

EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL



Abg. Ana Lucia Calle Romero. MSc.
Abg. Mayra Lourdes Calle Romero. MSc.

EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL

Abg. Ana Lucía Calle Romero. MSc.
Abg. Mayra Lourdes Calle Romero. MSc.

PRIMERA EDICION: Enero 2024

Autores:

Abg. Ana Lucía Calle Romero. MSc.

Abg. Mayra Lourdes Calle Romero. MSc.

Publicación: 500 Ejemplares

Dirección: Quito- Ecuador

ISBN: 978-9942-45-491-1



DERECHOS RESERVADOS. Prohibida su reproducción total o parcial o total de este libro, así como su incorporación a sistemas informáticos, su traducción, comunicación pública, adaptación, arreglo u otra transformación o utilización, sin la autorización expresa del autor.

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento a la Universidad Católica de Cuenca, por su rol como centro educativo de excelencia, en especial a mi tutor Mgtr. Felipe Hidalgo, quien con sus consejos y conocimientos supo guiar esta investigación hasta llegar a su exitosa culminación.

DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación dedico en primera instancia a Dios, a la Virgen María y a mis padres ROSENDO CALLE y MARIA ROMERO, por ser el mejor ejemplo a seguir, enseñándome el verdadero amor y el camino del esfuerzo.

A mis hermanos Wilson, Victoria, Anita y Nelly, gracias por el apoyo incondicional y por representar en mi vida parte de lo que soy ahora.

RESUMEN

Con la reforma penal del 2014 se transformó el sistema penal ecuatoriano de un sistema inquisitivo a uno acusatorio, donde el poder punitivo del Estado se debería haber limitado por una serie de principios procesales que rigen el proceso penal con el fin de garantizar los derechos de las víctimas y las personas sospechosas o procesadas por una infracción. Ante esta evolución normativa, corresponde analizar el alcance del principio de mínima intervención penal según la normativa vigente, así como en la reforma que entrará en vigencia en junio de 2020, de manera que se puede determinar que, aplicándolo, limitaría el poder punitivo del Estado. Para lograr este cometido, se realiza un análisis doctrinario, normativo y jurisprudencial del principio de intervención mínima en la legislación penal vigente, así como en la reforma aprobada en diciembre del 2019.

PALABRAS CLAVE: Sistema penal, Poder punitivo del Estado, Principios procesales, Principio de mínima intervención penal.

INTRODUCCIÓN

El eje fundamental y objeto de estudio de esta investigación es el Derecho Penal en Ecuador. El sistema penal ecuatoriano se ha transformado a un sistema rehabilitador y reparador a través de sus reformas; sin embargo, al entrar en vigencia el Código Orgánico Integral Penal en el 2014 se pudo observar que el Derecho Penal en el Ecuador no es de última ratio, sino mal utilizado como un medio represivo que instaura la prisión en la mayoría de conductas o limita los mecanismos alternativos de solución de conflictos, sin prever los fines originales del Derecho Penal. Éste tiene como fin general proteger a la sociedad a través de funciones preventivas y represivas sin olvidar el objetivo de reinserir al infractor a la sociedad para evitar la repetición de los actos lesivos que haya cometido; así también, la reparación a la víctima de la infracción.

Esta situación ha generado desde la vigencia del Código Orgánico Integral Penal en el 2014 hasta la actualidad, en todo el país, altas tasas de prisión preventiva, hacinamiento en las cárceles y víctimas sin reparación del daño; situación que empeorará con la reforma a esta norma promulgada en diciembre de 2019 y vigente en seis meses. Ante esta problemática, es fundamental analizar el Código Orgánico Integral Penal, así como su reforma, pues no garantizan el principio de mínima intervención penal tanto en la tipicidad y penalidad de conductas, en la proporcionalidad de las penas e incluso al limitar la aplicación de procedimientos especiales o mecanismos alternativos de solución de conflictos ya existentes.

Bajo este criterio, se plantea como solución que no toda conducta debe ser punible, las medidas alternativas deben ser prioritarias a la prisión preventiva, debe ser revisado el alcance del principio de oportunidad, así como del procedimiento abreviado y otros mecanismos alternativos, para garantizar el principio de mínima intervención penal, sin dejar de garantizar los derechos de las víctimas y los imputados. Como hipótesis se plantea que, aplicar el principio de mínima intervención penal limitaría el poder punitivo del Estado ecuatoriano.

Como objetivo general se propuso en la investigación: Analizar la aplicabilidad del principio de mínima intervención penal en la política criminal del Ecuador, dentro de un marco doctrinario, normativo y jurisprudencial, para cumplir con los fines del Derecho Penal fragmentario del poder punitivo del Estado como elemento lesivo del justiciable. Para lograr este objetivo, se establecieron como objetivos específicos: 1) Fundamentar teóricamente el principio de mínima intervención penal y la política criminal; 2) Exponer los métodos necesarios para determinar si se aplica el principio de mínima intervención penal en la política criminal ecuatoriana; y, 3) Evaluar la aplicación del principio de mínima intervención penal en la política criminal ecuatoriana.

Esta investigación utiliza un enfoque cualitativo que es utilizado particularmente en las ciencias sociales, de hecho, en este trabajo se implementa con el fin de describir al principio de mínima intervención penal y su aplicación en la normativa penal vigente, en aras de cumplir con los fines del Derecho Penal. Así también se aplican los métodos exploratorio y descriptivo. Considerando que la reforma al Código Orgánico Integral penal es reciente (diciembre 2019), será una investigación totalmente nueva respecto a las innovaciones de la normativa penal y describirá el principio de mínima intervención penal y cómo es aplicado en ella.

Como métodos de investigación se usaron los métodos Analítico-Sintético e Hipotético-Demostrativo. Dentro de las técnicas de investigación se aplicaron: Revisión bibliográfica, Bases de datos científicas, Fichaje y análisis.

CAPÍTULO I

EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL:

MARCO DOCTRINARIO

En este capítulo se analiza el principio de mínima intervención penal desde la doctrina, presentando el criterio de varios especialistas en derecho nacional e internacional, que con sus grandes aportes ayuda a la autora a fundamentar teóricamente su hipótesis y propuesta.

Antecedentes

El principio de intervención mínima o mínima intervención penal data del surgimiento del liberalismo, como doctrina política en Europa, en respuesta al poder ilimitado del monarca. Este dogma defendía la libertad del individuo, la igualdad y la limitación al poder del Estado. Al respecto Vergara (Citado por Milanese, 2005) realizó un recuento de dicha época sosteniendo que el liberalismo se describía por la pretensión de un significativo espacio de independencia en todo entorno, tal como ilustraron varios filósofos en otras épocas (Milanese, 2005).

