



El garantismo en el proceso penal ecuatoriano: una tensión perpetua

Recibido: 21 de febrero de 2022 • Aprobado: 31 de agosto de 2022
<https://doi.org/10.22395/ojum.v22n48a25>

Héctor Gabriel Vanegas Fernández

Universidad de Guayaquil, Guayaquil, Ecuador.

hector.vanegasf@ug.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0001-5175-5858>

Resumen

El sistema penal y procesal penal ecuatoriano se ha construido bajo el manto de la doctrina garantista. Sin embargo, podemos cuestionarnos si es que los preceptos fundamentales de este ideal deontológico tienen protagonismo en la resolución práctica de casos concretos o si más bien forman parte de un ideal normativo, alejado de la realidad pragmática. La experiencia *a priori* nos muestra que la propuesta garantista sigue siendo una meta, cuyo cumplimiento se ve inmerso en perpetuas tensiones producto del ímpetu de eficacia y la expansión de un derecho penal autoritario, amparado en propuestas penales populistas, lejanas del ideal ilustrado. El objetivo de este trabajo será poner de manifiesto el origen de estas contradicciones y las problemáticas a las que somete al proceso penal que se precia de respetar derechos fundamentales, y dentro de las conclusiones fundamentales encontraremos que la estructura normativa del Ecuador no asegura empíricamente el cumplimiento de los postulados normativos en cada caso concreto. Para este estudio, se empleará un método de investigación descriptivo y analítico. A través de la exploración bibliográfica, se busca identificar el origen, la naturaleza y la tensión generada por el modelo dicotómico objeto de análisis.

Palabras clave: garantismo; proceso penal; ordenamiento jurídico; derecho penal mínimo; constitución; expansión.

Guaranteeism in the Ecuadorian Criminal Process: A Perpetual Tension

Abstract

The Ecuadorian criminal and criminal procedure system has been built under the mantle of the guarantee doctrine. However, we can question whether the fundamental precepts of this deontological ideal play a leading role in the practical resolution of specific cases or if they are rather part of a normative ideal, far removed from pragmatic reality. *The a priori* reality shows us that the guarantee proposal continues to be a goal, the fulfillment of which is immersed in perpetual tensions as a result of the momentum of efficiency and the expansion of authoritarian criminal law, protected by populist criminal proposals, far from the enlightened ideal. The objective of this work will be to highlight the origin of these contradictions and the problems to which it subjects the criminal process that prides itself on respecting fundamental rights, and within the fundamental conclusions we will find that the normative structure of Ecuador does not empirically ensure compliance with the postulates in each specific case. The research method will be legal exegesis, and through bibliographical exploration it will be possible to reveal the origin, nature and tension produced by this dichotomous model.

Keywords: guarantees; criminal proceedings; legal system; minimum criminal law; constitution; expansion.

O garantismo no processo penal equatoriano: uma tensão perpétua

Resumo

O sistema penal e processual penal equatoriano foi construído sob o manto da doutrina garantista. No entanto, podemos questionar se os preceitos fundamentais desse ideal deontológico têm protagonismo na resolução prática de casos concretos ou se, pelo contrário, fazem parte de um ideal normativo distante da realidade pragmática. A experiência prévia mostra que a proposta garantista continua sendo um objetivo, cujo cumprimento está imerso em tensões perpétuas decorrentes do ímpeto de eficácia e da expansão de um direito penal autoritário, amparado em propostas penais populistas, afastadas do ideal iluminista. O objetivo deste trabalho será evidenciar a origem dessas contradições e os problemas que impõem ao processo penal que se orgulha de respeitar os direitos fundamentais, e entre as conclusões fundamentais, encontraremos que a estrutura normativa do Equador não assegura empiricamente o cumprimento dos postulados normativos em cada caso concreto. Para este estudo, será empregado um método de pesquisa descritivo e analítico. Através da exploração bibliográfica, busca-se identificar a origem, a natureza e a tensão gerada pelo modelo dicotômico objeto de análise.

Palavras-chave: garantismo; processo penal; ordenamento jurídico; direito penal mínimo; constituição; expansão.

Introducción

El presente artículo proviene de las reflexiones, estudio bibliográfico, y actividad académica e investigativa, llevadas a cabo durante la estancia del autor en la Universidad de Salamanca en el año 2022, a propósito de la redacción de su tesis doctoral, dirigida por la catedrática, Dra. Ana Pérez Cepeda, dentro del programa en Estado de derecho y gobernanza global; y en la que se abordan de manera más exployada los problemas del modelo garantista y del derecho penal contemporáneo. Es el estudio y las discusiones abordadas lo que motiva el abordaje específico de esta temática en la óptica del proceso penal ecuatoriano.

Dicho aquello, el presente trabajo parte en poner de manifiesto el esquema jurídico sobre el que se ha construido normativamente el proceso penal ecuatoriano, influenciado particularmente por la doctrina garantista y los parámetros clásicos del derecho penal liberal.

