



Análisis del principio de mínima intervención penal frente a la vulneración de la presunción de Inocencia en la legislación ecuatoriana

Analysis of the principle of minimum penal intervention versus the violation of the presumption of innocence in Ecuadorian legislation

Análise do princípio da mínima intervenção penal contra a violação da presunção de inocência na legislação equatoriana

Leonardo Felipe Guerrero-Ramírez ^I

leo_guerrror@outlook.com

<https://orcid.org/0000-0003-2951-2440>

Katherine Morocho-Baculima ^{II}

katherine.morocho@ucacue.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0002-5196-6927>

Correspondencia: leo_guerrror@outlook.com

Ciencias Sociales y Políticas

Artículo de Revisión

***Recibido:** 02 de enero de 2022 ***Aceptado:** 20 de enero de 2022 * **Publicado:** 11 de febrero de 2022

- I. Abogado, Estudiante de la Maestría en Derecho Procesal Penal y Litigación Oral, Unidad Académica de Posgrado, Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.
- II. Docente de la Maestría en Maestría en Derecho Procesal Penal y Litigación Oral, Unidad Académica de Posgrado, Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.

Resumen

El sistema penal acusatorio en el Ecuador tiene como característica principal, el carácter oral acusatorio, esto debido a la gran cantidad de los tipos penales existentes en nuestra legislación, asimismo, se evidencia claramente una problemática de carácter nacional, en la que el Estado a través del poder punitivo que ejerce lo usa como principal medio de control social, pasando por alto el principio de mínima intervención penal. Toda decisión en materia de política penal debe basarse desde la perspectiva de la mínima intervención y de un derecho penal subsidiario, fragmentario y de última ratio; la regulación del ius puniendi y su contención. En el presente trabajo de investigación, el objetivo principal fue analizar el alcance del principio de mínima intervención penal frente a la vulneración de la presunción de inocencia en la legislación ecuatoriana. El diseño de la investigación fue de naturaleza descriptiva en cuanto se ha logrado identificar el problema, esto es, la vulneración de principio de mínima intervención penal en delitos menores, donde se procederá a realizar una revisión bibliográfica en las principales bases de datos, considerando aquellos artículos científicos publicados en revistas nacionales e internacionales, así como el análisis del marco normativo que regula la situación problemática planteada. Mediante el uso de los métodos hermenéutico, analítico- sintético, deductivo-inductivo; se determinó que la falta de aplicación del principio de mínima intervención penal, vulnera el principio de inocencia, así como los derechos de la víctima, dejándole en indefensión.

Palabras clave: Mínima intervención penal; vulneración; legislación; poder punitivo; derecho penal.

Abstract

The main characteristic of the accusatory criminal system in Ecuador is its oral accusatory nature, due to the large number of existing criminal types in our legislation. Likewise, a national problem is clearly evident, in which the State, through the punitive power it exercises, uses it as the main means of social control, overlooking the principle of minimum criminal intervention. Any decision on criminal policy should be based on the perspective of minimum intervention and a subsidiary, fragmentary and last ratio criminal law; the regulation of ius puniendi and its containment. In this research work, the main objective was to analyze the scope of the principle of minimum penal intervention in the face of the violation of the presumption of innocence in Ecuadorian legislation. The research design was descriptive in nature in that it has been possible to identify the problem,

that is, the violation of the principle of minimum penal intervention in misdemeanors, where we will proceed to conduct a literature review in the main databases, considering those scientific articles published in national and international journals, as well as the analysis of the regulatory framework that regulates the problematic situation raised. Through the use of the hermeneutic, analytical-synthetic, deductive-inductive methods, it was determined that the lack of application of the principle of minimum penal intervention violates the principle of innocence, as well as the rights of the victim, leaving him defenseless.

Keywords: Minimum Penal Intervention; Violation; Legislation; Punitive Power; Criminal Law.

Resumo

O sistema penal acusatório no Equador tem como principal característica, a natureza acusatória oral, isso devido ao grande número de tipos penais existentes em nossa legislação, da mesma forma, é evidente um problema de natureza nacional, no qual o Estado através do punitivo que exerce, utiliza-o como principal meio de controle social, ignorando o princípio da mínima intervenção penal. Qualquer decisão sobre política criminal deve basear-se na perspectiva da intervenção mínima e de um direito penal subsidiário, fragmentado e de última proporção; a regulamentação do ius puniendi e sua contenção. Neste trabalho de pesquisa, o objetivo principal foi analisar o alcance do princípio da intervenção penal mínima contra a violação da presunção de inocência na legislação equatoriana. O desenho da pesquisa foi de natureza descritiva assim que identificado o problema, ou seja, a violação do princípio da mínima intervenção penal em crimes menores, onde será realizada uma revisão bibliográfica nas principais bases de dados, considerando aqueles artigos científicos publicados em periódicos nacionais e internacionais, bem como a análise do marco regulatório que regula a situação problemática levantada. Através da utilização de métodos hermenêuticos, analítico-sintéticos, dedutivos-indutivos; Ficou determinado que a falta de aplicação do princípio da mínima intervenção penal fere o princípio da inocência, bem como os direitos da vítima, deixando-a indefesa.