Esta filosofía política de la época produjo un gran cambio en la sociedad, no solo en los ámbitos que señala el autor, sino que tuvo gran incidencia en el desarrollo del Derecho. Las penas que se imponían en dicha época eran extremadamente duras, que iban desde multas cuantiosas hasta la pena de muerte de las personas, pues era el mecanismo utilizado por el soberano para someter a los individuos a su voluntad. Precisamente, de esta época surge el gran autor Cesare Beccaria, quien sienta los

fundamentos y principios procesales del conocido ahora sistema penal garantista o garantismo penal. En la mencionada obra, este autor resaltó que los delitos no deben ser castigados en todo momento sino que es mejor prevenirlos, pues la prohibir las conductas en los hombres no representa evitar sino crear nuevos delitos (Beccaria, 2015).

De este tratado de significativa relevancia en el mundo del Derecho, Beccaria establece el conocido principio de mínima intervención penal como un mecanismo para reducir la severidad de las leyes en materia penal al mínimo, pues era gran creyente de la prevención más que la sanción. De la misma manera, postuló otros principios como la proporcionalidad de las penas y la abolición de la pena de muerte. Estas bases que sentó Beccaria sirvieron para constituir las bases de los Estados de Derecho, señalando que, si existen mecanismos menos lesivos que utilizar el Derecho Penal, deben ser acogidos de manera preferente.

Teniendo la fuente histórica del origen de este principio procesal, resulta relevante puntualizar el surgimiento del mismo en la historia ecuatoriana. Dicho esto, cabe puntualizar que, el principio de mínima intervención penal fue incorporado a la historia del Ecuador, a través de la reforma constitucional del 2008, donde el asambleísta constituyente incorporó en el texto constitucional que la dirección de la investigación es absolutamente potestad de la fiscalía, tanto en la etapa pre procesal como procesal. Y, precisamente durante la investigación debe sujetarse a los principios de oportunidad y mínima intervención penal (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008).

En concreto, la norma suprema le otorga una gran facultad a este ente para que actúe bajo estos principios procesales que ayudarán a limitar el poder del Estado de una manera objetiva o a mantener un sistema inquisitivo sancionando conductas sin mayores elementos de convicción. Es así que, a pesar que el sistema inquisitivo penal fue transformado a un sistema acusatorio, rehabilitador y reparador a través de las reformas, se podrá observar en los siguientes apartados cómo se ha dejado de lado estos principios procesales difundidos por Beccaria y, en general, se desconocen los fines del Derecho Penal.

Definición del principio de mínima intervención penal y sus características

Como sostenía Pazmiño (2011), “dentro de un estado democrático el Derecho Penal cumple una doble función de protección: la primera, respecto a controlar las manifestaciones de violencia que existen dentro de la sociedad; la segunda, referente a las limitaciones que se imponen al Estado” (Pazmiño, 2011). Esta afirmación va relacionada con uno de los fines del Derecho Penal, que consiste en

evitar excesos al usar el poder. A través de éste se delimita el campo de acción del Estado para evitar abusos y arbitrariedades ante sus subordinados.

El *ius puniendi* es la potestad que tiene el Estado para ejercer el poder punitivo en la sanción de posibles infracciones, actuar en representación de la sociedad para proteger a los ciudadanos de acciones humanas intolerables que atentan contra el llamado orden social (Goite, M., Medina, A., Fernández, R., & Huertas, O., 2016). Ahora bien, el poder punitivo del Estado no puede ser ilimitado, se restringe ante las garantías fundamentales que engloban los principios del Derecho Penal, entre los que destaca el principio de mínima intervención penal. Como señaló Carbonell, la potestad punitiva del Estado se limita a proteger solo a aquellos bienes jurídicos que teniendo relevancia constitucional, afectan a las libertades de las personas y aquellos que no representen un daño mayor, deben ser inobservados, pues el principio de libertad conmina a tutelar la libertad de todos los ciudadanos a no ser que sea imprescindible lo contrario (Carbonell, 2001).

El criterio expuesto propone claramente que el Estado debe limitar su poder sancionador cuando haya una afectación grave de bienes jurídicos, pues precisamente su actuación debe ser mínima por la ilimitada capacidad sancionadora que tiene. De esta manera, se presenta el principio de intervención penal mínima, que Martos expresó así:

El principio de intervención penal mínima constituye no sólo un límite importante, sino que además sitúa al Derecho Penal en su verdadera posición en el ordenamiento: la última instancia a la que pueden acceder los ciudadanos para dirimir sus conflictos (si se trata de delitos o faltas perseguibles a instancia de parte), o bien el último recurso legal del que dispone el Estado de Derecho para conseguir una sociedad democrática avanzada, empeñada en la defensa y desarrollo de los valores consustanciales al Derecho Penal Democrático. (Martos, 2006)

En su criterio, este autor sitúa al Derecho Penal como la última instancia a la cual acudir en caso de un conflicto, como último recurso para dirimir discrepancias. Así también Muñoz y García mencionaron que:

En la actualidad el principio de intervención mínima se configura como una garantía frente al poder punitivo del Estado y constituye, por lo tanto, el fundamento de los ordenamientos jurídico-penales de los Estados de Derecho. Supone que el Derecho Penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. (Muñoz, F. & García, M., 2012)

De este modo, se sitúa doctrinariamente al principio de intervención mínima como una garantía que el Estado debe proporcionar a sus ciudadanos, si se constituye

como un Estado de Derecho, debe velar por que su facultad punitiva solo intervenga cuando sea estrictamente necesaria, al evidenciar graves afectaciones a bienes jurídicos protegidos. Por otro lado, Zambrano definió al principio de mínima intervención penal como un principio de última ratio, que delimita la aplicación de la ley penal a la estricta necesidad cuando existen ataques sumamente serios a la comunidad o cuando las medidas de solución alternas a ésta no resultarían efectivas para la protección de bienes jurídicos de gran relevancia (Zambrano, 2014).

Por su parte, este autor hace referencia a la intervención de la ley penal cuando no existan mecanismos alternativos que puedan resolver conflictos ante la afectación de bienes jurídicos lesionados. Del mismo modo, Ozafrain consideró que:

Este principio de última ratio o de mínima intervención en materia penal, en su formulación más elemental, implica que los medios violentos con los que el Estado cuenta para resolver conflictos y llevar adelante sus mandatos deben ser empleados siempre como último recurso, y sólo en caso de estricta e ineludible necesidad. (Ozafrain, 2016)

Es así que, el aparato estatal debe ponerse en funcionamiento junto a sus mecanismos de acción cuando sea estrictamente necesario por diversos factores, pues su ejecución puede incluso tener resultados lesivos para quien los recibe, de manera que, solo cuando no exista otro medio para resolver la situación, surge la imperiosa necesidad de activarlo.