Una vez que se delimita el panorama sobre el cual el operador de justicia tiene libertad, en ejercicio de su poder discrecional, para tomar decisiones, deberíamos pensar que las mismas están siempre amparadas en el modelo jurídico que las recoge. Sin embargo, se detecta que ante el caso concreto ocurre lo contrario.

El núcleo de esta contradicción motiva al análisis de estudio de esta investigación, por cuanto resulta cuando menos intrigante detectar el motivo en virtud del cual se produce este fenómeno.

Con este contexto, partiremos de exponer de forma sucinta la tesis doctrinaria que mayor protagonismo ha obtenido en la tradición jurídica hispanoamericana en general y la ecuatoriana en particular, es decir, el modelo garantista, promovido principalmente por el profesor Luigui Ferrajoli.

Delimitando con claridad la aspiración doctrinaria, exponemos el modo en que la misma ha sido implementada con éxito dentro de nuestro ordenamiento jurídico, pero solo desde una óptica normativa.

En este sentido se buscará enunciar las causas principales que generan una profunda tensión entre la aplicación de los parámetros normativos de carácter garantista y las decisiones judiciales que atienden casos concretos. Dentro de estas causas, podremos encontrar la aspiración social de seguridad, entendida de forma menos técnica como una aspiración de "venganza", ahondada en el impulso o distorsión de los procesos que realizan los medios de comunicación, o el surgimiento de redes sociales, que en concreto generan presión ciudadana sobre las decisiones que de forma objetiva e imparcial está obligado a tomar el juzgador. Sumadas a las políticas punitivas de tolerancia cero, el populismo penal, el derecho penal simbólico y la influencia de la sociedad del riesgo (Prittowitz, 2003).

La alternativa estará direccionada hacia el fortalecimiento del ideal garantista, en busca de un respeto pragmático a los derechos fundamentales y las garantías básicas del proceso penal.

1. Garantismo: nociones preliminares

El nacimiento del derecho penal está ligado estrictamente a la tradición ilustrada, el logro constitutivo de la ciencia fue el paso del oscurantismo y la arbitrariedad a un derecho penal humano, que, en virtud del contexto histórico, se ha denominado derecho penal liberal (Künsemüller Loebenfelder, 2018).

El pensamiento ilustrado, que da origen a un derecho penal "garantista", promueve la idea o propuesta de un derecho penal mínimo, pero, aun cuando el reconocimiento de este modelo o sistema se ha mantenido perpetuo en los ordenamientos jurídicos de occidente, no es menos cierto que el desconocimiento o la negación del mismo, por parte de nuestros sistemas jurídicos, ha generado tensión en cuanto a la efectividad práctica de la propuesta.

Partimos de la idea de un modelo garantista como propuesta, pues es la idea planteada por su precursor, Luigi Ferrajoli, en uno de sus trabajos más connotados, *Derecho y razón: Teoría del garantismo* (1989).

Antes de abordar el punto de partida de la propuesta teórica, resulta necesario hacer alusión a la reflexión realizada por el profesor Luis Prieto Sanchís (2011):

Es posible que en puridad el garantismo haya 'inventado' muy poco y que su extraordinario mérito, teórico y práctico, resida en haber sabido combinar de forma muy fecunda dos tradiciones que no siempre han caminado unidas, la filosofía de la ilustración y el positivismo jurídico. (p. 20)

Con esta idea, la teoría garantista promueve la construcción de un sistema de derecho penal a través del fortalecimiento de las ideas ilustradas que lo constituyeron. Es precisamente en este reconociendo que la teoría ferraloliana recoge adeptos y se populariza como dogma en la tradición jurídica occidental, con especial relevancia en los países latinoamericanos.

El modelo no recoge una definición específica porque resultaría un reduccionismo alegar que el garantismo es una sola cosa. Precisamente, en su construcción radica su importancia. En primer lugar, debemos entender a la propuesta garantista como una filosofía política o teoría de la justicia, es decir, una propuesta normativa sobre la forma de construcción política más cercana al reconocimiento de los derechos humanos. Lo antedicho se externaliza con el reconocimiento de las garantías, que terminan siendo una fuente de legitimación del orden político. En este contexto, el modelo de Estado de derecho, se legitima o se deslegitima en virtud del reconocimiento y respeto de las garantías fundamentales del debido proceso penal (Ferrajoli, 1989).

En segundo lugar, podemos también entender al garantismo como un modelo de ciencia del derecho o de dogmática jurídica. Este modelo únicamente cobra sentido en un contexto de estado constitucional. El constitucionalismo, como modelo jurídico, recoge los ideales del modelo penal garantista. Por ello, resulta indispensable el reconocimiento del modelo en un entorno legal que recoja de manera general estos postulados. A nivel normativo, el Ecuador es un buen ejemplo, pues la Constitución de la República, aprobada en el 2008, guarda concordancia con el ideal garantista que busca alcanzar nuestro modelo penal y procesal penal (Ferrajoli, 1989).

