

Revista Latinoamericana de Difusión Científica

Volumen 6 – Número 10

Depósito Legal ZU2019000058 - ISSN 2711-0494

Revista Latinoamericana de Difusión Científica



Volumen 6 - Número 10

Enero – Junio 2024

Maracaibo – Venezuela

Debilidades del garantismo en la legislación ecuatoriana

DOI: <https://doi.org/10.38186/difcie.610.10>

Wilter Ronal Zambrano Solórzano *

Nadia Karina Villavicencio Cedeño **

Fabrizio Grismaldo Menéndez Macías ***

RESUMEN

La Constitución de la República del Ecuador es garantista, se centra en la dignidad humana y en la vigencia de derechos y garantías, en la preeminencia de valores y principios humanistas, en la justicia y en la igualdad, y a su estricto apego. En ocasiones los órganos del Estado en sus distintas funciones incurren en abusos de poderes y violentan –o pasan desapercibido- la esencia garantista del Estado ecuatoriano. Por esto, el objetivo de esta investigación alude a determinar el garantismo como modelo en la legislación ecuatoriana y sus debilidades. El diseño de la investigación es cualitativo de tipo documental, con un nivel descriptivo, mediante la aplicación del método analítico, cuya técnica es el análisis de contenido o bibliográfico de normas, doctrinas y jurisprudencia. El garantismo representa una corriente de substrato que transforma el proceso penal para hacer prevalecer los derechos, la legalidad y anular la arbitrariedad. El sistema normativo y judicial penal de Ecuador debe equilibrar las tensiones entre el garantismo y el punitivismo, por eso es esencial reconocer y aplicar el constitucionalismo garantista en disposiciones penales, dado que es ahí donde se contraponen la protección de los derechos y la posibilidad de restricción de los mismos. El eventual debilitamiento del garantismo implicaría un debilitamiento de las normas e instituciones constitucionales.

PALABRAS CLAVE: Garantismo, Derechos Humanos, punitivismo, Ecuador.

* Doctor en Ciencias Jurídicas. Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí (ULEAM), Ecuador. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9111-2758>. E-mail: wrzs1960@yahoo.es.

** Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador. Universidad de las Américas, Ecuador. ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-5204-6136>. E-mail: nadkvc22@gmail.com

*** Magíster en Derecho Penal y Justicia Indígena. Juez de lo Contencioso Administrativo para Manabí y Esmeralda, Ecuador. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1750-5924>. E-mail: serviciosdejusticia@hotmail.com

Weaknesses of the Guarantee in Ecuadorian Legislation

ABSTRACT

The Constitution of the Republic of Ecuador is guaranteed, it focuses on human dignity and the validity of rights and guarantees, on the preeminence of humanist values and principles, on justice and equality, and on their strict adherence. Sometimes the State bodies in their different functions commit abuses of power and violate – or go unnoticed – the guaranteeing essence of the Ecuadorian State. For this reason, the objective of this research is to determine guaranteeism as a model in Ecuadorian legislation and its weaknesses. The research design is qualitative of a documentary type, with a descriptive level, through the application of the analytical method, whose technique is the content or bibliographic analysis of norms, doctrines and jurisprudence. Guaranteeism represents a current of substrate that transforms the criminal process to ensure rights, legality and annul arbitrariness. The regulatory and criminal judicial system of Ecuador must balance the tensions between guaranteeism and punitivism, which is why it is essential to recognize and apply guarantee constitutionalism in criminal provisions, given that this is where the protection of rights and the possibility of restriction conflict. thereof. The eventual weakening of the guarantee would imply a weakening of constitutional norms and institutions.

KEYWORDS: Guarantee, Human Rights, punitivism, Ecuador.

Introducción

En el abordaje del modelo garantista o garantismo subyace la comprensión, análisis e interpretación de fenómenos que traspasan la frontera de lo jurídico, y arroja temas sociológicos, filosóficos y antropológicos, que invitan a reflexionar y cuestionar sobre valores y principios relacionados con el Estado de Derecho y la incidencia en las sociedades modernas.

Bajo este modelo el derecho penal se minimiza y se concibe como un instrumento de las instituciones estatales para mantener el orden social y juzgar a quienes hayan incurrido en hechos punibles. Esa minimización viene dada a través de la prevalencia de los Derechos humanos fundados en garantías constitucionales, de ello se deriva la importancia de determinar el *deber ser* del *ser*, de la validez y efectividad de las intervenciones punitivas. Desde el enfoque garantista el Derecho se asume como ciencia y

como práctica jurídica, para cuestionar y criticar desde lo válido y desde lo efectivo, y su articulación con los derechos constitucionalmente reconocidos.

La Constitución de la República del Ecuador es garantista, se centra en la dignidad humana y en la vigencia de derechos y garantías, en la preeminencia de valores y principios humanistas, en la justicia y en la igualdad, y a su estricto apego. Por esto, el derecho penal en Ecuador debe prever el minimalismo punitivo, con claras limitaciones al poder punitivo del Estado.

