caso contrario se pondría en riesgo el principio de legalidad al relativizar la tarea del legislador en el ámbito de creación normativa.

Las leyes como actos del Estado deben estar sujetos al ordenamiento supremo porque el principio de legalidad debe establecer los actos emanados del Estado y adecuarlos a la constitución.

Por medio de locuciones latinas *Nulla poena sine lege praevia* que significa no hay pena sin ley previa puede comprender el contexto histórico que se fundamenta científicamente en el principio de legalidad. Además, bajo este aforismo se tiene una idea sobre la existencia de leyes que contienen una lista de delitos y penas antes del cometimiento de supuestos hechos que desvíen la conducta del individuo.

El Estado de Derecho busca que todos los poderes se sujeten a la ley y excluye la existencia de poderes absolutos sean éstos legislativos o de mayoría.

Para el acercamiento al principio de legalidad se debe tomar en cuenta cuatro procesos que forman la taxatividad penal esto es la ley escrita, ley previa no ha lugar la retroactividad de la ley salvo que haya conflictos entre normas que perjudiquen al reo ahí únicamente se aplicara la ley posterior más favorable.

La constitución respalda lo afirmado anteriormente manifestando que nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal y no solo penal sino también administrativa o de otra índole; como tampoco se admite la aplicabilidad de sanción no antes planteada en la constitución esto sugiere que el legislador o asambleísta determine la examinación por vía ordinaria.

A veces se recurre a las normas inferiores para tratar de descifrar lo que está expuesta en la constitución sin pensar que se estaría faltando al principio de legalidad las penas, tipos y conductas las define el legislador, pero si nos basamos en las normas inferiores ya vemos que queda inconsistente lo que la constitución nos quiere decir.

La exigencia de taxatividad concientiza al legislador a realizar tipos penales claros y precisos evitando términos vagos u oscuros que da cabida a la confusión judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy , R. (2003). *Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bacigalupo, E. (1994). *Manual de derecho Penal*. Bogotá: Temis.
- Beccaria, C. (1998). *De los delitos y de las penas*. (J. A. Casas, Trad.) Madrid: Alianza.
- Bramont Arias, L. (2002). *Manual de derecho penal. Parte especial*. Lima: San Marcos.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José"*. Costa Rica: Gaceta Oficial No, 9460 entrada en vigor 11 de febrero de 1978.
- Cossio, C. (1944). *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires : Losada.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. (M. Gustavino, Trad.) Barcelona: Ariel S.A.
- Ecuador, Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial N° 449 del 20 de octubre de 2008.
- Ecuador, Asamblea Nacional. (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito: Registro Oficial Suplemento 544 del 09-Mar-2009; Reformado el 5 de febrero de 2018.
- Ecuador, Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial N° 180 de 10 de febrero de 2014 reformado 14 de febrero de 2018.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Ferri, E. (1933). *Principios de derecho criminal*. (J. R. Muñoz, Trad.) Madrid: Reus.
- Frisch, W. (2004). *Comportamiento típico e imputación del resultado*. España: Marcial Pons.
- Huerta Tocildo, S. (1984). *Sobre el contenido de la anitjuridicidad*. Madrid: Tecnos.
- Jiménez de Asúa , L. (1958). *Principios del Derecho Penal; La ley y el delito*. Buenos Aires: Sudamericana .
- Kant, I. (1737). *La metafísica de las costumbres*. (A. C. Sancho, Trad.) Barcelona: Atalaya.
- Maggiore, G. (2000). *Derecho Penal: Parte especial: De los delitos en particular*. Bogotá: Temis.
- Michilini , J. (2014). *Derecho Penal internacional, evolución, principio de legalidad, delitos, corte penal internacional, aplicación al derecho interno* . Buenos Aires: Ediar.
- Organización de la Unidad Africana. (1981). *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*. Nairobi: Cab/Leg/67/3rev.5, 21ILM 58 1982, entrada en vigor 21 de octubre de octubre de 1986.

- Parga, M. (2004). *Valores constitucionales. Introducción a la filodofía del derecho*. Santiago de compostela : Universidad de Santiago de Compostela.
- Peña, M., Echeverría, H., & Castro, S. (2008). *Manual sobre derecho penal ambiental ecuatoriano*. Quito: Fiscalía general del estado.
- Ramirez García, S. (2003). *La jurisdicción internacional derechos humanos y la justicia penal*. Mexico: Porrúa.
- Real Academia Española de la Lengua. (octubre de 2014). *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 2 de abril de 2019, de Consultado en <https://dle.rae.es/?id=UC5uxwk>
- Rich, M. (1993). *Penales*. Barcelona : S.A. Bosch.
- Roder, C. (1870). *Las Doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena*. Recuperado el 7 de Marzo de 2019, de Google libros: Consultado en https://books.google.com.ec/books?id=Ljw347t7SbgC&pg=PA300&dq=Modderman+la+pena+no+es+un+mal&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwi_6oDGvPngAhUPnlkKHVV5AFsQ6AEIPjAE#v=onepage&q=Modderman%20la%20pena%20no%20es%20un%20mal&f=false
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General: Fundamentos: La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas Ediciones.
- Tinoco, H. (2012). *Introducción a la filosofía del derecho*. Loja: Ciencias Jurídicas.
- Troper, M. (2004). *La filosofía del derecho*. España: Tecnos.
- Von Feuerbach, P. (2017). *Kaspar Hauser. Un delito contra el alma del hombre*. (A. Magnus, Trad.) Madrid: Pepitas de Calabaza.
- Zambrano Pasquel, A. (2009). *Manual de Práctica Procesal Penal*. Lima: ARA Editores.
- Zavala Baquerizo, J. (2004). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Guayaquil: Edino.