Palavras-chave: Intervenção penal mínima; violação; legislação; poder punitivo; direito Penal.

Introducción

El Ecuador a raíz de la Constitución del 2008 es una nación garantista, pasando de ser un Estado legal de derecho, a un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, donde prima el respeto y reconocimiento de los derechos fundamentales, la dignidad humana, e incluso el buen vivir. Por otro lado, en el mismo contexto aparece el derecho penal, como norma infra constitucional, la cual debe establecer el poder punitivo por parte del Estado en el desarrollo del garantismo nacional, ya que lo que se busca es garantizar que los derechos fundamentales del procesado y la víctima, tengan un límite de intervención penal con relación al poder punitivo del estado, entendiendo como un disuasor de la venganza privada.

Tradicionalmente al Derecho Penal se lo ha conceptualizado como el conjunto de normas jurídicas que regulan la potestad punitiva de un Estado, que a su vez escriben comportamientos o actos que se consideran graves o intolerables y que coaccionan con reacciones represivas como son las penas o medidas de seguridad, como consecuencia de realizar un determinado acto. Esta noción ofrece garantías de libertad al reconocer el principio de legalidad al que se encuentra sujeto este derecho, dicho de otro modo; esta figura no es más que un mecanismo para preservar el orden social.

La teoría del garantismo elaborada del jurista Ferrajoli (2018) donde expresa la desconfianza en el poder estatal, o privado; en el Ecuador la aplicación de los derechos y garantías fundamentales no se da de manera espontánea y voluntaria por parte del poder estatal, siendo esta razón del porque se debe limitar y sujetarlos a vínculos jurídicos que preserven y obligue de manera coercitiva su cumplimiento.

El canon garantista desarrollado por Ferrajoli se presenta como un modelo de derecho y de Estado de derecho, donde se establece los principios y derechos fundamentales, teniendo como base la Constitución ya que es el ordenamiento jurídico supremo en el Ecuador; cualquier acto que busque legalidad y legitimidad.

Por otro lado, define a la garantía de la norma como la técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo; asimismo, puede entenderse como tal toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo y considera derecho subjetivo a toda expectativa jurídica positiva o negativa (Ferrajoli, 2018).

La presente investigación académica es de gran valía en el contexto actual del sistema judicial ecuatoriano, está orientado a determinar de forma clara la importancia y aplicabilidad del principio de mínima intervención penal en el Ecuador frente a los derechos del procesado y de la víctima,

mediante técnicas de investigación cualitativa se obtendrá un concepto conciso sobre las teorías que versan alrededor de este principio, que se encuentra estipulado en el artículo 195 de la Constitución de la República, así como en el artículo 3 del Código Orgánico Integral Penal, para ello se planteó como objetivo analizar el principio de mínima intervención penal frente a la vulneración de la presunción de inocencia en la legislación ecuatoriana, con el fin de dar respuesta a la siguiente pregunta de investigación ¿La falta de aplicación del principio de mínima intervención penal en el Código Orgánico Integral Penal, vulnera la presunción de inocencia al concederse medidas cautelares como la prisión preventiva en el cometimiento de delitos menores?. Debemos entender que la mínima intervención penal implica un derecho penal fragmentario y subsidiario, es decir, que sólo se debe recurrir como el último recurso, cuando otros mecanismos no penales como el civil, extrajudicial, mediación, arbitraje y administrativo, no han resuelto el problema.

Referentes teóricos

El derecho penal desde un punto de vista subjetivo tiene facultad de castigar o imponer penas que corresponde exclusivamente al Estado. Ahora bien, el poder punitivo estatal no puede ser de carácter ilimitado, ya que los límites se encuentran en la serie de garantías fundamentales amparados en la Constitución, que son la base de toda normativa y más aún del derecho penal, siendo uno de los más importantes el Principio de Mínima Intervención, tema del presente trabajo. El mayor exponente del garantismo, el jurista Ferrajoli (2018) ha acuñado el término “garantía” de una manera sencilla de expresar y fácil entendimiento, definió a las garantías como “la ley del más débil”. Esta breve frase nos pone ante dos conceptos “cuál ley” y “quién es el más débil”. En estas relaciones el más fuerte ejerce el poder y el más débil está sometido a su merced; en muchos casos el más fuerte es el Estado ya que ejerce el poder punitivo, pero para nuestro estudio nos enfocaremos en el más débil dentro de los procesos

En el ámbito penal, que es el que nos interesa, Ferrajoli (2018) ha ubicado con claridad quién es el más débil y sus circunstancias:

1. Cuando se está cometiendo el delito, la persona más débil es la víctima;
2. Cuando se está deteniendo, investigando o procesando, la persona más débil es el sospechoso, el procesado o el acusado;
3. Cuando se ha condenado, la persona más débil es quien cumple sentencia (p. 23).

En el delito, la persona que ejerce la infracción usa la fuerza y la violencia; ya dentro del proceso, la policía, el agente fiscal y los jueces pueden detener, privar de manera preventiva la libertad. Por otro lado, encontrados los elementos necesarios pueden acusar hasta conseguir la sanción o condena.