Sin embargo, en ocasiones los órganos del Estado en sus distintas funciones incurren en abusos de poderes y violentan –o pasan desapercibido- la esencia garantista del Estado Ecuatoriano. El legislador emite leyes marcadamente punitivas e intervencionista; el juzgador desatiende las garantías y principios constitucionales en el transcurso de los procesos; y el ejecutivo administra un régimen carcelario caracterizado por el hacinamiento y desprovisto de derechos humanos. Ante esta realidad, surge la pregunta: ¿El garantismo ecuatoriano es débil?

El objetivo que persigue esta investigación se direcciona a determinar el garantismo como modelo en la legislación ecuatoriana y sus debilidades, por lo que se estima prudente reflexionar la concepción teórica del garantismo como soporte de derechos fundamentales, el garantismo bajo en enfoque de la Corte Constitucional del Ecuador, y estudiar el supuesto debilitamiento del garantismo en el derecho penal ecuatoriano.

Desde el punto de vista metodológico, este estudio reviste un diseño cualitativo de tipo documental, encuadrado en el garantismo en el contexto jurídico ecuatoriano, con un nivel descriptivo dado que se pretende especificar las propiedades y características del tema central –garantismo-. El método aplicado es el analítico caracterizado por su rigurosidad científica que permite detallar, particularizar, profundizar y reflexionar sobre el tema objeto de estudio. La técnica de investigación empleada es el análisis de contenido o bibliográfico, conformado por normas constituciones y legales, opiniones y posiciones doctrinales, y criterios jurisprudenciales emanados de la Corte Constitucional del Ecuador.

1. Visión teórica del garantismo como soporte de derechos fundamentales

El garantismo en su relación con el derecho penal apunta a su minimización, es decir, al minimalismo penal, cuya premisa central manifiesta la disminución del sistema

punitivo y la aplicación de este solo en casos extremadamente graves, cuando no exista una vía menos gravosa para afrontar una situación punible, de tal manera que, el garantismo tiende a profundizar la tutela de los derechos mediante un sistema de garantías y de límites al poder estatal, esto ante el uso del derecho penal como forma de extralimitación de poderes y como herramienta para hacer prevalecer, de forma extrema y contraria a Derecho, el denominado *ius puniendi* del Estado, con inobservancia a los derechos y las relaciones intersubjetivas de las personas.

El garantismo en materia penal se corresponde entonces con esa visión de un derecho penal mínimo que, siguiendo a Cornejo Aguilar (2016), está conformado por un conjunto de garantías penales tanto de naturaleza sustancial como de naturaleza procesal, de dichas garantías se derivan principios, algunos de esencial sustancia como: la legalidad, la taxatividad, la lesividad, la materialidad y la culpabilidad; y otros de naturaleza procesal como: el principio de contradicción, la presunción de inocencia, la carga de la prueba, la oralidad, la publicidad, e la independencia. Según el comentado autor, cada una de estas garantías en el ámbito penal persigue distintos objetivos, las primeras, referidas a las sustanciales atienden a la averiguación de la verdad jurídica, entre tanto, las segundas referidas a las procesales, tienen que ver con la averiguación de la verdad fáctica.

Desde otro enfoque, el garantismo también se concibe como una corriente del pensamiento criminológico de sesgo contractualista y utilitarista, que proporciona ideas sustanciales para la transformación del procedimiento judicial y la mitigación de las penas, y que se soporta en el principio de legalidad para impedir las arbitrariedades del poder y como mecanismo para la averiguación de la verdad por medio de la oficialidad, la imparcialidad, la prontitud y la publicidad, y la eliminación de los castigos crueles con base a la proporcionalidad (Miranda & Vallejo, 2020).

Desde el punto de vista del derecho constitucional, el garantismo afianza la vigencia de los Derechos humanos frente al poderío estatal, y precisamente por ello se ha incorporado en algunas constituciones, como en la Constitución de la República del Ecuador (2008), para asegurar la comentada vigencia, con independencia de quien sea el detentor de los derechos, y sin presiones hacia el sistema judicial, pues lo que se pretende es la protección del Estado a todas y todos, tanto víctimas como victimarios. A decir de Coka, Puetate y Chugá (2022, pág. 352):

...el garantismo se encuentra estrechamente ligado a los principios como el de legalidad e igualdad, que determinan la vigencia de los derechos fundamentales sin discriminación a persona alguna, en este sentido juega un rol importante el principio de inocencia consagrado en nuestra Constitución del Ecuador, del cual se presume la inocencia de una persona mientras no se declare lo contrario por autoridad competente y bajo el orden de una sentencia debidamente ejecutoriada.