Ahora bien, una vez definido el principio citado, debe resaltarse el por qué es importante su aplicación. Al respecto Araujo consideró que el Estado no puede dejar de garantizar los derechos de los procesados y víctimas cuando pretenda aplicarse el principio de mínima intervención penal (Araujo, 2014). La autora relaciona el principio de mínima intervención penal con los derechos de las personas procesadas y de las víctimas, pues bien, debe velar el Estado en todo momento que no sean afectados los derechos de estos sujetos durante el proceso. Ferrajoli también realizó un gran aporte al respecto manifestando que en las legislaciones contemporáneas los Estados han incorporado en sus sistemas penales la garantía de derechos fundamentales, dejando de lado prejuzgar al individuo infractor como un objeto de cacería penal, pues como cualquier otro ciudadano, goza de derechos (Ferrajoli, 2005).

Sobre esta dimensión, es necesario resaltar que el autor citado es un gran representante del sistema garantista penal, de manera que en la actualidad se pretende instaurar esta corriente filosófica que centraliza a la persona sospechosa o procesada como un sujeto de derechos que deben ser protegidos durante el proceso. He ahí precisamente que, en todo Estado de derechos se deben garantizar

los derechos de las personas, inclusive si son acusadas de un delito, puesto que predomina su estado de inocencia.

En la misma línea argumentativa, es relevante presentar las características del principio de mínima intervención penal, que son el carácter subsidiario o de última ratio y el de fragmentariedad:

El Derecho Penal tiene una función eminentemente protectora de los bienes jurídicos, interviniendo únicamente cuando fracasan las demás ramas del Derecho, es decir, cuando la protección otorgada por las demás ramas del Derecho no satisface en su totalidad a las necesidades de prevención y motivación de la política criminal. (Muñoz, F. & Hassemer, N., Introducción a la Criminología y al Derecho Penal, 1993)

Al referir el carácter de fragmentario, se hace referencia a que debe ser aplicado el principio de mínima intervención cuando existe una conducta de alta gravedad que afecte las normas mínimas de convivencia (Flores, 2015). Al hacer referencia al carácter subsidiario, éste se relaciona con las otras ramas del Derecho, pues si no existe otro mecanismo idóneo y menos lesivo para resolver el conflicto jurídico, recién ahí debe actuar el Derecho Penal, denominándolo como de última ratio, por ser el último recurso o última instancia a recurrir cuando no exista otro medio para restablecer la convivencia social. Si se sancionara toda conducta que se cree ilícita, pierde su esencia el Derecho Penal, pues no es el camino eficiente para que el Estado persiga toda conducta contraria a lo establecido por ley.

Del mismo modo, el carácter fragmentario tiene estrecha relación con el de subsidiariedad, por cuanto no persigue toda conducta que considera ajena a lo correcto, sino solo aquellas que afectan gravemente bienes jurídicos protegidos.

Ante las características expuestas del principio de mínima intervención penal, es necesaria la revisión de la normativa penal vigente y su reforma en Ecuador respecto a las conductas tipificadas en ellas, los procedimientos alternativos de solución de conflictos, la proporcionalidad de las penas a imponer, que en conjunto definen la política criminal instaurada en el último siglo en el país. Resulta necesario realizar un estudio y análisis exhaustivo de la normativa sustantiva y adjetiva en relación a los sujetos que la aplican, para de esta manera exponer su verdadera y correcta aplicación en el sistema penal ecuatoriano.

El principio de mínima intervención penal y su relación con otros principios procesales

La Constitución de la República del Ecuador, respecto al ius puniendi del Estado, no solo proclama principios, sino que en ella existen mecanismos a través de normas

para hacerlos efectivos. Tanto en la norma suprema, como en las leyes supeditadas a ella, definen medios para garantizar la aplicación de principios y garantías de los ciudadanos frente al poder ilimitado del Estado. El principio de mínima intervención penal no es el único principio delimitador del ius puniendi del Estado. Dentro de la norma suprema, así como en la ley penal vigente, se encuentra un catálogo de principios que de alguna manera limitan el alcance sancionador del Estado y de sus normas.

Principio de legalidad

El principio de legalidad en Ecuador tiene el carácter de constitucional, tal es el caso, que se encuentra consagrado dentro de las garantías del debido proceso indicando expresamente que si no existe tipificada la infracción en la ley, no puede aplicarse una sanción a dicha conducta, ya sea en el ámbito penal, administrativo o de cualquier naturaleza (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008).

De igual forma, este principio es uno de los pilares rectores del proceso penal, y en concordancia con lo que establece la norma constitucional, rige el derecho al debido proceso:

Artículo 5 numeral 1.- Legalidad. - No hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014)

Es claro que, si no existe ley previa al hecho fáctico, no puede ser sancionado. Este principio de irretroactividad de la ley va ligado al principio de legalidad. Incluso, ha sido definido como, “aquel por el cual no hay delito ni es posible la imposición de una pena sino cuando exista una ley que incrimina el hecho respectivo, estableciendo además, la clase de castigo al que se encuentra sometido” (Politoff, S., Matus, J., & Ramírez, M., 2003).

Por otro lado, esta irretroactividad de la ley, en materia penal tiene una excepción que va ligado a la favorabilidad en caso que sea la ley más benigna para el infractor. Esto tiene sentido al ser analizada la ley por el legislador y encontrar motivación suficiente para no penalizar duramente una conducta dentro del debate. Así también, Etcheberry, expresó:

Este principio, no es sólo una institución jurídica, sino que es la base de todo un sistema político que considera la libertad individual como el más elevado valor social. La ley será, entonces, quien determine las penas y los hechos delictivos, describiendo sólo algunas conductas ilícitas delitos sancionados por el derecho

penal. Por lo que no existirá delito sin tipo, ni tipo que no esté expresamente señalado y descrito en la ley. (Etcheberry, 2009)

Cabe precisar que los autores citados claramente han expuesto la esencia del principio de legalidad, constitucional y normativamente reconocido. El axioma *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* realza el sentido propio de este principio que rige en muchos países y es la base del Derecho Penal, no hay crimen, no hay pena, sin ley previa que lo estipule como tal.

Principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad está expresamente señalado en la normativa penal ecuatoriana, puesto que una conducta puede ser típica y antijurídica, pero si no existe el elemento de responsabilidad -la culpabilidad- no puede ser reprochable. Así lo señala el Código Orgánico Integral Penal: “Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014).

No es suficiente con que se haya cometido una infracción, es necesario que la persona que obre en ella actúe con plena voluntad de lo que está haciendo. “La sociedad no puede hacer un reproche social al individuo que sólo ha cometido la conducta típica y antijurídica, no puede sancionarlo ni aplicarle una pena sin culpabilidad” (Cury, 2015).

Como se ha señalado resumidamente, sin este principio no podría el Estado actuar en contra de una persona, pues no solo es necesario el cometimiento de un hecho delictivo, el Estado a través de la fiscalía debe sustentar que se cumple el último elemento de una conducta penalmente relevante, la culpabilidad para hacer responsable al autor.

Principio de non bis ídem

El derecho a la defensa tiene como uno de sus postulados el principio *non bis ídem* o el impedimento de ser juzgado dos veces por el mismo hecho. La Constitución de la República del Ecuador reconoce expresamente esta garantía en su artículo 76 numeral 7: “El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia” (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008).

Si bien la norma suprema reconoce este principio, si aún no fuera así, éste es garantizado en instrumentos internacionales, de manera que velar por su

cumplimiento va más allá de la legislación local de un Estado, y predomina sobre cualquier ordenamiento jurídico expreso. “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país” (Asamblea General de las Naciones Unidas , 1966). Este convenio diferencia entre juzgar y sancionar, ya sea en materia penal o cualquier otra, pero el solo procesamiento de una persona o su sentencia ya delimitan la actuación incriminatoria del Estado.

Del mismo modo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece este principio como una de las garantías judiciales establecidas en dicho cuerpo normativo: “Artículo 8.- numeral 4.- El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos” (Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, 1969). En esta norma supranacional está previsto que deben cumplirse los requisitos establecidos para no permitir el doble juzgamiento: que la sentencia se encuentre firme, que haya sido absuelto y que se trate de la misma persona imputada anteriormente y por los mismos hechos.

Principio de lesividad

El principio de lesividad u ofensividad refiere a la afectación o lesión de bienes jurídicos protegidos. Náquira definió a los bienes jurídicos como:

Todo bien, estado de cosas o unidad funcional social, de carácter ideal, proveniente de la persona o del orden social comunitario que, por estimarse valioso e indispensable para el digno, justo y responsable desarrollo del individuo o de la colectividad en democracia y libertad, está jurídico y penalmente protegido. (Náquira, 2008)

Así el autor citado define qué es lo que protege el Estado a través de sus leyes, pues si no está claro el bien jurídico a proteger, o está expresado de una manera vaga su definición, mal podría protegerse. Para comprender el sentido de este principio, Torres expresó que el principio de lesividad está relacionado a la afectación ajena, pues debe existir un conflicto de por medio para que intervenga el Estado con una acción penal (Torres, 2015).

En este contexto, el poder punitivo del Estado debe ejercerse cuando realmente existe una acción que afecta el derecho de una persona, siendo la libertad, la dignidad y la integridad de la persona, el bien jurídico a proteger primordialmente. Tal como expresan instrumentos internacionales de derechos humanos: “Artículo 5.- Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar” (Conferencia Internacional

Americana , 1948). Así también la Convención Americana sobre Derechos Humanos refiere a la injerencia en la vida íntima o afectación a la honra o reputación de las personas (Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, 1969). Estos postulados guardan concordancia con lo dispuesto en la Declaración Universal de Derechos Humanos que garantiza la protección de la vida privada de las personas (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948).

Dicho esto, cabe puntualizar que, si se encuentran reconocidos estos derechos en instrumentos supranacionales de derechos humanos, resulta condición mínima a respetar y garantizar por parte de los Estados para proteger los derechos de las personas.

Principio de proporcionalidad

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008)

El Estado está en la obligación de actuar frente a un atentado a un bien jurídico que altera la convivencia social; sin embargo, debe existir un postulado o un límite a la imposición punitiva, puesto que debe guardar coherencia la afectación con la pena, en virtud del daño ocasionado. En este contexto, “la proporcionalidad es un principio a través del cual se legitima la intervención del Estado en el ejercicio de los derechos humanos” (Ávila, 2017). Como bien señala el autor, este principio no se aparta de los derechos humanos, como postulado básico del Estado en su acción. Del mismo modo, Roxin respecto a este principio señaló que las normas no solo establecen mecanismos para la prevención del delito sino también restringe el poder punitivo del Estado para que el individuo común no se encuentre desamparado ante un exceso o arbitrariedad (Roxin, 2000).

Existe –como ya se ha mencionado- una estrecha relación entre el principio de mínima intervención penal y el principio de proporcionalidad, especialmente cuando se trata de tipificar conductas penales y las sanciones que racionalmente les corresponda. De tal modo que, cuando se trata de esta ardua tarea, el legislador debe considerar, como indicó Carbonell que:

Cuando se trata de tipificar delitos y de imposición de penas, de acuerdo a nuestro Estado constitucional de derechos, aquella competencia es exclusiva del legislador, y éste a la vez podrá determinar la validez de la norma penal, siempre y cuando: 1) persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para

alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo e igualmente apto para alcanzar la misma finalidad; 4) exista proporcionalidad entre los sacrificios y los beneficios que se obtienen con la medida legislativa. (Carbonell, J., 2012)

Cuando se trata del principio de proporcionalidad, éste se relaciona directamente con la imposición de penas, y el mecanismo para ello, al respecto, Garrido respondió ante la graduación de penas que debe ser realizada en base a:

a) La magnitud de la lesión del bien jurídico protegido. Con vinculación al principio de lesividad, la actividad represiva del Estado sólo se legitima cuando se circunscribe a la protección de bienes jurídicos fundamentales para la convivencia pacífica. Asimismo, para ser legítima, la reacción penal ha de guardar concordancia con la intensidad de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico afectado. b) La intensidad del reproche a su autor. Con vinculación al principio de culpabilidad, ha de tenerse presente la reprochabilidad y su intensidad como elemento a considerar para determinar la gravedad del castigo. c) Nocividad social del comportamiento. La desobediencia de los mandatos o prohibiciones atenta al sentimiento de seguridad y a la conciencia jurídica de la sociedad. La lesión a estos conceptos constituye otro factor que ha de considerarse para la determinación de la pena. (Garrido, 2011)

Esta graduación de penas, en la legislación penal ecuatoriana, se configura como circunstancias de la infracción clasificadas en atenuantes y agravantes, siendo establecido el mecanismo de aplicación en el Código Orgánico Integral Penal, señalando la norma la imposición de la pena mínima menos un tercio, cuando existan siquiera dos atenuantes y ninguna agravante; si por el contrario, existe siquiera una agravante, la pena a imponer será la máxima más un tercio (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014).