Frente a ellos, los entes estatales encargados de hacer cumplir la ley, los más débiles tienen derechos. La víctima tiene derecho a que no le priven arbitrariamente de la libertad, la integridad o la vida; el procesado tiene derecho al debido proceso; el condenado tiene derecho a que sus derechos no sean vulnerados más de lo inevitable por una condena. Los más fuertes no necesitan de derechos, simplemente ejercen poder.

En armonía con lo expresado por el profesor Ferrajoli, el principio de mínima intervención denominado también "principio de ultima ratio", es una limitación al poder punitivo estatal, asimismo, tiene un doble significado: en primer lugar implica, que las sanciones penales se han de limitar al círculo de lo indispensable, en beneficio de otras sanciones o incluso de la tolerancia de los ilícitos más leves, es decir, el derecho penal, se enfrentan de manera directa con el poder punitivo que ejerce el Estado, una vez admitida su necesidad, no ha de sancionar todas las conductas lesivas a los bienes jurídicos que previamente se ha considerado dignos de protección, sino únicamente las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. En el sistema de administración de justicia es necesario tomar en consideración algunos ajustes a fin de que se investigue antes de dictar prisión preventiva, ya que al momento de aplicar dichas medidas cautelares se está violentando la norma Constitucional prevista en el artículo 195.

Los derechos limitan al poder, esto quiere decir que imponen obligaciones de no hacer. Los estados y los particulares con poder deben abstenerse de actuar. Por ejemplo, no se puede discriminar, no se puede establecer sanciones sin escuchar previamente al sancionado, no se puede despedir intempestivamente, no se puede detener sin motivo a las personas que caminan por las calles. Se violan las obligaciones de abstención cuando quien ejerce el poder "hace" algo que no debería o no está autorizado. Entonces, se respeta el derecho dejando que las personas ejerzan sus derechos sin interrumpir y se establecen prohibiciones que no puede romper a menos que se incurra en graves violaciones a los derechos fundamentales.

En lo penal, las personas y los derechos humanos, se enfrentan de manera directa con el poder punitivo que ejerce el Estado, que es la vigilancia, el control y la represión. Ávila (2017) cita al

maestro Zaffaroni, donde sostiene que, sin garantías, el poder punitivo se desborda, como ha sucedido en varios momentos de la historia de la humanidad, al genocidio o al apartheid.

Si un estado tiene una Constitución y en esta se reconocen derechos fundamentales, entonces el modelo de justicia penal no puede ser otro que el garantista. Si hay alguien a quien no le gusta la palabra, y es solo esto, pues no es grave y hay que usar otros términos. Si no le gusta el modelo, ahí hay que cambiar la Constitución y los instrumentos de derechos humanos, esto ya es más difícil. No es un capricho, no es una moda, no es un discurso. Se trata de un modelo de estado y de un modelo de democracia. No hay alternativas, tenemos que jugarlos por la construcción de un modelo garantista (Avila R. , 2017).

El Estado ecuatoriano es un estado garantista a raíz de la Constitución del 2008, ya que en su norma constitucional ampara a todos los principios y derechos fundamentales, donde la mínima intervención penal es un límite al Ius Puniendi estatal, garantizando un trato y respeto de todas las garantías del debido proceso, donde disminuye la carga y economía procesal por parte de los órganos judiciales.

Metodología

La metodología investigativa integra métodos, técnicas e instrumentos a aplicar en el proceso de investigación, cuyo producto final contribuye al desarrollo del proyecto de investigación en el procesamiento de la información que se genera a partir del estudio realizado (Corona, 2017).

La presente investigación tiene un enfoque cualitativo, basado en el análisis de la legislación que regula el tema de estudio, así como la doctrina y jurisprudencia, de esta manera se identificó los problemas de la interpretación y aplicación. La investigación cualitativa se considera un vocablo comprensivo que se refiere a distintos enfoques y orientaciones, y es por esta razón que dicha investigación no constituye un enfoque monolítico, sino más bien un espléndido y variado mosaico de perspectivas de investigación (Gialdino, 2019).

Este tipo de investigación utilizó la recolección de datos sin medición numérica para descubrir o plantear preguntas de investigación en el proceso de interpretación (Sampieri et al., 2003), y es por esta razón que se procedió a recopilar información aportada por distintos autores con el afán de exponer sus perspectivas y compararlas con los principios constitucionales y las controversias causadas con la aplicación del principio de mínima intervención penal.

Por otro lado, es de tipo descriptiva ya que se buscó dar una descripción muy precisa sobre la problemática y distintas situaciones suscitadas al momento de aplicar el principio de mínima intervención penal; donde se especificó las propiedades, características y rasgos importantes de cualquier fenómeno que se analice y así describir tendencias de un grupo o población (De Simone, 2011).

El resultado de esta investigación, buscó establecer lineamientos que permitan interpretar la aplicación del principio de mínima intervención penal de una manera más precisa y que de esta manera se pueda aplicar dicho principio correctamente, evitando así que los derechos y garantías del procesado y la víctima sean vulnerados.