Como se observa, el garantismo puede ser enfocado desde diversas ópticas, y sobre la base de ello varios autores han intentado entenderlo y definirlo. Así, Perez Luño, citado por Cornejo Aguiar (2016), expresa que el garantismo está configurado por un conjunto de facultades e instituciones que concretan las exigencias de la dignidad, libertad e igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas en los ordenamientos nacionales e internacionales. Ávila Santamaría, citado también por Cornejo Aguiar (2016), lo refiere como un sistema garantista que prefiere beneficiar a los culpables, porque es mucho más grave encerrar a un inocente que tener a una persona culpable libre. No obstante, es Ferrajoli (1995), quien sienta las bases y punto de partida para el entendimiento y explicación jurídico, filosófica y social del garantismo, en su concepción normativa o prescriptiva, y en su concepción fáctica o descriptiva: “Es decir, desde esta perspectiva, se asume al derecho como ciencia y práctica jurídica, en donde el garantismo estimula el espíritu crítico y la incertidumbre permanente sobre la validez de las leyes y de sus aplicaciones, de manera que, como su propia denominación indica, el minimalismo aboga por un Derecho penal restringido a lo mínimo necesario, en correlación con el derecho válido y efectivo” (Cornejo Aguiar, 2016, pág. 220).

Al respecto, Ferrajoli (1995) expone que el garantismo en el ámbito penal, admite tres acepciones diversas pero relacionadas entre sí, y susceptibles de ser tratadas en todos los campos del ordenamiento jurídico:

1. El garantismo designa un *modelo normativo de derecho*, el modelo de estricta legalidad inherente al Estado de Derecho. Dicho modelo, según expresa el comentado autor, se caracteriza en el plano epistemológico como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela para minimizar la violencia y maximizar la libertad, y en el plano jurídico como un sistema

de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos humanos.

2. El garantismo designa una *teoría jurídica de la validez y de la efectividad* como categorías distintas entre sí y respecto de la existencia o vigencia de normas. Ferrajoli (1995) explica que esta acepción expresa una aproximación teórica que separa el ser y el deber ser en el derecho, y cuya cuestión central se encuentra en la divergencia existente en los ordenamientos entre modelos normativos (normalmente garantistas) y prácticas operativas (normalmente antigarantistas), interpretados mediante la antinomia entre validez de los primeros, y la efectividad de las segundas: "...la teoría que contribuye a fundar es una teoría de la divergencia entre normatividad y realidad, entre derecho válido y derecho efectivo, uno y otro vigentes..." Ferrajoli (1995, pág. 852).

3. El garantismo designa una *filosofía política*. Esta acepción impone al Derecho y al Estado una carga de justificación externa que sean contestes con los bienes y los intereses cuya tutela y garantía constituyen sus finalidades. Se trata de asumir un punto de vista únicamente externo (desde lo ético-político), a los fines de la legitimación y de la deslegitimación ético-política del Derecho y del Estado.

Sobre la base de lo anterior, y con una perspectiva más general, Ferrajoli (1995) delinea los elementos de una *teoría del garantismo*, que puede tener un alcance teórico y filosófico más allá del derecho penal, en los siguientes parámetros:

...vigencia producida por los desniveles de normas y un cierto grado irreductible de ilegitimidad jurídica de las actividades normativas de nivel inferior; la distinción entre punto de vista externo (o ético-político) y punto de vista interno (o jurídico) y la correspondiente divergencia entre justicia y validez; la autonomía y la precedencia del primero y un cierto grado irreductible de ilegitimidad política de las instituciones vigentes con respecto a él.

Como se observa, el garantismo propone al Derecho como garantía de las limitaciones del poder estatal, como una forma de reivindicación de la supremacía de la ley y del sometimiento del Estado a los derechos humanos. El Derecho no se considera como instrumento de la política, sino que la política pasa a estar sometida a normativas constitucionales y legales, el garantismo entiende más allá del concepto de la validez (propio de la teoría kelseniana), por lo que, "...el Derecho además de la legitimación

formal (estricta legalidad) también tiene que satisfacer los criterios exigidos por los derechos fundamentales (legitimación sustancial)” (Moreno Cruz, 2007, pág. 829) . En otras palabras, este modelo garantista:

...en su dimensión normativa del derecho, cumple una función de limitación del poder. Esta dimensión se identifica, en Ferrajoli, con el Estado de derecho, y los límites al poder se materializan con los principios de legitimación formal y legitimación sustancial. En su dimensión de teoría del derecho, incide en una nueva concepción de la cientificidad del derecho y promulga un iuspositivismo crítico que fortalece el papel de los jueces y de los juristas como los encargados de la mejora permanente de los ordenamientos jurídicos. En su dimensión de filosofía política, asume la responsabilidad de la crítica y deslegitimación externa de los ordenamientos jurídicos con base en criterios éticos-políticos (Moreno Cruz, 2007, pág. 852).

Lo expuesto exige algunas consideraciones en torno a la figura de las garantías, pues en los contextos jurídicos actuales los límites, restricciones o barreras normativas – ¿y reales?- al poder del Estado se condensan en las garantías constitucionales, en el caso ecuatoriano circunscritas en los artículos 10 y 11 de la vigente carta magna. Así, estas garantías constitucionales son:

...herramientas jurídicas que sirven para evitar, frenar o enmendar la violación de cualquier derecho reconocido dentro de la Constitución vigente en el país, dado que, si no existiesen dichas garantías, los derechos establecidos dentro de la Carta Magna se convertirían únicamente en enunciados sin eficacia ni eficiencia jurídica en la práctica misma; de manera que, en realidad, el ciudadano quedaría en una situación de total indefensión ante la presencia de una determinada violación de un derecho fundamental tipificado y consagrado (Noboa Larrea, Bonilla Alarcón, & Galbor Becerra, 2019, pág. 51).