Principio de necesidad

El principio de necesidad guarda correspondencia con el principio de intervención mínima, puesto que, si bien el operador de justicia debe sancionar una conducta típica, antijurídica y culpable, debe velar también porque esa pena a imponer cumpla con los fines para los que está prevista. En este sentido, el Código Orgánico Integral Penal prevé como fines de la pena tanto la prevención de delitos, así como el respeto a los derechos de las víctimas y personas involucradas en infracciones o sentenciadas (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014).

Con esta aclaración, no es suficiente con la imposición de una pena como acto sancionador, sino que debe ser vista también como una medida preventiva, tal como señaló Roxin: “Si la pena tiene una finalidad preventiva no puede bastar para su imposición solo con la culpabilidad del autor. La pena también tiene que ser

necesaria desde un punto de vista preventivo” (Roxin, Derecho Penal parte general. Tomo I, 1997).

Precisamente este principio, en concordancia con el principio de mínima intervención penal, es el punto de partida para el análisis de la normativa penal vigente en Ecuador, así como de su reforma que entrará en vigencia en los próximos meses, pues en uno de los capítulos siguientes de este estudio se analizará cómo son sancionadas la mayoría de conductas típicas en el Código Orgánico Integral Penal, cuando pueden ser revisadas estas conductas desde una perspectiva criminológica, de tal manera que sea sancionada pero no con extrema punibilidad, dando la oportunidad al infractor que se reivindique y se reinserte a la sociedad.

Principio de igualdad

El principio de igualdad se encuentra previsto como principio constitucional, asegurando que no existirá discriminación por ningún concepto, pues todas las personas son iguales ante la ley y gozan de los mismos derechos (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008). Así como los demás principios ponen una barrera al poder punitivo del Estado, el ordenamiento jurídico ecuatoriano constitucional también lo hace al establecer como principio la igualdad y no discriminación. En la normativa penal también se encuentra prescrito este principio como un principio procesal que asegura dentro del proceso penal la obligación de los operadores de justicia de garantizar la igualdad de las partes procesales durante el desarrollo del proceso judicial (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014).

A través de este principio se garantiza a los sujetos intervinientes en el proceso penal que gocen de las mismas oportunidades para actuar, aportar, acreditar y desacreditar afirmaciones dentro del mismo, y en caso que no puedan contar con los recursos suficientes para desarrollarse en estos términos, pues existe la defensoría pública penal que provee de un experto en la materia para su correcto desarrollo.

Principio de inocencia

El principio de inocencia forma parte de las bases del Derecho Penal donde toda persona mantiene su estado de inocencia hasta no existir resolución en firme que diga lo contrario. Así lo señala la propia Constitución ecuatoriana como una de las garantías del debido proceso que asegura que toda persona deberá ser tratada con la calidad de inocente, mientras no exista una sentencia que diga lo contrario (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008).

En la misma línea, la ley penal vigente lo establece como uno de los principios rectores del proceso penal, asegurando que durante todo el proceso penal se debe

respetar el estado de inocencia de la persona imputada (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014). En Ecuador se encuentra expresamente establecido y garantizado este principio a todo ciudadano, de manera que, el Estado ecuatoriano se encuentra limitado a este precepto. De igual forma Horvitz y López delimitaron este principio de la siguiente forma:

Nadie está obligado a probar su inocencia. Respecto de la prohibición de presunciones de derecho y la discusión en orden a las presunciones legales de responsabilidad, se han tratado a propósito del principio de culpabilidad, guardando estrecha vinculación a este principio. Buena parte de la doctrina, advierte que la carga de la prueba corresponde al Estado. El imputado debe ser tratado como inocente. Sin perjuicio del enunciado, este principio no excluye de plano la posibilidad de decretar medidas cautelares de carácter personal durante el procedimiento, siempre que no tengan por fundamento anticipar la condena, sino asegurar los fines del procedimiento. (Horvitz, M. & López, J., 2013)

Todos los principios expuestos guardan estrecha relación con el principio de mínima intervención penal, de alguna manera limitan el poder punitivo ilimitado del Estado que ejerce sobre sus ciudadanos y que en todo Estado democrático deben existir mecanismos para hacer efectivas las garantías y los principios que las normas constitucionales, así como instrumentos internacionales, reconocen a las personas.

CAPÍTULO II

EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL:

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

En este capítulo se analiza el principio de mínima intervención penal desde la normativa nacional e internacional, presentando el contenido de la norma en la Constitución de la República del Ecuador, en el Código Orgánico Integral Penal y en el Código Orgánico de la Función Judicial. En el mismo sentido, se presentan los instrumentos internacionales que desarrollan normativamente este principio.

El principio de mínima intervención penal en la normativa y jurisprudencia ecuatoriana

La responsabilidad de aplicar el principio de mínima intervención penal recae constitucionalmente en la Fiscalía General del Estado a partir de la vigencia de la norma suprema en el 2008:

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 Constituyente del Ecuador, 2008)

Esta atribución que concede la normativa constitucional, le faculta a este ente iniciar o continuar una investigación penal de acuerdo a la afectación a la convivencia social en conjunción con las garantías del debido proceso que no dejan de ser inexistentes a pesar del cometimiento de una infracción. Es el caso que dentro de las garantías del debido proceso contempladas en la normativa ecuatoriana, se encuentra que: “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza” (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008).

Por consiguiente, si bien se ha cometido una infracción, que se encuentra tipificada como tal dentro del catálogo de conductas penales sancionables en la legislación, no deja de ser una tarea de la fiscalía y de la judicatura determinar la sanción para tal infracción, considerando las circunstancias, la conducta del infractor y el contexto que rodea la situación para establecer si debe ser sancionado y el modo. Este concepto de ver la reprimenda social a través de mecanismos penales es el que debe ser transformado para lograr avances en la sociedad, de tal manera que el sistema penal no sea un mecanismo de reproche sino de protección y rehabilitación, al respecto Zambrano (2013) señaló:

La reforma del proceso penal es de particular importancia dado que el estado del mismo como sismógrafo de la Constitución del Estado sirve para mediar el grado de democratización de un Estado o, en otras palabras, el grado de su desarrollo como Estado de Derecho. (Zambrano, Principio de oportunidad y mínima intervención penal, 2016)

No hay que dejar de lado que esta visión de la reforma del proceso penal va ligada con la política criminal que el Estado pretenda instaurar, si bien desde una óptica represiva criminalizadora, o bien desde un sistema garantista, de último extremo o de última ratio.