Entonces, la formula política sobre la que se sostiene el garantismo penal es, sin duda, el modelo constitucional. Aun cuando es meritorio recalcar que, al igual con la propuesta garantista, el constitucionalismo puede resultar una idea deontológica que también se mantiene en permanente tensión. En este contexto, la constitucionalización debe entenderse como un proceso, más no como una cualidad de todo o nada. Pero la vigencia radica en que este proceso se va construyendo y enriqueciendo con sucesivos elementos o exigencias, como la jurisprudencia vinculante en materia constitucional (Guastini, 2001).

Una tercera concepción parte de entender al garantismo como un nuevo modelo de teoría del derecho, que busca armonizar dos tradiciones históricas del positivismo jurídico: la normativista, cuyo interés radica en el deber ser del derecho, y la realista que plantea como el ser del derecho, su eficacia o efectividad (Prieto Sanchís, 2011).

Con todo el antecedente planteado, podemos entender por garantista aquel sistema, ordenamiento jurídico o teoría del derecho orientados a la protección o garantía de los derechos subjetivos, con especial interés en los derechos fundamentales. Es importante aclarar que la tesis garantista no promueve –únicamente– la adopción de garantías dentro de los ordenamientos jurídicos, sino, además y principalmente, su protección.

Para cumplir su objetivo, el sistema jurídico garantista tiene como base previa la existencia de un modelo constitucional dotado de un notable contenido de derechos fundamentales y principios, resguardados por un ente superior: la Corte Constitucional, que asegura su vigencia y aplicación práctica (Ávila Lizan, 2016).

Pero, el modelo garantista no tiene como único actor protagónico al legislador y su construcción de un ordenamiento jurídico propicio para la aplicación del sistema, sino además a los jueces en su interpretación específica ante cada caso concreto y a los abogados y demás sujetos procesales en las actuaciones propicias para sostener la aplicación de un modelo cercano al ideal garantista, que en legislaciones occidentales, y en la ecuatoriana particularmente, resulta además, el cumplimiento de preceptos legales.

A pesar de todo este contexto, no es menos cierto que la popularidad de la teoría no ha estado supeditada específicamente en el respeto de su aplicación práctica. Si bien es cierto, ha sido adoptada generalmente por diversos ordenamientos jurídicos, su operatividad como límite al poder absoluto o a los denominados "poderes salvajes" (Ferrajoli, 2011)¹ sigue estando en continua disputa.

El ideal ilustrado nunca se aplicó sin restricción absoluta. El garantismo, como teoría, busca reforzar los preceptos primigenios, pero en el contexto actual de la sociedad contemporánea, tecnológica, de la información y comunicación, su aplicación práctica corre riesgo (Dahm y Schaffstein, 2020).

2. Garantías penales como límite al poder absoluto

Desde su génesis, el derecho penal ha tenido un origen contradictorio que forma parte del paradigma de su propia naturaleza. Por un lado, justifica su eficacia máxima a través de la represión, la prevención y, sobre todo, del castigo. Pero, por otro, debe cumplir este objetivo basado en el respeto a los derechos fundamentales y garantías del debido proceso (Vallejo Jiménez, 2011).

Si la propia naturaleza de la ciencia penal la insta hacia una doble función de difícil asociación y cumplimiento, resulta cuando menos lógico que esta situación produzca tensión, y que la balanza siempre prime hacia la trascendencia del poder o de los poderes salvajes, en virtud de criterios de eficientísimo y seguridad.

Es en este contexto que la teoría garantista logra protagonismo, pues pregona un presupuesto de derecho penal mínimo que selecciona o determina los bienes jurídicos y las conductas lesivas acreedoras de ser resguardadas mediante la protección penal y, del mismo modo, sancionadas mediante su reproche (Ferrajoli, 2006).

En esta circunstancia, la propuesta garantista se avizora como límite al ejercicio desmedido del poder y busca dar una respuesta al ordenamiento jurídico a preguntas que pueden ser planteadas con habitualidad. Por ejemplo, "cuándo castigar", que delimita cuáles son los bienes jurídicos que merecen y justifican una protección mediante el derecho penal; "qué castigar", es decir, limitar el tipo de agresiones o puestas en peligro ante las que se justifica la intervención del derecho penal. Lo antedicho es importante, pues es válido aclarar que no toda conducta merece atención o sanción por parte de la ciencia penal, del mismo modo, que hay ámbitos

¹ Se denomina "poderes salvajes" al análisis realizado por el profesor Ferrajoli en su obra *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*, donde se desarrolla una crítica al modelo democrático constitucional italiano, que parte de la constitución de ese país que data del año 1948, y desde la que se aprecian constantes vulneraciones de derechos fundamentales, sobre todo dentro de los periodos de gobierno de Silvio Berlusconi, político de corte populista. En esta obra, se plantean garantías cuya finalidad específica sería aplacar la crisis. En concreto, los poderes salvajes son aquel ejercicio del poder que no está supeditado a la ley, o que aprovecha su influencia para vulnerar la misma.

de la libertad del individuo en el que la esfera de protección estatal, mediante el derecho penal, no puede ni debe intervenir.