En este sentido, el garantismo en su relación con el derecho penal propugna que medidas severas impuestas ante la comisión de un delito, como la privación de libertad, no es la forma más adecuada para contrarrestar la delincuencia. He aquí entonces un punto de enfrentamiento entre el garantismo y el punitivismo, dado que la esencia de este último se afianza en la aplicación de sanciones de tipo corporales –como la privación de la libertad en regímenes penitenciarios- y donde se verifica la supremacía del Estado, con lo cual se evidencia “...una paradoja en la cual a fin de generar el marco de protección de los

derechos humanos se necesita de un control entendido como la aplicación del poder penal” (Cornejo Aguiar, 2016, pág. 222).

En todo caso, lo que resulta indiscutible es la prevalencia de los derechos humanos, trátase de la persona que resulte víctima de un delito, trátase de la persona que cometa el delito, a ello apunta el garantismo, en el cual el reconocimiento de los derechos humanos y su vigencia y efectividad –normativa y práctica; válida y efectiva- deben ser conforme a las disposiciones constitucionales y a los principios y garantías rectores del entramado penal guiados por criterios de igualdad, justicia y humanismo, que en el orden ecuatoriano se encuentran estatuidos en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) (2014). Aunado a que la vigente Constitución de la República del Ecuador (2008), asume como modelo constitucional el ser garantista, o más propiamente, el modelo garantista, al preverse como “...un Estado constitucional de derechos y justicia...” (artículo 1°), lo cual se concretiza, en el ámbito penal, en el artículo 76 que preceptúa las garantías básicas que deben ser salvaguardadas en todo proceso. Por tanto, todo proceso que implique juzgamiento penal debe estar conforme con los lineamientos garantistas previstos en el texto constitucional y que, en esencia, permite la promoción y protección de los derechos humanos de todos y todas, y no solo formas de juzgamiento e imposición de sanciones.

2. El garantismo bajo en enfoque de la Corte Constitucional del Ecuador

Concedido el garantismo dentro del marco constitucional ecuatoriano, resulta imprescindible anotar el papel que juegan los juzgadores en la implementación de las garantías en casos de índole penal, pues, el juez en el Estado Garantista se convierte en activista, y tiene la posibilidad de analizar la aplicación de las normas constituciones para cada caso concreto por medio de herramientas como la ponderación, que permitan una motivación justa de las resoluciones ((INREDH), 2012).

La motivación de las resoluciones otorga mayor legitimidad al garantismo penal La aplicación de la justicia motivada debe corresponderse con el garantismo constitucional, propuesto por Ferrajoli y plasmado en la Constitución Ecuatoriana, que cuestiona:

...la distinción entre principios y reglas y entiende que los derechos humanos no son simplemente valores o exigencias axiológicas de carácter moral, sino que, en el Estado constitucional, se configuran como normas en sí mismas, normas

de carácter superior que tienen primacía sobre la legislación ordinaria. El garantismo se puede definir así como un iuspositivismo reforzado, ya que amplía la noción tradicional de la ley típica del positivismo decimonónico para incluir los preceptos constitucionales, de manera que la legalidad no puede entenderse ya en un sentido puramente formal, sino también material: el constitucionalismo supone que el “deber ser” del Derecho se positiviza (Mesa León, 2023, pág. 7).

Dado este papel protagónico que tienen los jueces en el resguardo del garantismo y su aplicación en las esferas penales, resulta importante conocer los criterios jurisprudenciales, esbozados en algunas sentencias, que sobre esta materia ha sentado la Corte Constitucional del Ecuador.

El Estado Ecuatoriano, como Estado constitucional, tiene la obligación de legitimar y dar contenido a los derechos fundamentales. El constitucionalismo ecuatoriano encuentra fundamento en el garantismo asumido como limitación al poder para neutralizar sus abusos. Sin embargo, este modelo constitucional enfrenta serias dificultades en la *inflación legislativa* y en las disfuncionalidades del *lenguaje legal*, que incide en la efectiva ejecución de la capacidad reguladora del Derecho, además del recelo o timidez que tiene los operadores de justicia en la adopción de estándares argumentativos precisos que permitan materializar de forma efectiva los derechos constitucionales (Sentencia No. 201-12-SEP-CC, 2012).