Entonces la mínima intervención penal, es un principio que limita el ius puniendi del estado que presupone una necesidad social del delito y de la pena a través de una adecuada política criminal que busque encontrar la paz social. Ninguna política

criminal es buena para una mala política social, cualquier derecho penal es malo para una sociedad injusta, entendiendo por tal, no aquella en que incurren injusticias –que esto parece inevitable en cualquier comunidad humana–, sino aquella otra en que la injusticia y la desigualdad graves son la regla general o por lo menos afectan a masas enorme de personas. (Fernández, 2017)

Del análisis efectuado por Fernández, se puede entender entonces que el principio de mínima intervención penal está implícitamente involucrado en la política criminal, al limitar el poder sancionador punitivo del Estado. Así también se encuentra inmerso en la normativa penal vigente que señala que el Estado debe actuar a través de la ley penal en defensa de las personas si no existen otros mecanismos de solución (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014).

Dicho esto, cabe puntualizar que se hace referencia a mecanismos extrapenales para dar una solución diferente a la sanción penal, en los casos que la fiscalía –como ya se ha mencionado– considere. En este orden de ideas, los mecanismos alternos de solución de conflictos, como la conciliación –señalado en la normativa penal ecuatoriana vigente– debería primar sobre el ejercicio de la acción penal en beneficio del procesado y de la víctima, pues debe entenderse que existe un concurso de voluntades donde ambos obtendrán un beneficio. De la misma manera, el Código Orgánico de la Función Judicial conmina a los operadores de justicia a aplicar medios alternativos de solución de conflictos cuando la ley lo permita, sin dejar de garantizar los derechos establecidos en la Constitución e instrumentos internacionales (Asamblea Nacional del Ecuador, 2009).

En este mismo sentido, la ley en referencia, establece dentro de las facultades jurisdiccionales de los jueces, que:

Artículo 130.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto, deben: (...) 11. Salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario, procurar la conciliación de las partes, en cualquier estado del proceso (Asamblea Nacional del Ecuador, 2009).

Si bien la Constitución en conjunto con la normativa penal y la ley que rige la conducta de los actores judiciales establece de manera uniforme que los operadores de justicia deben velar por los derechos de las víctimas y encontrar mecanismos de corrección y satisfacción ante el cometimiento de delitos, no dista de la decisión de actuar cuando realmente sea necesario. Precisamente el carácter de subsidiario y fragmentario del principio de mínima intervención penal –que ya fueron expuestos y analizados en el acápite anterior–, obliga a los actores dentro del sistema judicial a desentrañar conflictos a través de mecanismos extrajudiciales o extrapenales que

lograrían incluso el descongestionamiento del aparato judicial y solo actuar cuando realmente exista una afectación grave a bienes jurídicos.

También existen pronunciamientos de las cortes ecuatorianas respecto al principio de mínima intervención penal, que es relevante tratar para obtener el enfoque de jueces de otras instancias en el análisis de la aplicación de éste. Es así que la Corte Constitucional al respecto manifestó que el principio de mínima intervención es de última ratio soportándose en dos fundamentos: 1) el Derecho Penal solo debe actuar cuando se atente contra condiciones mínimas de sobrevivencia de la sociedad siendo inevitables e insoportables sus efectos; y, 2) no exista otro medio de reacción del Estado ante ese ataque (Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición, 2012).

La Corte Constitucional de la época determina claramente que el Derecho Penal debe activarse cuando la sociedad ya no lo permita, lo que quiere decir que, es una situación insostenible, resaltando el carácter subsidiario de este principio. En la misma línea argumentativa, la Corte Nacional de Justicia ha señalado en sus fallos que el proceso penal es un medio para la realización de la justicia con especial atención a los principios de legalidad y mínima intervención penal (Corte Nacional de Justicia, 2013). En otra resolución el mismo ente sostiene que no existe violación al principio de mínima de intervención penal cuando no ha existido otro medio de respuesta por parte del Estado, siendo la última alternativa éste activar el Derecho Penal (Corte Nacional de Justicia, 2015).

En ambos pronunciamientos la Corte Nacional de Justicia comparte el criterio de la Corte Constitucional en cuanto a la activación del Derecho Penal al no existir otro mecanismo efectivo ante el atentado de bienes jurídicos, resaltando que el sistema procesal, constitucionalmente establecido, es un medio para lograr justicia, pero ésta se obtiene con base en los principios ya establecidos, específicamente el de legalidad y de mínima intervención penal.

El principio de mínima intervención penal en la normativa y jurisprudencia internacional

No solo se encuentra garantizado el principio de mínima intervención penal en la Constitución de la República del Ecuador sino también en tratados internacionales de derechos humanos que el Ecuador ha aceptado y ratificado, y conforme el precepto constitucional de jerarquía de normas, estos postulados deben respetarse y garantizarse al nivel de la normativa constitucional, conforme señala el artículo 424 de la norma ibídem:

La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008)

Lo anterior implica que no solo debe respetarse el mandato constitucional donde prevé como facultad de la Fiscalía General del Estado la aplicación del principio en mención, sino también aquello que esté dispuesto en tratados o convenios internacionales por formar parte del bloque de constitucionalidad y el Ecuador debe acatar su obligatorio cumplimiento. En tal sentido, es necesario citar a García Ramírez (2005), dentro del voto razonado en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

El deber que tienen los Estados de proteger a todas las personas y sancionar a los responsables de delitos que no solo comportan una lesión a los individuos, sino también al conjunto de la sociedad, y merecen el más enérgico rechazo. Sin embargo, la lucha de los Estados contra el crimen debe desarrollarse dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan preservar tanto la seguridad pública como el pleno respeto a los derechos humanos de quienes se hallen sometidos a su jurisdicción. (García, 2005)

Este magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no desconocía el respeto de los derechos humanos incluso para aquellos que cometen una falta, pues sus derechos nacen por el hecho de ser una persona, más allá de la infracción que hayan cometido, el Estado no puede inobservar su respeto y garantías. Este y otros preceptos se encuentran debidamente reglados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos donde reconoce varios principios aplicados al proceso penal, dentro de las llamadas garantías judiciales que garantiza el derecho de la persona procesada a ser escuchada por un juez competente, independiente e imparcial y a ser tratado en calidad de inocente durante todo el proceso, entre otras (Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, 1969).