Resultados

Principio de Mínima Intervención Penal

En el Ecuador el principio de mínima intervención se ha convertido en un instrumento clave dentro de infracciones menores que se presentan en las diferentes Unidades Judiciales, evitando entrar en procesos penales; este principio establece un dos significados: en primer lugar, implica, que las sanciones penales se han de limitar al círculo de lo indispensable, en beneficio de otras sanciones o incluso de la tolerancia de los delitos más leves, es decir, el derecho penal, una vez admitida su necesidad, no ha de sancionar todas las conductas lesivas a los bienes jurídicos que previamente se ha considerado dignos de protección, sino únicamente las modalidades de ataque más peligrosas para ellos.

El principio de intervención Mínima es un límite al “ius puniendi”, basado este a su vez en el Principio “nullum crimen nulla poena sine lege”. El derecho penal, se rige por el llamado principio de hecho, se contemplan éstos a través de comportamientos activos en la mayoría de casos u omisivos en unos pocos; es por esto que se dice que el derecho penal impone no solo prohibiciones sino también mandatos; aclarando que estos comportamientos activos u omisivos deben lesionar o poner en peligro bienes jurídicos (Ávila, 2017).

El tratadista Ferrajoli (2018), en su obra “Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal”, manifiesta que:

Que desconfía del poder, público o privado, de alcance nacional o internacional. Ante ellos no se da de manera espontánea un cumplimiento espontaneo de los derechos, por tal razón se les debe limitar, sujetarlos a vínculos jurídicos que los acoten y que

preservan los derechos subjetivos, sobre todo si tienen carácter de derechos fundamentales (p. 26).

El principio de mínima intervención penal se encuentra tipificado en el artículo 3 del Código Orgánico Integral Penal (2021), se visualiza de forma positiva la constitucionalización del derecho penal, como el mecanismo de control de última ratio, expresa que, “la intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales”; con lo cual parecería que nuestro derecho penal tiene el carácter de subsidiariedad y de fragmentariedad, y que ha efectivizado la garantía de limitación del ius puniendi del Estado.

Asimismo, la Constitución de la República del Ecuador (2008) en el Artículo 195 garantiza la aplicación del principio de mínima intervención penal como un derecho constitucional, expreso que:

Art. 195.- La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación pre-procesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal (Asamblea Nacional, 2008, p. 102).

Como manifiesta la doctrina y la normativa, los principios aplicables en el Código Orgánico Integral Penal, se encuentran establecidos en la Constitución de la República del Ecuador, Instrumentos Internacionales y demás leyes ecuatorianas. Como ha manifestado el tratadista Ferrajoli (2018) el principio de intervención mínima, el Derecho Penal debe tener carácter de última ratio por parte del Estado para la protección de los bienes jurídicos y sólo para los más importantes frente a los ataques más graves.

Walters Kluwer (2018), en el estudio realizado sobre el garantismo penal como derecho constitucional, señala que Luigi Ferrajoli es el principal exponente sobre el garantismo y los derechos fundamentales en materia penal, quien ha utilizado el pensamiento de distintos autores como material para construir una teoría más del Garantismo, quien dice:

Es una ideología jurídica, una forma de representar, comprender, interpretar y explicar el derecho. Se trata también de una serie de postulados en construcción que conforman una teoría general, donde se explica la lógica del Estado de derecho, vinculada

estrechamente con la teoría del estado constitucional, y con el llamado neo constitucionalismo (p. 3).

En consecuencia, el principio de mínima intervención penal, se concreta bajo dos aspectos, la subsidiariedad (última ratio) y la fragmentariedad.

- El carácter fragmentario alude al hecho de que el derecho Penal no sanciona todas las conductas lesivas de bienes jurídicos sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos.
- Carácter subsidiario o de última ratio significa que sólo se debe recurrir al derecho penal cuando los demás medios de que dispone el estado resultan ineficaces o insuficientes. Si existen otros medios no es lícito acudir al derecho Penal (Campana, 2019).

Esta exigencia deriva de la constatación de que la pena y la medida de seguridad no son los únicos medios de protección del orden social de que dispone un Estado moderno (Castiñera, 1983) .

Como ha manifestado la doctrina, el Derecho penal debe utilizarse solo en casos extraordinariamente graves y sólo cuando no haya más remedio por haber fracasado ya otros mecanismos de protección menos gravosos para la persona, señalando el valor inherente al ser humano en cuanto ser racional, dotado de libertad y poder creador, pues las personas pueden modelar y mejorar sus vidas mediante la toma de decisiones y el ejercicio de su libertad, el principio de inocencia o presunción de inocencia, es un principio jurídico penal que establece la inocencia de la persona como regla.

En contexto, Bauz (2018) realiza un análisis sobre la favorabilidad de la aplicación del principio de mínima intervención penal, manifiesta que

Según el principio general del "favor rei", se ha de aplicar la ley que sea más benigna a los intereses del acusado, contemplando dentro de su seno la posibilidad de la aplicación extractiva de la ley, al menos, en dos formas de utilización: la de retroactividad, para los que están siendo procesados o hayan sido condenados, por serles más favorable la ley posterior; y, la de ultraactividad, para los que aún no hayan sido condenados y la ley anterior les es más benigna que la posterior. Esta forma de concentración o continuidad es característica intrínseca del juicio oral, dado que las pruebas presentadas se registran -por así decirlo- en la memoria de los jueces y partes,

lo que implica que éstas deben tomarse sin solución de continuidad entre ellas para prevenir olvidos. (p. 23)

Por último, cabe resaltar que el Código Orgánico Integral Penal simplifica las modalidades de las medidas cautelares personales y, a su vez, expresa concretamente el principio de excepcionalidad de la prisión preventiva. Aquí no aparecen los términos de cuando los jueces de garantías penales lo crean necesario, sino una orden restrictiva al advertir con respecto a la libertad que las medidas cautelares no privativas se aplicarán de forma prioritaria a la privación de libertad.