Según Sentencia No. 090-15-SEP-CC del 25 de marzo de 2015, la Corte Constitucional del Ecuador (2015) sostiene que el garantismo representa el sustento para efectivizar y otorgar legitimidad y contenidos concretos a los derechos constitucionales, en el marco de un Estado Constitucional, otorgándole el carácter normativo a los preceptos atinentes a los derechos, y expresa que a través del garantismo “...lo que se intenta es representar, interpretar y explicar el contenido de los derechos para precisamente articular las garantías, asimiladas como técnicas normativas diseñadas para tutelar los derechos constitucionales y correlativamente para neutralizar y limitar el abuso de poder” (Sentencia No. 090-15-SEP-CC, 2015, pág. 9) . En similares términos, la Corte Constitucional en Sentencia No. 301-15-SEP-CC de fecha 16 de septiembre de 2015 (2015) , asume al garantismo como soporte, efectividad y contenido sustancial de los derechos y su supremacía.

Por tanto, el Ecuador al ser un Estado constitucional de derechos y justicia, regido por el modelo garantista de derechos, requiere de garantías constitucionales para su consolidación y desarrollo, en el entendido que el garantismo cumple la función de establecer técnicas de garantías idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad de los derechos constitucionales, por lo que el garantismo traspasa la barrera de avalar las formas de producción del derecho, e incluye su elaboración jurídica dirigida a evolucionar la programación de sus contenidos sustanciales en vinculación normativa con la justicia (Sentencia No. 090-15-SEP-CC, 2015), por ello:

Esta Corte Constitucional recuerda que, el constituyente a fin que tenga lugar una real y efectiva vigencia de un Estado constitucional de derechos y justicia, reconoció a favor de los intervinientes en un proceso una serie de garantías, derechos y principios rectores en los cuales deben circunscribirse las actuaciones de los poderes públicos... Conforme lo manifestado, los operadores de justicia se encuentran obligados a garantizar el ejercicio del derecho al debido proceso en sus diversas garantías como son: la defensa, ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en contra; obtener una decisión debidamente motivada; y, la posibilidad de recurrir el fallo (Sentencia No. 133-17-SEP-CC, 2017, págs. 20-21).

Sobre la necesidad de aplicar los principios que sustenta el garantismo penal, llama la atención el voto concurrente esgrimido por el Juez Constitucional Ávila Santamaría en Sentencia No. 2505-19-EP/21 de fecha 17 de noviembre de 2021 (2021) , al plantear consideraciones que resultan no solo adecuadas sino necesarias para la aplicación mínima del derecho penal. A este tenor, el comentado juez reflexiona acerca de la crisis carcelaria que atraviesa el país, cuyas causas y soluciones son estructurales y multifactoriales, y exhorta a tomarse en serio el garantismo penal y el derecho penal mínimo, pues uno "...de los antídotos para afrontar la crisis es respetar y garantizar los derechos y principios reconocidos en la Constitución. A la violación grave de derechos, más respeto y protección de los mismos la previene" (Sentencia No. 2505-19-EP/21, 2021, pág. 18) . En estas reflexiones, el juez admite la necesidad de revisar profunda y urgentemente las políticas punitivas existentes, incluso admite que la Corte Constitucional también tiene una parte de responsabilidad al conocer causas en donde habilita o restringe el poner punitivo, en donde aplica o deja de aplicar los principios y derechos constitucionales.

No obstante, reconoce que el poder punitivo es necesario, pero caracterizado por la excepcionalidad, de acuerdo con el derecho penal mínimo el cual “...exige maximizar la libertad y minimizar el uso del poder punitivo. A mayor ejercicio de derechos, menor necesidad de las restricciones que se producen por el uso de la violencia que se despliega con el poder punitivo ” (Sentencia No. 2505-19-EP/21, 2021, pág. 19).

Asimismo, en sentencia No 8-20-CN/21 del 18 de agosto de 2021 (2021), en otro voto concurrente el Juez Constitucional Ávila Santamaría plantea que el garantismo penal pregona el uso racional y excepcional del poder punitivo, y sobre ello tanto la función legislativa como la función judicial tienen como objetivo principal limitar el poder punitivo que está en manos de la función ejecutiva, dado que, lamentablemente, en la experiencia del sistema penal ecuatoriano –y del mundo- cuando no se limita al poder punitivo se producen graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos como detenciones arbitrarias, hacinamiento carcelario, malos tratos, entre otros: “La Constitución vigente, nos guste o no, es garantista penal. No es funcionalista. Los legisladores...no tienen libertad para configurar el proceso penal ni las penas. Cuando no hay suficiente justificación para restringir los derechos, deben prevalecer los derechos” (Sentencia No. 8-20-CN/21, 2021, pág. 16).

En otro orden, autores como Izquierdo Franco (2015) , critica la denominada casación *de minimis* frente al neoconstitucionalismo garantista previsto en el texto constitucional del Ecuador. Plantea este autor que, en ocasiones la Corte Nacional de Justicia inadmite o rechaza un recurso de casación por no encajar, encuadrar o insertarse en la causal de casación supuestamente adecuada, sin hacer consideraciones de méritos o validez de los argumentos, es decir, esa declaratoria de improcedencia adolece de motivación y justificación, ello representa una casación *de minimis*. Conforme a este auto, se vislumbra una violación a derechos constitucionales –por ejemplo: derecho a la defensa, derecho a la tutela judicial efectiva- y un conflicto con el sistema garantista:

...la casación, como todo acto del poder público en general, ha de estar ella misma sometida a los derechos y, como acto jurisdiccional en particular, está sujeta a un alto estándar constitucional en virtud del cual pueda fungir no solo como cauce sino como garantía de los derechos. Asegurar esto es precisamente el contenido fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva. Por lo tanto, es particularmente gravoso en un modelo neoconstitucionalista que sea precisamente el proceso judicial –y dentro de él, el recurso máximo– el

vehículo de una violación constitucional, y ello no de modo accidental...sino esencialmente, porque el mismo modo de resolver es antijurídico (Izquierdo Franco, 2015, págs. 112-113).