Resulta de igual relevancia hacer referencia a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio), las cuales tienen como precepto principal la aplicación de medidas diferentes a la prisión (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1990).

Es de gran relevancia resaltar que las Naciones Unidas, así como la Organización de Estados Americanos, hace énfasis en equilibrar los derechos de los sujetos

procesales y la comunidad en general. Esto no es posible sin la racionalización de las políticas en justicia penal, que tiene como postulado principal la mínima intervención penal, el cual es referido de manera expresa: “2. Alcance de las medidas no privativas de libertad (...) 2.6 Las medidas no privativas de libertad serán utilizadas de acuerdo con el principio de mínima intervención” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1990).

En la misma línea, cuando se trata de limitar el poder del Estado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, refiere que:

Artículo 2.2.- Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter. (Asamblea General de las Naciones Unidas , 1966)

De este modo, en el instrumento citado se conmina a los Estados a adoptar legislativamente normas que permitan efectivizar derechos reconocidos en el Pacto que van íntimamente relacionados a su calidad de ser humano. En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966)

Estos instrumentos internacionales permiten reflexionar sobre la intervención del Estado al momento de reprimir conductas penales, pues si bien los procesados han cometido actos lesivos en contra de la sociedad, no deja de ser importante la preservación de su integridad y el respeto a sus derechos, por la naturaleza de los mismos, siendo fundamental la mínima intervención en la sanción de conductas que pueden ser solucionadas por otros mecanismos. Vale señalar que el principio de mínima intervención penal no solo es referido en estos instrumentos supranacionales, sino también en jurisprudencia de organismos internacionales. De esta manera la Corte Interamericana de Derechos humanos determinó:

Tomando en consideración el régimen de protección a la libertad de expresión, la razonable conciliación entre este derecho, el derecho a la honra y el principio de mínima intervención penal característico de las sociedades democráticas, el empleo

de la vía penal debe cumplir con los requisitos impuestos por el principio de legalidad y sólo debe incluir graves lesiones a bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008)

Asimismo, en la jurisprudencia colombiana se puede encontrar referencias al principio de mínima intervención penal desde los pronunciamientos del máximo ente de interpretación constitucional de dicho país, la Corte Constitucional de Colombia, que ha manifestado que el ejercicio de la facultad sancionatoria penal debe operar cuando los otros medios de control han fallado, resaltando que no toda conducta debe ser sancionada, pues si no existe un riesgo a la sociedad, no amerita la aplicación de la ley penal (Corte Constitucional de Colombia, 2012).

El principio constitucional de la necesidad de las penas implica que el legislador, en la configuración abstracta de la política punitiva, debe recurrir únicamente a los instrumentos penales, cuando esto resulte constitucionalmente necesario, es decir, cuando se afecten bienes jurídicos relevantes; esta afectación sea grave (principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de fragmentariedad de la sanción penal) y no existan o hayan resultado insuficientes otros instrumentos menos gravosos para la libertad (subsidiariedad de la sanción penal o carácter de ultima ratio de la intervención penal). El principio de necesidad genera así la idea de la subsidiariedad de la respuesta penal frente a los problemas sociales que deben ser afrontados por el Estado, tanto en tiempos ordinarios, como durante los estados de excepción. De esta manera es posible afirmar que el principio de necesidad “se concreta en asumir el carácter subsidiario, fragmentario y de ultima ratio” de la intervención penal y su respeto garantiza la justicia de la represión penal. Este principio, a pesar de estar inicialmente dirigido al legislador, también tiene como destinatario al juez penal el que, para poder imponer una sanción en un caso concreto, debe verificar la afectación material de los bienes jurídicos que, en abstracto, protege la norma. (Corte Constitucional de Colombia, 2016)

Este ente resalta la necesidad de proteger a la sociedad cuando exista una grave afectación a sus bienes jurídicos y no exista otro mecanismo menos lesivo en proporción al daño cometido. Esto guarda concordancia con la normativa nacional y supranacional presentada en este capítulo, donde no solo la legislación penal vigente y los instrumentos internacionales, sino también las jurisprudencias de cortes internacionales reconocen y priorizan el fiel cumplimiento del principio de mínima intervención penal frente al poder punitivo del Estado.

CAPÍTULO III

EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL EN LA REFORMA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Ya habiendo desarrollado el marco de referencia doctrinario, normativo y jurisprudencial del principio de mínima intervención penal, es necesario en este capítulo realizar una comparación de la aplicación de este principio, en la normativa penal vigente y la reforma promulgada el 24 de diciembre de 2019, que entrará en vigencia en junio del presente año, para determinar la línea que sigue la política criminal en Ecuador.

Reforma en cuanto a la penalidad y tipicidad de conductas

En la reforma al Código Orgánico Integral Penal que operará en poco tiempo se redefine el concepto de dolo y se incluye una atenuante de responsabilidad, conceptualizada como la preterintencionalidad, la cual existía en el Código de Procedimiento Penal ya derogado hace algunos años, pero fue derogada en la ley vigente (Asamblea Nacional del Ecuador, 2019).

Generalmente, quien comete un acto ilícito, responde por todas las consecuencias que este prevé, así no hayan sido deseadas ni previsibles; sin embargo, bajo la figura jurídica de la preterintencionalidad, se atenúa la responsabilidad dolosa en el acto, consecuentemente, se reduce su pena. Siendo éste un acierto del legislador, en pro de los derechos del procesado, por cuanto no deja de responder por su acto, pero lo hace en proporción de la intención con la que actuó.

Como ya se había mencionado, el dolo en la ley vigente ha sido redefinido como la actuación con pleno conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal que ha cometido; sin embargo, este dolo puede verse afectado por errores de tipo que se encuentran definidos en la reforma como aquellos que ocurren cuando existe error o ignorancia en el acto de modo invencible, es decir, que no existía medio por el cual sepa su mal proceder (Asamblea Nacional del Ecuador, 2019).

En el proyecto del Código Orgánico Integral Penal se encontraba previsto el error de prohibición o error de tipo que elimina el elemento de la culpabilidad en el tipo penal; sin embargo, en la ley definitiva fue omitida esta figura por considerarla un riesgo, por el modo en que sería aplicada por los jueces, situación que conllevaría a incrementar la impunidad (Presidencia de la República del Ecuador, 2014). Nuevamente es retomada esta figura jurídica e incorporada a la ley como una causal de exclusión de responsabilidad en el elemento de culpabilidad, eximiendo de responsabilidad al procesado cuando incurra éste en un error de prohibición

invencible, y en caso que sea vencible, es aplicada como atenuante (Asamblea Nacional del Ecuador, 2019).