Se entiende entonces que dentro de la estructura social no todas las conductas merecen necesariamente un reproche de carácter penal o deben ser sancionadas a la luz del derecho penal. Por lo tanto, existe un ordenamiento jurídico que genera mecanismos para reclamar el cobro de deudas por la vía civil, o la patria potestad de un menor de edad ante un juzgado de niñez y adolescencia, aun cuando la expectativa ante cualquier situación que genere lesividad en cualquier contexto parezca siempre reclamar la intervención penal, y, sobre todo, la privación de libertad. Ante una sociedad "sedienta" de venganza, cuyo deseo se acumula por la línea editorial de ciertos medios de comunicación o el surgimiento de redes sociales, llenas de usuarios sin control que pueden implantar ideas o concepciones falsas, el garantismo y su propuesta aparece como soporte restrictivo (Rubio Antelis, 2019).

Sin perjuicio de aquello, no es menos cierto que la mera existencia de un Estado garantista –incluso dentro de parámetros de un derecho positivo– no asegura la aplicación efectiva de su vigencia. Como se planteó en líneas anteriores, la propuesta garantista está en recurrente construcción y, por lo tanto, no es una idea o un modelo absoluto.

De hecho, su propia existencia va de la mano de la permanente tensión entre la imposición de sanciones ante conductas delictivas que generan lesividad o ponen en peligro bienes jurídicos, y la consecución del ideal garantista: límite a la arbitrariedad, proporcionalidad y racionalidad.

Debido a esta evidente y perpetua tensión, y, sobre todo, de la incapacidad de los Estados para controlar el orden social y resolver los conflictos –lo que los insta a utilizar como única respuesta al derecho penal– autores como Sotomayor (1999), identifican la existencia de cuando menos tres sistemas penales:

- **Sistema penal ordinario:** es la norma penal escrita, la idea del legislador de lo que debería ser el sistema penal, pero que dista de la aplicación práctica del mismo. Entonces, entendemos a este sistema como el conjunto de normas generales, sustantivas, adjetivas y de ejecución compuestas por principios rectores y modelo de garantías que componen el proceso penal a la luz de lo estipulado en la norma. Podríamos decir que el modelo ordinario es lo que busca el ideal garantista.
- **Sistema penal paralelo:** se identifican las funciones simbólicas del derecho penal, que se acrecientan producto del paroxismo y la permanente exigencia social que surge ante la socialización colectiva de la inseguridad. Se trata de un derecho penal que opera paralelamente al ordinario y nuclear, prima la eficiencia y el castigo, y, por lo tanto, deviene en autoritario y restrictivo de las garantías elementales.

- **Sistema penal subterráneo:** es un control punitivo de carácter extralegal, se ejerce primordialmente por organismos de inteligencia de seguridad de los estados o, en su defecto, por asociaciones de justicia privada.

Ante el debilitamiento de los derechos fundamentales, la tesis garantista se fortalece como ente de justificación del derecho penal –y por ende del poder punitivo– y, además, del propio modelo de Estado Constitucional de derechos y justicia. Su eficacia no radica en su aplicación práctica en cada caso concreto –si este fuese el parámetro de medición, concluiríamos que la tesis misma resultó un fracaso–, sino, más bien, como el límite crítico a las pretensiones maximalistas de carácter punitivo.

3. La tesis como modelo de derecho positivo: garantismo y su incorporación definitiva en la Constitución de la República del Ecuador y el Código Orgánico Integral Penal (2014)

La Constitución de la República del Ecuador, aprobada en Montecristi en el año dos mil ocho, representa la incorporación del auge del neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo, al ordenamiento jurídico ecuatoriano.

A breves rasgos, entendemos por neoconstitucionalismo la visión de un Estado de derecho que se integra desde la tesis constitucionalista y que tiene como principal característica la primacía de la constitución como norma suprema sobre las demás normas jurídicas para, de este modo, distinguir entre reglas como normas legales y principios como normas constitucionales (Gil Rendón, 2011).