Se recomienda que esta práctica desarrollada por la Corte Nacional de Justicia, incluya el elemento vertebral de toda resolución como es la motivación, lo cual implica la explicación con argumentaciones de hecho y de derecho, como soporte de la actividad jurisdiccional llevada a cabo en un esquema propio del garantismo.

3. El garantismo en el derecho penal ecuatoriano: ¿Noción débil?

Para iniciar la línea argumentativa de este apartado, resulta interesante retomar algunas ideas de Ferrajoli (1995) en cuanto a la presencia del modelo penal garantista en la Constitución italiana –y en otras Constituciones- como parámetro de racionalidad, justicia y legitimidad de la intervención punitiva pero que en la práctica se encuentra ampliamente desatendido. Esta misma reflexión puede traerse a colación para el caso ecuatoriano: “Esta divergencia entre la normatividad del modelo en el nivel constitucional y su ausencia de efectividad en los niveles inferiores comporta el riesgo de hacer de aquél una simple fachada, con meras funciones de mistificación ideológica del conjunto” (Ferrajoli, 1995, pág. 851).

Tal como se ha anotado, la Constitución Ecuatoriana (2008) es garantista, cuyo eje central está en el reconocimiento de los derechos humanos, que se compagina con el régimen del buen vivir plasmado también en la carta suprema, por lo que toda *infra* regulación debe atender a este modelo, especialmente la rama punitiva del derecho penal, en otras palabras, “...el derecho penal, que surge al amparo de nuestra Constitución, debe establecer un minimalismo punitivo...ya que lo que se busca, es garantizar que los derechos del procesado y la víctima, tengan un límite de intervención penal con relación al poder punitivo del Estado...” (Cornejo Aguiar, 2016, pág. 223).

De forma particular, aunque no exclusiva, la regulación principal de la materia penal se estructura en el Código Orgánico Integral Penal (2014), que según el voto concurrente del juez Ávila Santamaría en Sentencia No. 2505-19-EP/21 (2021, pág. 17) , “...es eficientista y expansionista del poder punitivo, sus reformas legales también han potenciado su maximalismo demagógico y populista”, por ende, se verifica un indicio de

debilidad del garantismo en la legislación ecuatoriana. Además, el comentado juez constitucional afirma:

El COIP promueve que más gente, por más razones y por más tiempo, puedan estar privadas de libertad. La multiplicación de tipos penales, comparado con el anterior Código Penal, es evidente. El COIP también promueve que las personas estén por más tiempo privadas de libertad y con menos posibilidades de salir. Las penas se incrementaron, se restringió la posibilidad de medidas y penas alternativas y de cuestiones como el entorpecimiento de la pre-libertad. El COIP, además, promueve que las condenas sean más rápidas y sin las debidas pruebas, por procedimientos como el abreviado, que sustenta la condena, como en los peores días del sistema inquisitivo, en la sola aceptación del hecho delictivo por parte del procesado. Por este tipo de procedimientos tenemos más condenas y sin un verdadero juicio provisto de garantías. El resultado de estas medidas legislativas es, entre otras, el hacinamiento carcelario (Sentencia No. 2505-19-EP/21, 2021, pág. 17).

Precisamente, Ávila Santamaría, citado por Cornejo Aguiar (2016) , presenta un listado de enunciaciones que podrían considerarse como cuestiones punitivas estipuladas en el Código Orgánico Integral Penal (2014) y, por lo tanto, factores regresivos y debilidades del garantismo en el ámbito penal ecuatoriano, dado que implican alejamiento de los derechos humanos, preeminencia del *ius puniendi* estatal e inclinación a medidas más gravosas:

- Inaplicabilidad de alternativas a la pena privativa de libertad.
- Aumento de penas.
- Incremento de circunstancias agravantes y disminución de atenuantes.
- La multa como pena en ocasiones es impagable, y se convierte en una verdadera carga para las personas.
- La pena como rehabilitación y resocialización es de imposible cumplimiento.
- Las estadísticas del sistema penal se basan en un mayor número de sentencias condenatorias y mayor número de personas privadas de libertad, en el menor tipo posible.