Principio de Inocencia

La presunción de inocencia es una garantía constitucional ratificada en el Ecuador reforzada por los tratados y convenios internacionales de Derechos Humanos suscritos por el país, por la cual ninguna persona podrá ser tratada como autora o partícipe de un hecho delictivo, esto mientras no exista contra ella una resolución firme o sentencia ejecutoriada.

La Constitución de la República del Ecuador estipula al principio de inocencia en el artículo 76 numeral 2, manifiesta que “se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada” (Asamblea Nacional, 2008, pág. 102).

El principio de presunción de inocencia, tiene como base angular considerar que por naturaleza todos los hombres son inocentes, no culpables, consecuencia de lo cual es dable determinar: toda persona sujeta a un procedimiento o proceso penal no se considera responsable de la comisión del ilícito hasta que exista una sentencia firme que la declare culpable. Se afirma que el hecho que se le atribuye es constitutivo de delito sin que, de oficio, se advierta causa de exclusión del mismo. La afirmación de delito requiere de una acción u omisión (simple o impropia) dolosa (directo o eventual) o culposa (previsible o imprevisible) que se encuentra exactamente adecuada a la descripción legal como constitutiva de un delito (Aguilar, 2016).

Uno de los juristas más importante, Bovino (1998) en su obra “Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo”, habla del principio de inocencia y dice:

El principio de principios en materia de encarcelamiento preventivo es sin duda el principio de inocencia, también denominado presunción de inocencia. Este principio fundamental del estado de derecho es el punto de partida para analizar todos los problemas y aspectos de la privación de libertad procesal (p.34).

En un juicio penal la inocencia como presunción es del tipo legal y por lo mismo, admite que se presenten pruebas que desvirtúen la inocencia de una persona. En un primer momento podríamos pensar de manera errónea que el rol del fiscal es el de destruir la presunción legal de inocencia, pero su verdadero rol es el de buscar la verdad, es decir que cuando el fiscal llega a conocer de la comisión de un delito y de la presunta participación de un individuo, inicia su actividad de investigación sin destruir la presunción de inocencia del investigado, al contrario, como principal obligación el fiscal es absolutamente objetivo y extiende su investigación no sólo a encontrar elementos de cargo, sino también de descargo.

Aunado a lo anterior, el Estado ecuatoriano se encuentra suscrito a convenios y tratados internacionales, como son: la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos Humanos, suscritas en 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969. Si bien es cierto que el Ecuador es independiente y que dicta sus propias leyes para una adecuada convivencia entre los ciudadanos, no debemos olvidar que la legislación debe estar acorde y respetar los convenios internacionales, por ningún motivo debe violar o pasar por alto las garantías plasmadas en ellos. La falta de aplicación del principio de mínima intervención penal por parte de los operadores de justicia, refleja en el sistema judicial ecuatoriano un incremento de procesos en el ámbito penal y se vulnera el principio de inocencia.

La Prisión Preventiva Como Medida Cautelar y el Principio de Mínima Intervención Penal

El Ecuador a raíz del referéndum del 2008, paso de ser un Estado Social de Derechos, a un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, donde la Constitución de la República es la norma suprema y las demás normas están adscritas a ella, y el respeto a los derechos fundamentales son los pilares de esta norma, donde se considera a la prisión preventiva de ultima ratio y establece medidas sustitutivas a la prisión preventiva.

Donde el principio de mínima intervención significa que la actuación del Derecho Penal debe reducirse al mínimo posible; es lo que se ha llamado también minimización de la respuesta jurídica violenta frente al delito, debe tener carácter de última ratio por parte del Estado para la protección de los bienes jurídicos y sólo para los más importantes frente a los ataques más graves, la Constitución protege la propiedad de las personas que es lo más importante cuando se ha cometido delitos (Limaico, 2018).

Debido a la tensa brecha que existe en la actualidad entre el principio de inocencia y la prisión preventiva; existe la necesidad de asegurar el descubrimiento de la verdad, rompiendo el fundamento principal de inocencia, dado a la presión social de mayor seguridad y castigo contra los infractores, así como la reparación a la víctima como secuela del cometimiento del delito; el encarcelamiento preventivo, tiende a responder a otros fines, por lo que de esta manera se proporciona a la ciudadanía la sensación de que, con la imposición de una prisión preventiva, se soluciona el problema o por lo menos se lo reduce, y es esta situación es la que produce el uso Abusivo de la Prisión Preventiva.

Por el manifestado, el sistema penal ecuatoriano deja en evidencia el temor de rebeldía procesal, que se convierte en una paranoia de fuga por parte de los procesados.