En ese contexto, podemos recoger las principales características del modelo:

1) carácter normativo o fuerza vinculante de la constitución. 2) supremacía de la constitución dentro del sistema de fuentes. 3) eficacia o aplicación directa de la ley fundamental. 4) garantía judicial. 5) presencia de contenido normativo que tiene como destinatarios a los ciudadanos en sus relaciones de poder y con los particulares, integrados por principios, derechos y directrices más o menos precisos, pero que siempre que resulten relevantes, llamados a ser aplicados sólo en aquellas cuestiones concretas. 6) rigidez constitucional. (Zambrano Pasquel, 2014, p. 20)

Con este antecedente, queda meridianamente claro que el Ecuador adoptó una corriente doctrinaria y la incorporó a su modelo normativo. En este sentido, todas las normas expedidas posteriormente a la constitución de 2008 están arropadas bajo el manto del constitucionalismo contemporáneo.

La expedición del Código Orgánico Integral Penal (COIP) en el año 2014 supuso la adopción del modelo más cercano al ideal neoconstitucional, esto es, el garantismo. Podemos observar que, desde su Título I, el legislador pretende acoger una postura delimitadora del poder punitivo. El primer artículo de la norma referida anteriormente ya nos advierte que la finalidad del código será "normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales, establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso" (p. 21).

El Título II del COIP, denominado "Garantías y principios generales", abarca desde el principio de mínima intervención penal a una extensa referencia a las garantías y principios rectores del proceso penal, a saber: "legalidad, favorabilidad, igualdad, impugnación procesal, prohibición de *reformatio in peius*, prohibición de autoincriminación, prohibición de doble juzgamiento, intimidad, oralidad, concentración, contradicción, dirección judicial del proceso, impulso procesal, publicidad, intermediación, motivación, imparcialidad, privacidad y confidencialidad, objetividad" (Zambrano Pasquel, 2014, p. 22). Podría parecer habitual hacer mención de las garantías básicas del debido proceso penal –recogidas y desarrolladas por diversa jurisprudencia nacional e internacional–. Si embargo, resulta un logro relevante del COIP elevar todos estos fundamentos a la categoría del derecho positivo, dando la razón a la propuesta garantista en la consecución de la unificación del ideal ilustrado (derecho penal liberal) con la visión kelseniana del derecho (Prieto Sanchís, 2014).

Entonces, desde esta perspectiva, aplicar garantías al proceso penal resulta para el operador jurídico ecuatoriano un deber legal, además de constitucional. Sin embargo, como se advertía desde el comienzo, un ordenamiento jurídico propicio en los fundamentos del ideal garantista no asegura el cumplimiento irrestricto de todos sus postulados.

El Estado constitucional de derechos se construye a partir de la subordinación de las leyes –legalismo estricto– a la constitución como norma superior. Esto advierte que no basta una constitución que en parámetros formales reconozca derechos fundamentales, sino, además, que debe primar un ordenamiento jurídico acorde a la norma suprema. En concreto:

- a) La validez de las normas, depende de su compatibilidad con los principios constitucionales.
- b) Se debe de eliminar o corregir lagunas estructurales y antinomias, que surgen de la violación de las prohibiciones y obligaciones de contenido establecidas por la constitución. La actividad jurisdiccional se ve fortalecida en medida que aplica las leyes y normas que sean compatibles con la norma fundamental.
- c) El respeto de la tesis garantista es un límite y complemento para nuestro sistema democrático. (Zambrano Pasquel, 2014, pp. 25-26)

El punto sobre el que se fija el debate es la contradicción perpetua entre un modelo que, como se ha advertido, se precia de adecuar parámetros garantistas, pero al mismo tiempo tensiona la aplicación pragmática de las mismas con decisiones que se alejan, ya no del ideal únicamente, sino también de la propia norma jurídica y su mandato legal (Castillo Alva, 2020).

4. La tensión perpetua: un modelo que pierde contenido

El siglo XXI se caracteriza por el auge tecnológico. Desde una perspectiva sociológica, la sociedad contemporánea se ha denominado como la "sociedad de la información". Esta tiene como característica fundamental a los avances científicos que se incorporan de forma continua y perpetua. También se estudia el fenómeno de la globalización económica y cultural, así como la difusión masiva de nuevos canales de comunicación, como las redes sociales. Desafortunadamente, estas nuevas fuentes de opinión no siempre tienen un contraste certero, y en la mayoría de los casos no se puede detectar su origen confiable de información, lo que genera una influencia desmedida en diversos miembros de la sociedad, incluyendo a los jueces. La exposición de los jueces a los medios de comunicación masiva y a la opinión ciudadana a través de redes sociales genera un conflicto incesante en los principios fundamentales que rigen su accionar: la imparcialidad y la sana crítica.

En este contexto, el proceso penal somete al acusado de forma inevitable, en una posición adversa. La simple alusión a la presumible participación de un sospechoso en un hecho de carácter delictivo da lugar –incluso previo a un juicio justo– a que se lo señale *a priori* como responsable, inevitablemente se genera un recelo social hacia el individuo (Nieva Fenoll, 2016).