Ahora bien, para poder llegar a un punto de equilibrio entre el garantismo – necesario para proteger derechos- y el punitivismo –en ocasiones necesario para lograr la justicia-, y así de alguna manera contrarrestar las debilidades del sistema garantista, Cornejo Aguiar (2016) refiere un conjunto aspectos que deben ser considerados,

especialmente por el juez al momento de conocer situaciones que involucren hechos delictivos para la vigencia de la igualdad y la justicia con enfoque de derechos y la motivación de sus decisiones, entre dichos aspectos, destacan: la determinación del bien jurídico que debe ser protegido; el principio de mínima intervención penal; la aplicación de los principios configurativos del bloque de constitucionalidad; la aplicación del principio de proporcionalidad; y la delimitación del principio de lesividad.

Así, por ejemplo, la Corte Constitucional del Ecuador (2021), al considerar la figura de la prisión preventiva hace un ejercicio jurídico-reflexivo y apegado a principios constitucionales que a su vez envuelven los comentados aspectos, y expone que en:

...la prisión preventiva existe una clara tensión entre la salvaguarda de la eficacia del proceso penal y la garantía misma de los derechos del procesado. Es por ello que la prisión preventiva es una medida cautelar de última ratio que únicamente es justificable desde una perspectiva constitucional si (i) persigue fines constitucionalmente válidos tales como los establecidos en el artículo 77 de la CRE; (ii) es idónea como medida cautelar para cumplir estas finalidades; (iii) es necesaria al no existir medidas cautelares menos gravosas que igualmente puedan cumplir la finalidad que la prisión preventiva persigue; y, (iv) si la salvaguarda de la eficacia del proceso penal es proporcional frente al alto nivel de afectación en las esferas de libertad del procesado. De otro modo, la imposición de la prisión preventiva supone una restricción injustificada y arbitraria (Sentencia No. 8-20-CN/21, 2021, pág. 8).

Como se aprecia, los jueces, a los efectos de ponderar el garantismo y el punitivismo, deben recurrir a este tipo de ejercicios argumentativos, lógicos y conforme al tipo de Estado constitucional de derechos y justicia que representa Ecuador. Así, el equilibrio entre esos aspectos contribuyen para la buena marcha de la justicia, porque, tal como esboza Terán Carrillo (2022, pág. 39) "...Mientras los derechos humanos son progresivos, el *ius puniendi*, ha de ser regresivo; pero la suerte del *ius puniendi*, ha de depender del destino de los derechos humanos", y ese destino depende del garantismo como base constitucional que responda a intereses asociados con la igualdad, la seguridad jurídica, el debido proceso, y el humanismo. Empero, se advierte que:

El garantismo promueve la protección de los derechos humanos, pero sabe que todo aquel que transgreda las normas penales...luego de demostrada su culpabilidad, merece una sanción penal y la prisión. El garantismo no es alcahuetaría para dejar libres a aquellos que no saben vivir en sociedad, esto partiendo del criterio ponderado y fundamentado de los administradores de Justicia,

quienes son los llamados a hacer valer el debido proceso, pero también llamados a hacer cumplir el verdadero espíritu de la ley y de hacer valer la misión para lo que fueron designados... un juez garantista es el que respeta el proceso judicial... (Coka Flores, Paucar, Jairo, & Chugá Quemac, 2022, pág. 351).

Entonces, les corresponde a los jueces mantener incólume al garantismo en los procesos penales y evitar su debilitamiento, sin que ello signifique una desprotección para la sociedad o una reivindicación para el presunto culpable, sino que apunta a destacar la vigencia de los derechos humanos para todas las personas, sin discriminación, y ante todas las instancias, con una mínima intervención penal tanto para la víctima como para el victimario. Además, el garantismo involucra no solo la vigencia de la norma penal, sino la validez de la norma penal en cuanto a su correspondencia con el goce y ejercicio de los derechos previstos en la Constitución y tratados internacionales sobre la materia, para lo cual se exige analizar de forma individual caso por caso y actuar de acuerdo a las particularidades de cada uno, para que así el derecho penal se considere una disciplina integral que incluya garantía de derechos, procesos justos, nulidad de abusos, y reparaciones integrales, esa es la clave para el sostenimiento del garantismo en el Ecuador.

Conclusiones

El modelo garantista puede llegar a crear tensiones entre quienes consideran la punitividad como único medio para lograr la justicia, mediante una férrea intervención del poder estatal, y quienes se inclinan a buscar justicia desde la salvaguarda de los Derechos humanos y la vigencia de los principios constitucionales cónsonos con el garantismo.

El sistema normativo y judicial penal de Ecuador debe equilibrar esas tensiones, por eso es esencial reconocer y aplicar el constitucionalismo garantista en disposiciones penales –como el COIP–, dado que es ahí donde se contraponen la protección de los derechos y la posibilidad de restricción de los mismos. En el garantismo, se protegen los derechos de las víctimas y se reconocen sus derechos de reparación y no revictimización, pero a la vez deben protegerse los derechos de las personas sometidas a procesos penales a quienes, luego del cumplimiento de las etapas procesales con observancia del debido proceso, podrían restringírsele ciertos derechos, como su derecho a la libertad.