Este sentido, la Carta Magna en el artículo 77 numeral 1 hace referencia a la prisión preventiva manifiesta que:

La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin formula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley. (Asamblea Nacional, 2008, pág. 37)

La Constitución de la República del Ecuador en calidad de garantista de los derechos de las personas procesadas por delitos menores prevé en el artículo 195 la aplicación en los procesos penales el principio de mínima intervención penal y esta es una solución rápida para resolver conflictos penales que no son de interés público y no comprometen la seguridad del Estado, y que son resueltos ágilmente por las autoridades competentes aplicando la conciliación y los procedimientos especiales.

La prisión preventiva dentro de un Estado constitucional de derechos y justicia, no puede concebirse como un mecanismo de privación de la libertad personal indiscriminado, de aplicación inmediata, es decir que se recurra a ella siempre que una persona ha rebasado los límites que señala la ley, pues la Constitución defiende a ultranza la exigencia a las autoridades públicas de garantizar

la efectividad de los derechos y libertades de las personas, la vigencia de los principios constitucionales (la presunción de inocencia), y fundamentalmente promover el respeto de la dignidad humana, por lo que “la privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesario”.

Para tener un mayor entendimiento sobre la aplicación de la prisión preventiva, se debe conocer de una manera clara los elementos jurídicos que conforman la prisión preventiva, es importante centrarse en sus características más sobresalientes, pero para ello, se debe diferenciar las mismas, tomando como punto de referencia las normas constitucionales, supra constitucionales y las contenidas en el derecho adjetivo penal, pudiendo inferir lo siguiente:

Es una medida cautelar de carácter personal.

- Se adoptará por dos únicos motivos: para garantizar la comparecencia del procesado al proceso, o, para asegurar el cumplimiento de una posible pena.
- Se adoptará en audiencia pública, oral y contradictoria.
- Es de duración determinada, ya que tiene tiempo de caducidad según la complejidad del delito.
- El Fiscal es quién la solicita y deberá hacerlo de manera motivada, demostrando la necesidad de aplicación de dicha medida cautelar.
- Para dictarla debe encontrarse debidamente motivada y fundamentada su procedencia. (Alcívar & Vivanco, 2018, pág. 3)

Asimismo, deben converger varios requisitos para ser necesaria su imposición, cuando fiscalía encuentra los indicios y elementos suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública, además, debe tener en cuenta de manera clara y precisa que la persona que se le imputa debe ser participe o cómplice del hecho.

La prisión preventiva está diseñada para asegurar la comparecencia del imputado al juicio, indicando que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio (Alcívar & Vivanco, 2018, pág. 5)

Se puede revocar o suspender cuando:

- Se hubiesen desvanecido los indicios que la motivaron;
- Cuando el imputado hubiere recibido sentencia absolutoria;
- Cuando el Juez penal considere conveniente su sustitución;
- Acogimiento del recurso de reposición.

- Cuando exceda los plazos previstos para su caducidad;
- Cuando el imputado haya rendido caución. (Alcívar & Vivanco, 2018, pág. 6)

Los estudios realizados por muchos juristas ecuatorianos evidencian la realidad fáctica de la mala utilización de la prisión preventiva, dejando de lado el principio constitucional de mínima intervención penal, donde expresa que la prisión preventiva es utilizada por los jueces de una manera desmedida, ya que por resoluciones inobservan los mandatos constitucionales; en este sentido, si se cumpliera de una manera óptima la mínima intervención penal tendría mayores beneficios para el sistema judicial así como de la economía procesal.

En la actualidad en el sistema de justicia ecuatoriano no es suficiente el reconocimiento de las garantías constitucionales del proceso penal en torno a la prisión preventiva para que sea efectiva, debiéndose el órgano jurisdiccional y los ciudadanos buscar el modo de avalar suficientemente el ejercicio del derecho. No defendemos la erradicación de la prisión preventiva como medida cautelar personal para alcanzar la libertad del imputado no sentenciado, ni de legitimar la impunidad; se trata de rechazar cualquier presunción de culpabilidad y defender los derechos que tiene ese ciudadano privado de libertad.

La Eficacia de la Prisión Preventiva

La eficacia, está estrechamente ligada con la tutela judicial efectiva, desde la perspectiva que permite obtener resultados tangibles en un pleito que ha sido sometido a la administración de justicia. La eficacia como un principio procesal lleva a contestar la siguiente interrogante: ¿qué se espera del proceso judicial? Sin duda que solucione las disputas llevadas a conocimiento de la administración de justicia a fin de garantizar la paz social.

En el triángulo de la justicia en el sistema acusatorio adversarial, los fiscales y los abogados defensores litigan frente a un juez imparcial. Pero las reformas a al sistema de justicia en el Ecuador se orientaron y tuvieron un enfoque punitivo principalmente, contraviniendo la lógica, el sentido común y sobre todo las recomendaciones especializadas.

El incremento desmesurado del número de privados de libertad en el Ecuador debe llamar la atención de todas las instituciones del Estado. No es más segura una sociedad porque encarcele a más gente; al contrario, en algunos países se ha consagrado una suerte de círculo perverso de inseguridad, donde las prisiones constituyen precisamente uno de sus eslabones principales.