Resulta cuando menos extraño que, ante la publicación de una noticia en un medio de comunicación o la viralización de contenido en redes sociales, se tenga a alguien señalado como presunto responsable de un delito, como inocente. Toda esta presión y difusión amarillista genera un prejuicio social de culpabilidad. Lo relevante no es realmente lo que piense la sociedad común, sino que los jueces, que toman decisiones en cuanto a la culpabilidad o inocencia de un sujeto, forman parte de esa sociedad. En este sentido, los jueces se ven comprometidos en la toma de sus decisiones sobre casos concretos, ya que también son espectadores de los juicios u opiniones paralelas que se esbozan en redes sociales o medios de comunicación y, por lo tanto, corren el riesgo de verse influenciados.

Con ello, evidenciamos cómo entra en tensión perpetua un principio básico de la tesis garantista, que es la presunción de inocencia, cada vez más vaciado de contenido ante la influencia de la sociedad moderna, los medios de comunicación, las redes sociales y el avenimiento de la posverdad (dar por cierto contenidos o informaciones no contrastadas).

El mismo análisis podríamos hacerlo en relación con la constante fabricación que hace el derecho penal de "enemigos". En palabras de Zaffaroni (2020), "[e]l escándalo causado hace pocos años por el breve y mentado artículo del profesor de Bonn –Gunther Jakobs–, en realidad no tenía mayor sentido, porque el derecho penal siempre ha sido derecho penal del enemigo" (p. 82). Este enemigo se fabrica para justificar

una exclusión entre unos y otros, y así delimitar la existencia de ciudadanos, que por simpatía social o ciudadana, o del poder de turno, obtienen resultados favorables en los que priman sus derechos fundamentales; y otros, que por no tener la venia del poder o por cuanto los medios de comunicación han generado una imagen negativa de la persona, obtienen resultados poco imparciales y, por ende, toda la carga de la represión penal motivada como respuesta a la exigencia ciudadana.

Esta tensión pone en riesgo la doctrina garantista. Los resultados empíricos nos muestran que suele tener mayor peso la "complacencia" social, al respeto irrestricto de los derechos fundamentales que promueve la propuesta de Luigui Ferrajoli. Las condenas penales generan un efecto placebo en la ciudadanía, que fácilmente puede asociarse al morbo histórico que han generado las condenas o reprimendas públicas como la guillotina o los apedreamientos (Zavala, 2017).

Sumado a todo esto, resulta innegable no centrarnos en dos corrientes en auge que distorsionan el ideal garantista. Por un lado, el punitivismo exacerbado cada vez más por los gobiernos autoritarios o populistas. En palabras de Cohen (1988), para definir al punitivismo, debemos de entender que este "está caracterizado por la coerción, el formalismo, el moralismo y la inflicción de dolor en personas jurídicas individuales" (p. 66). En síntesis, podemos decir que el punitivismo tiene una relación estricta con la excesividad del castigo y de la imposición de penas (Aguilar Jurado, 2018). Esta característica de la política criminal contemporánea aglutina la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales, entre esos el ecuatoriano y, de este modo, compromete el ideal liberal y perpetúa la tensión que abordamos en este artículo.

La importancia del estudio del fenómeno del punitivismo reside en las siguientes causas (Aguilar Jurado, 2018):

- a) El estudio y conocimiento de la opinión pública es necesario dentro de cualquier estructura de carácter democrática.
- b) Es importante conocer las valoraciones e intenciones punitivas del colectivo social, ya que el legislador se basa en ellas para generar reformas en materia penal.
- c) Existe un vínculo entre la desconfianza en el sistema de justicia penal y la participación de los ciudadanos en la lucha y prevención de la delincuencia. (p. 96)

Por otro lado, es cada vez más común señalar que la crisis del derecho penal está influida por su excesiva expansión. Es imposible no prestar atención al fenómeno legislativo que consiste en la inclusión de numerosos comportamientos delictivos, en su mayoría leyes penas en blanco o delitos de peligro, como respuesta a la demanda de seguridad por parte de la ciudadanía. Sin embargo, esta tendencia conlleva una erosión y flexibilización de las garantías clásicas del derecho penal, debilitándolo en consecuencia.

5. Hacia una solidificación: la defensa del ideal garantista

La primera propuesta sería de solidificación será apartarnos de la tesis garantista como "ideal". Por el contrario, es necesario encontrar soluciones específicas que atiendan a la realidad social contemporánea y el compromiso de los diversos actores del sistema penal –legisladores, jueces y fiscales– para así defender un derecho penal humano, pero realista.