El garantismo representa así una corriente de substrato que transforma el proceso penal para hacer prevalecer los derechos, la legalidad y anular la arbitrariedad. Lo importante es no instrumentalizar el garantismo como vía de escape de la justicia, ante esto deben estar atentos los operadores de justicia, pues si bien el garantismo apunta a una igualdad de derechos y justicia, no debe convertirse en mecanismo de evasión de responsabilidades penales que pueda generar impunidad, de allí que se insista en el papel protagónico que juegan los jueces al impartir justicia en un sistema de equilibrios garantista.

Para concretizar, no hay que pasar por alto las acepciones del garantismo propuestas por Ferrajoli, de su interpretación integral se podrá tener una visión más completa y adecuada, y por lo tanto más efectiva, del sistema garantista asumido como: modelo normativo de derecho con apego a la legalidad, como teoría de la validez y de la efectividad relacionada con la aproximación teórica entre el ser y el deber ser, y como filosofía política para la legitimación o deslegitimación del Derecho y del Estado a partir de la visión ético-político.

En garantismo penal funda su existencia en las normas constitucionales con sometimiento a la institucionalidad democrática y legítima. El eventual debilitamiento del garantismo implicaría un debilitamiento de las normas e instituciones constitucionales. Una muestra de ese eventual debilitamiento, es la comentada crisis carcelaria, la cual exige una profunda revisión de las normativas penales y del andar jurisdiccional, de ahí la necesidad innegociable de su vigencia y la minimización de la punitividad como política de Estado. Por tanto, es necesario el reforzamiento de la presunción de inocencia, el debido proceso, la privación de libertad como última y excepcional forma de castigo, la disminución de las penas, y la correcta aplicación de la proporcionalidad como manera de sopesar el daño causado y el castigo merecido.

Referencias

Asamblea Nacional. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito, Ecuador: Registro Oficial No. 180. 10 de febrero de 2014.

Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Montecristi, Ecuador: Registro Oficial No. 449. 20 de octubre de 2008.

W. R. Zambrano Solórzano et al// Debilidades del garantismo en la legislación ecuatoriana,150-167

Coka Flores, D., Paucar, P., Jairo, & Chugá Quemac, R. (2022). El garantismo y su desigualdad en la legislación ecuatoriana. *Revista Universidad y Sociedad*, 14(S3), 350-357.

Cornejo Aguiar, J. (2016). El garantismo y el punitivismo en el Código Orgánico Integral Penal. *Ius Humani. Revista de Derecho*, 217-227.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.

Izquierdo Franco, P. (2015). El recurso de casación ante el neoconstitucionalismo garantista: crítica filosófica y constitucional de una casación de minimis. *FORO. Revista de Derecho*(23), 95-130.

Mesa León, A. (2023). Garantismo Constitucional y Cosmopolitismo en la era Postpandemia. Perspectivas y Desafíos. *Universitas*(42), 2-22.

Miranda, M., & Vallejo, G. (2020). ¿Qué es el Garantismo? *Contrainfo*.

Moreno Cruz, R. (2007). El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XL(120), 825-852.

Noboa Larrea, G., Bonilla Alarcón, L., & Galbor Becerra, A. (2019). El garantismo constitucional frente al activismo judicial en la administración de justicia ecuatoriana. *Revista Científica Uisrael*, 6(3), 43-54.

Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos en el Ecuador (INREDN). (2012): *El Derechos penal en un Estado Garantista, un «deber ser»del nuevo Código Orgánico Integral Penal*. Obtenido de <https://inredh.org/seguridad-ciudadana-y-derechos-humanos-en-el-ecuador-el-derechos-penal-en-un-estado-garantista-un-deber-ser-del-nuevo-codigo-organico-integral-penal/>.

Sentencia No. 090-15-SEP-CC, Caso No. 1567-13_EP (Corte Constitucional del Ecuador 2015).

Sentencia No. 133-17-SEP-CC, Caso No. 0288-12-EP (Corte Constitucional del Ecuador 2017).

Sentencia No. 201-12-SEP-CC, Caso No. 0643-09-EP (Corte Constitucional del Ecuador 2012).

Sentencia No. 2505-19-EP/21, CASO No. 2505-19-EP (Corte Constitucional del Ecuador 2021).

Sentencia No. 301-15-SEP-CC, Caso No. 1273-11-EP (Corte Constitucional del Ecuador 2015).

Sentencia No. 8-20-CN/21, Caso No. 8-20-CN (Corte Constitucional del Ecuador 2021).

Terán Carrillo, W. (2022). Los fines del Código Orgánico Integral Penal. *Revista Ensayos Penales. Corte Nacional de Justicia*(13), 33-54.

Conflicto de interés

Los autores de este manuscrito declaran no tener ningún conflicto de interés.

Copyright

La *Revista Latinoamericana de Difusión Científica* declara que reconoce los derechos de los autores de los trabajos originales que en ella se publican; dichos trabajos son propiedad intelectual de sus autores. Los autores preservan sus derechos de autoría y comparten sin propósitos comerciales, según la licencia adoptada por la revista.

Licencia Creative Commons

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-Compartir Igual 4.0 Internacional