Por lo manifestado queda en evidencia la falta de eficacia de la prisión preventiva como método sancionador, ya que, en vez de solucionar un problema, termina agravando mas al sistema judicial.

Principio de Excepcionalidad y el Principio de Mínima Intervención Penal

Granados (2018) define al principio de excepcionalidad como:

El principio excepcional tiene génesis en la combinación del derecho general de la libertad y de evitar aplicar una pena antes que sea juzgado con las normas recomendadas y establecidas en el debido proceso, por lo que, el auto de prisión preventiva se rige por los principios: presunción de inocencia, proporcionalidad, libertad, entre otros. (p. 2)

En la actualidad varios autores definen a la prisión preventiva, para nuestra investigación nos remitiremos al concepto otorgado por Falconí (2002), quien expresa lo siguiente:

Es una medida de carácter cautelar personal, que se aplica con el fin de garantizar la investigación de la comisión de un delito y el mantener la inmediación del imputado con el proceso, pero debiéndose tener en cuenta que son personas que gozan de la presunción de inocencia. (p.88)

La íntima relación entre el principio de excepcionalidad y la prisión preventiva es de gran valía en las decisiones judiciales; debemos entender “al principio de excepcionalidad como las medidas coercitivas que sólo podrán ser impuestas cuando se pueda evidenciar la concurrencia de un verdadero peligro de ineficacia del proceso penal por la demora” (Bauz, 2018, pág. 23).

En este sentido, la prisión preventiva se considera como antecedente de la prisión como pena, antes de estar ejecutoriada, desde la antigüedad la prisión preventiva se utilizaba como una antesala de la cárcel, ya que se iba a imponer una pena privativa de la libertad a la persona que cometió un delito. En cuanto la prisión preventiva sólo procederá en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la Constitución y la ley

Desde el referéndum del 2008, el Estado ecuatoriano dio un giro trascendental en materia de los derechos fundamentales que se encuentran tutelados por la Carta Magna, en materia de los derechos de libertad de las personas trata de una manera diferente a la prisión preventiva, donde el artículo 77 numeral 1 por la Constitución de la República expresa que “la privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso” (Asamblea Nacional, 2008, pág. 38) la norma constitucional no guarda concordancia con lo expresado por el Código Orgánico Integral Penal (2020) en el artículo 534, donde expresa que la base de la prisión preventiva es “la presencia del procesado en el proceso, el cumplimiento de una posible pena y la protección de las víctimas del hecho delictivo”, en la actualidad los jueces deben

de manera motivada expresar el motivo del porque se otorgara la prisión preventiva, pero cabe resaltar que esta medida cautelar es de ultima ratio y debe ser aplicada de manera excepcional.

Con esto, queda en evidencia que la figura de la Prisión Preventiva cambia radicalmente, toda vez que, antes su aplicación se tornó en una regla general y, actualmente, debe ser excepcional o de última ratio. Debe tenerse presente también, que el numeral 9 del artículo 77 de la Constitución de la Republica cuando se refiere a la caducidad de la prisión preventiva, es clara al responsabilizar de la misma a los jueces de garantías penales que la dictaron, lo cual nos da una pauta más, para reducir su aplicación en el caso de los delitos de acción penal pública.

Sintetizando, en la colisión de intereses entre la libertad del procesado contra la necesidad de privarles de su libertad antes de ser condenado al cumplimiento de una posible pena, a fin de posibilitar la administración de justicia, únicamente puede prevalecer cuando así lo exijan los intereses del proceso, objetivamente señalados y debidamente fundamentados. En fin, la prisión preventiva, por afectar un importante bien jurídico del individuo como es la libertad, necesariamente debe estar regulada y su afectación sólo debe darse por excepción, cuando para los intereses del proceso sea absolutamente necesario recurrir a ella, dado que se la utiliza en una etapa procesal en que el procesado cuenta a su favor con una presunción de inocencia, garantizado en ambos ordenamientos jurídicos como lo hemos visto antes.

La excesiva duración del proceso penal es un problema unido a la prisión preventiva, compete su tratamiento o interpretación del alcance, significado y consecuencias del derecho del imputado a ser juzgado aceleradamente tanto a la dogmática penal como a la política criminal, el derecho procesal penal y la teoría constitucional, específicamente, lo relacionado con el principio del Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Discusión

De acuerdo con Lamaico (2018), en su trabajo de investigación sobre el cumplimiento del principio de mínima intervención penal en el juzgamiento del delito de hurto y sus efectos jurídicos en la ciudad de Ibarra, sus reflexiones se enfocan en destacar la agilidad procesal que implica la aplicación de este principio en procesos que no comprometan la seguridad del Estado y que pueden ser resueltos con facilidad para las partes procesales.

Asimismo, Rueda (2017) por su parte, presenta en su tesis académica un análisis sobre el discurso político de endurecimiento de penas y criminalización frente a la teoría del principio de mínima

intervención penal en Ecuador, hace referencia al derecho o potestad que tiene el Estado como ente sancionador mediante el proceso conocido como *Ius puniendi*.

Pinochet & Ravetllat (2016) realizan el análisis del principio de mínima intervención penal del Estado en el Derecho de Familia, también el artículo expone el modelo normativo de protección a la familia y a la infancia establecido en los ordenamientos jurídicos chileno y español. Si bien es cierto que ambos ordenamientos encomiendan de manera preferente a los progenitores la obligación de prestar determinadas funciones encaminadas a dar efectividad a los derechos fundamentales.