Resulta relevante la propuesta realizada por el profesor de la Universidad Católica de Argentina, Siro De Martini, que sintetiza una tesis realista de defensa del ideal primigenio del derecho penal. Esta propuesta podría devenir en conservadora y utilitaria, pero cumpliría un fin práctico de respeto a la norma (De Martini, 2013). En concreto, la propuesta exige:

5.1 Proteger la sociedad

La justicia penal tiene por finalidad precautelar el orden social. Este fin solo puede cumplirse mediante un proceso penal que cumpla sus dos fines ambivalentes. Por un lado, el respeto de las garantías y, por otro lado, la imposición de una pena justa. La sociedad es crítica ante la noción de impunidad, pero el proceso penal no puede ser siempre complaciente con la exigencia ciudadana. Esto no significa que la estructura procesal penal debe enfocarse únicamente en el procesado y sus garantías, sino también en que la exigencia ciudadana de "justicia" se justifique mediante la imposición de una pena –derecho natural de la sociedad a defenderse, mediante la exigencia del ejercicio de su derecho constitucional a la seguridad– que esté acorde a las garantías fundamentales.

5.2 Sujeción al derecho

Las normas de carácter penal y procesal penal son los límites dentro de los cuales la sociedad quiere que las conductas injustas sean castigadas. La finalidad del juzgador ante el caso concreto será aplicar la norma, sea para absolver o para condenar a una persona procesada, pero, en cualquier caso, se respetará el texto normativo y ello representará hacer del ideal una realidad práctica.

5.3 Principio de proporción y seriedad

Si el castigo se justifica procesalmente, el mismo debe ser proporcional a la infracción cometida.

5.4 Prisión preventiva

Se justifica por un criterio ético-integral social, que busca apartar los focos de peligrosidad únicamente en delitos de suma gravedad.

5.5 Educación de los que estamos afuera

Resulta necesario un mejoramiento estricto del sistema de prisiones. El castigo, mediante la privación de libertad, debe justificarse en condiciones dignas. En el caso contrario, se genera un vacío en el respeto de la norma porque, por un lado, se cumpliría la misma, pero, por otro lado, se estaría mermando el respeto a la vida y a la dignidad, que son dos planteamientos fundamentales del derecho penal, y por tanto, se debe abogar por su defensa.

5.6 La misericordia

La gran evolución del sistema penal será dar el paso desde la represión o el castigo, al perdón. Que se complemente seriamente atendiendo postulados de justicia restaurativa, que reubican a la víctima en la posición que nunca tuvo dentro del proceso penal. De este modo, se busca no únicamente el castigo del agresor o autor de un hecho delictivo, sino, además, el restablecimiento de la paz social del individuo agredido.

Sumado a aquello, la defensa de la tesis garantista estará sujeta a criterios de defensa del derecho penal nuclear que atienden los siguientes parámetros (Hernández, 2013):

- a) Quienes nos preocupamos por el funcionamiento de la justicia penal en el Ecuador estamos obligados a dejar de ver a las garantías como meros enunciados poéticos. Por el contrario, debemos promover una campaña para lograr que no se acumulen las causas de presos sin condena o que las condiciones de nuestras prisiones dejan de ser inhumanas y verdaderos centros de tortura, o que se perpetúen persecuciones políticas o procesos que duren años sin una respuesta, tanto al procesado como a la sociedad.
- b) Tipo de proceso. Hay que lograr sistemas de enjuiciamiento que atiendan a la realidad de nuestra sociedad, no los que atiendan a modas o ideólogos de determinada corriente de pensamiento político. En este sentido, debemos consentir unas reglas básicas de enjuiciamiento que sean adecuadas para cumplir los fines del proceso penal.
- c) Expiación. La meta más ambiciosa del derecho penal no es que el reo cumpla su pena únicamente, sino, además, que expíe su delito. Y, por ende, la retribución por la infracción causada no sea únicamente el cumplimiento temporal de una privación de libertad, sino también un arrepentimiento sincero y una reincorporación a la vida social.
- d) Justicia social. Al final del día, los sujetos de conductas delictivas siguen siendo los mismos: personas nacidas en condiciones de exclusión, criadas en estratos bajos o suburbios, que no encuentran más alternativa que la vía delictiva como un modo de vida y de subsistencia. Teniendo claro el origen del conflicto, la política

criminal debe direccionar la mirada al núcleo fundamental, que siempre ha existido, pero que se ha ocultado históricamente. La provisión y acceso a derechos fundamentales será un aliciente trascendental en el aminoramiento del crimen y, por ende, en la necesidad de incorporar políticas punitivas de tolerancia cero y, como consecuencia, en una aplicación más óptima de la tesis garantista en todas sus connotaciones.

Conclusiones

La adecuación normativa de la tesis ferrajoliana, protagónica en diversos ordenamientos jurídicos occidentales, no supuso en el Ecuador una adecuación inmediata de los postulados jurídicos en la realidad empírica. Sin embargo, deviene en necesario el fortalecimiento de las decisiones jurisdiccionales mediante la comprensión y justificación de los parámetros garantistas para que la construcción del modelo se extienda y se justifique en cada decisión concreta.

No es menos cierto que la tesis garantista dista de ser una realidad de aplicación inmediata, su propio autor es consciente de las diversas dificultades que encuentra la tesis en cuanto a su aplicación práctica. Sin embargo, aceptar esta realidad nos genera un primer consenso sobre las tareas pendientes para lograr la aplicación práctica del ideal que ha representado columna vertebral del derecho penal desde sus primeros postulados, liberales y humanos.

Los conflictos que la sociedad contemporánea plantea como limitantes u obstáculos al respeto irrestricto de los derechos fundamentales, no pueden operar como justificación para abandonar el modelo garantista sobre el que se ha construido el derecho penal y procesal ecuatoriano.

Tal como se ha evidenciado, las garantías elementales del proceso penal adquirieron en la legislación del Ecuador una categoría de derecho positivo. Por ende, su aplicación debe distar de ser valorada como un ideal, únicamente. Por el contrario, bajo el manto de este esquema debe ser cada vez más una realidad tangible.

Por lo tanto, los operadores de justicia tienen la potestad, en ejercicio de su sana crítica, de acercar mediante sus decisiones –que representan además el cumplimiento de la norma– el alejamiento de los prejuicios y, por lo tanto, la adecuación del ordenamiento jurídico a verdaderos postulados garantistas que se construyen jurisprudencialmente, además de doctrinaria o normativamente.

La crítica no puede estar enfocada en la destrucción o abandono del modelo garantista. Por el contrario, en virtud de la realidad expuesta, se debe lograr el afianzamiento del sistema mediante el fortalecimiento y respeto de las garantías fundamentales del derecho penal.

Referencias

- Aguilar Jurado, J. A., (2018). Aproximación al análisis de las actitudes punitivas. *Revista Criminalidad*, 60(1), 95-110. <https://revistacriminalidad.policia.gov.co:8000/index.php/revcriminalidad/article/view/11>
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (2014, 3 de febrero). *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial n. ° 180. Suplemento. https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=es&p_isn=95496
- Ávila Lizan, L. (2016). Garantismo y estado constitucional en la constitución del Ecuador para el siglo XXI. A propósito de Principia Iuris. *Ciencia jurídica*, 5(10), 37-71. <https://doi.org/10.15174/cj.v5i2.188>
- Castillo Alava, J. (2020). *Las garantías mínimas del debido proceso*. Editorial Iustitia.
- Cohen, S. (1988). *Visiones de control social. Delitos, castigos y clasificaciones*. Promociones y Publicaciones Universitarias PPU.
- Dahm, G. y Schaffstein, F. (2020). *¿Derecho penal liberal o derecho penal autoritario?* Ediciones Olejnik.
- De Martini, S. (2013). La crisis penal y un pensamiento influyente. En S. De Martini (ed.), *En defensa del derecho penal* (pp. 1-28). Editorial de la Universidad Católica de Argentina.
- Ferrajoli, L. (1989). *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo una discusión sobre derecho y democracia*. Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Editorial Trotta.
- Gil Rendón, R. (2011). El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales. *Quid Iuris*, 6 (12), 43-51.
- Guastini, R. (2001) La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En M. Carbonell (ed.), *Estudios de teoría constitucional* (pp. 153-183). UNAM.
- Hernández, H. (2013). *El garantismo abolicionista*. Marcial Pons.
- Künsemüller Loebenfelder, C. (2018). *El derecho penal liberal los principios cardinales*. Tirant lo Blanch.
- Nieva Fenoll, J. (2016). La razón de ser de la presunción de inocencia. *Indret*, (2), 1-23. <https://indret.com/la-razon-de-ser-de-la-presuncion-de-inocencia/>
- Prieto Sanchís, L. (2011). *Garantismo y Derecho Penal*. Iustel.
- Prieto Sanchís, L. (2014). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Editorial Trotta.
- Prittwitz, C. (2003). Sociedad del riesgo y derecho penal. En L. Arroyo Zapatero, U. Neumann y A. Nieto Martín (coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo* (pp. 259-268). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- Rubio Antelis, L. (2019). *Garantismo penal y derechos humanos*. Editorial Flores.
- Sotomayor, J. (1999). Garantismo y Derecho Penal en Colombia. *Jueces para la Democracia*, (35), 92-98. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174783>
- Vallejo Jimenez, G. A. (2011). En busca de otro derecho penal. *Opinión Jurídica*, 10(19), 141-154. <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/523>
- Zaffaroni, E. (2020). *El derecho penal humano y el poder financiero en el siglo XXI*. Ediciones Olejnik.

Zambrano Pasquel, A. (2014). *Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal. Referido al libro primero. Parte general, tomo I*. Corporación de estudios y publicaciones.

Zavala Van Oordt, L. (2017). El derecho penal simbólico y la ineficacia del estado de emergencia constitucional para combatir la criminalidad. *Vox Juris*, 33(1), 123-133. <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/970>