Por otro lado, Goicochea & Córdova (2019) expresan que el principio de mínima intervención del derecho penal se manifiesta como limitador del poder punitivo del Estado, al igual que el principio de legalidad y de lesividad, encontrando su aplicación desde dos fundamentos, el primero como mecanismo de *última ratio* en la que únicamente se puede recurrir al derecho penal cuando las demás instituciones no puedan solucionar la controversia o problema generado, y en segundo lugar, en la imposición de una pena, determinando para ello el grado de afectación al bien jurídico protegido y si con ella no se vulneran demás derechos.

Finalmente, se ha dejado en evidencia que la prisión preventiva es una medida cautelar de *ultima ratio*, ya que el fiscal y juez deben motivar su resolución del porque aplica esta medida y no las menos punitivas, ya que la falta de aplicación del principio de mínima intervención penal vulnera los derechos de la víctima como el principio de inocencia.

Conclusiones

La aplicación del poder estatal en el Ecuador no ha sido racionalizada, y los principios constitucionales quedan a la deriva, además, en lugar de ejercer las injerencias en los derechos fundamentales de los ciudadanos en el marco estricto de la Ley y de la Constitución, la costumbre, la arbitrariedad y las intervenciones por el poder ejecutivo determinan la privación de la libertad. Siendo fiscalía el dueño de la acción penal estatal debe justificar por qué pide la prisión preventiva, asimismo el juez debe en su resolución determinar por qué no aplica una medida cautelar menos punitiva. De esta manera, se deja en evidencia la falta de aplicación de la norma constitucional.

Referencias

1. Aguilar, M. (2016). *Presunción de Inocencia - Derecho Humano en el Sistema Penal Acusatorio*. México DF: Instituto de la Judicatura Federal.
2. Alcívar, J., & Vivanco, G. (2018). La excepcionalidad de la prisión preventiva. Elementos doctrinales y su aplicabilidad en la justicia ecuatoriana. *Revista Magazine de las Ciencias*, 3. ISSN 2528-8091
3. Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008: Lexis. doi:https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
4. Asamblea Nacional. (2021). *Código Organico Integral Penal*. Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb.-2014 Ultima modificación: 17-feb.-2021: Lexis.
5. Avila, R. (2017). *La injusticia penal en la democracia constitucional de derechos Una mirada desde el garantismo penal*. EDLE.
6. Avila, R. (2017). *Seguridad Ciudadana*. Quito: Ediciones Legales.
7. Bauz, R. (2018). *Principios Procesales (El derecho al debido proceso penal): Concordancia*. Vsip-Info. Obtenido de <https://vsip.info/principios-procesales-el-derecho-al-debido-proceso-penal-concordancia-pdf-free.html#Richard+Bauz>
8. Campaña, M. (2019). *Análisis del principio de mínima intervención penal como postulado garantista en el Coip*. UNIANDÉS.
9. Castiñera, T. (1983). *Biblioteca Judicial Penal*. EDLE.
10. Falconí, J. G. (2002). *La prisión preventiva en el nuevo Código de Procedimiento Penal y las otras medidas cautelares*. Rodin.
11. Ferrajoli, L. (2018). *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Trotta.
12. G. De Simeone. (2011). *Metodología de la Investigación*. <https://sites.google.com/site/51300008metodologia/reporte-del-capitulo-5>
13. Gialdino, I. D. (2019). *Estrategias de investigación cualitativa I (Vol. II)*. GEDISA.
14. Goicochea, C., & Cordova, C. (2 de Julio de 2019). El principio de mínima intervención del derecho Penal frente a los delitos de violación sexual de menor de edad. *IUS Revista de Investigación*, 3. doi:<https://doi.org/10.35383/ius.v1i2.273>
15. Granados, P. J. (2018). El principio de la excepcionalidad de la prisión preventiva y la aplicación práctica en Colombia. *Pensamiento Penal*, 2.

16. Kluwer, W. (2018). *Intervencion Minima en el Derecho Penal*. Kluewr. https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAA AEAMtMSbF1jTAAAUNjAxNjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAai9aTzUAAAA=WKE
17. Limaico, M. (2018). *El cumplimiento del principio de mínima intervención penal en el juzgamiento del delito de hurto y sus efectos jurídicos*. Uniandes. doi:<https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/3296/1/TUIAB012-2016.pdf>
18. Pagot, M. (2009). *Metodologías inductivas y deductivas en técnicas de Derecho Penal*. PRAXXER.
19. Pinochet, R., & Ravetllat, I. (2016). El principio de mínima intervención del Estado en los asuntos familiares en los sistemas normativos chileno y español. *Revista de Derecho (Valparaiso)*, 69-96. <https://www.redalyc.org/pdf/1736/173641334002.pdf>
20. Rueda, A. (2017). *Discurso político de endurecimiento de penas y criminalización frente a la teoría de mínima intervención de Estado*. PUCE.
21. Sampieri, R. (2018). *Metodología de la investigación: las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. McGraw-Hill Interamericana,.