A pesar de existir riesgos en cuanto a la aplicación de esta figura jurídica, es un mérito de la legislatura ecuatoriana brindar herramientas de defensa al procesado, para que pueda demostrar que no conocía la ilicitud de la conducta, siendo el espíritu de la norma actuar con objetividad.

Por otro lado, en cuanto a la penalidad de las conductas, una reforma considerada gravísima, a criterio de la autora y es considerado un atentado grave contra los derechos de la persona procesada, es la incorporación de un agravante adicional en la legislación penal relacionado con la cantidad de aprehensiones previas en delito flagrante calificado, siendo una norma inconstitucional, al discriminar y penalizar a una persona por su pasado judicial, sin considerar el resultado de su(s) antecedente(s).

El Código Orgánico Integral Penal establece 6 atenuantes y 19 agravantes en su texto. Con la reforma se adiciona una agravante respecto a los antecedentes judiciales del procesado, que más allá de incrementar el número de causales por las cuales se puede objetar un beneficio al procesado, representa una excusa parcializada para negarlo:

Art. 12.- En el artículo 47 (...) Y, agréguese, a continuación del número 19, el siguiente: 20. Registrar la o el autor una o más aprehensiones previas en delito flagrante calificado, cuando se trate del mismo delito o atente contra el mismo bien jurídico protegido. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2019)

Esta disposición no considera la resolución de las aprehensiones anteriores –aun si versan sobre el mismo delito–, basta con ser calificado el nuevo acto como delito flagrante para ser considerado en el juzgamiento como una agravante en la pena, incidiendo esta situación en la penalidad de la conducta, en caso de ser declarado culpable, pues el juez se ve obligado a imponer el máximo de la pena previsto para el tipo penal aumentada en un tercio, caso contrario, puede ser acusado de prevaricato.

De igual forma que sucedió con las agravantes, el legislador modifica la figura jurídica de la reincidencia, ampliando –de manera injustificada– el campo de acción o protección del Derecho Penal al establecer que debe ser aplicada esta figura, no solo cuando se trate de la misma infracción penal, sino también contra el mismo bien jurídico:

Art. 14.- (...) La reincidencia solo procederá cuando se trate de la misma infracción penal o se haya atentado contra el mismo bien jurídico protegido en cuyo caso

deberán coincidir los mismos elementos de dolo o culpa. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2019)

Es indiferente para el legislador los elementos objetivos de los tipos penales, basta con analizar los elementos subjetivos –dolo o culpa–, alterando por completo la aplicación de la teoría del delito.

Dentro de la reforma al catálogo de conductas penales, es también relevante analizar que ésta ha sido realizada no en pro de minimizar la acción punitiva del Estado, sino para sancionar acciones que pueden ser resueltas por otros mecanismos, o bajo el absurdo pensamiento que, endureciendo las penas, se reducirá la criminalidad.

En el caso del delito de receptación, su reforma es una mera formalidad, por cuanto surge de la manifestación de la Corte Constitucional que declaró ilegal e inconstitucional el contenido de la segunda parte del delito tipificado en el artículo 202 del Código Orgánico Integral Penal (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014).

Sin embargo, como se ha venido analizando en el desarrollo de este trabajo investigativo, no es el objetivo del Derecho Penal sancionar todo tipo de conductas y de la manera más grave posible, como se ha venido señalando, el Derecho Penal, como último recurso a activar, pretenderá prevenir estos actos delictivos o conductas que atentan contra la convivencia social de todas las maneras posibles. Del mismo modo ocurre con el daño a bien ajeno, es un delito que atenta contra la propiedad física de un individuo, la misma que puede ser restituida o reparada, pues el deseo de la víctima será que el bien sea restituido o indemnizado por ello, existiendo otros mecanismos viables para sancionar esta conducta sin dejar de satisfacer el deseo de la víctima, en lugar de imponer como pena la prisión y medidas de reparación poco efectivas:

Art. 45.- Sustitúyase el número 1 del artículo 204, por el siguiente: 1. Que el daño se provoque a bienes públicos, o que el daño provocado resulte en la paralización de un servicio público o privado. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2019)

El Código Orgánico Integral Penal ya prevé como conducta agravada paralizar un servicio público o privado. Debía ser demostrado que la conducta era lesiva, al impedir la normal provisión de servicios públicos, constituyendo este elemento objetivo un freno a los juzgadores, pues debía ser demostrada la afectación causada; sin embargo, con la reforma, solo la acción de dañar bienes públicos ya es considerado un delito, siendo su sanción excesiva, al ser la pena prevista para esta conducta de 1 a 3 años, la prisión preventiva puede ser ordenada como medida cautelar, pudiendo prever para este tipo de acciones otros mecanismos menos lesivos que consigan satisfacer el daño causado a la víctima.

Un desacuerdo notable en la normativa penal fue la incorporación de la tabla que fija cantidades para el consumo de drogas, emitida por el Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (CONSEP) ya sustituido por la Secretaría Técnica de Drogas.

Figura 1. Tabla de cantidades máximas admisibles de tenencia para el consumo personal. Fuente CONSEP.

A través de dicha tabla se pretendía delimitar las cantidades máximas para consumo personal, diferenciando numéricamente al consumidor del traficante de estas sustancias. Este absurdo normativo fue aclarado por la Corte Constitucional:

27. (...) 2. El inciso final del artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal es compatible con el artículo 364 de la CRE, en lo que atañe al objeto de esta sentencia, interpretándose en el sentido que el hecho de superar las cantidades máximas establecidas, no es constitutivo del tipo penal de tenencia y posesión, no establece indicio ni presunción de responsabilidad penal. Si el detenido supera las cantidades máximas admisibles de tenencia para consumo personal, corresponde a los operadores de justicia establecer que la persona en tenencia de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, tenga la intención de traficar en lugar de consumir, en el marco del derecho al debido proceso. (Corte Constitucional del Ecuador, 2019)

El pronunciamiento de la Corte Constitucional del Ecuador fue incorporado formalmente en la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal, aclarando que las cantidades señaladas en la tabla presentada son referenciales y es obligación de las autoridades, específicamente del fiscal, presentar pruebas que denoten tráfico o comercialización de drogas, pues su mera tenencia no justifica una sanción; y, es responsabilidad del juez, valorar las pruebas presentadas (Asamblea Nacional del Ecuador, 2019).

Será interesante observar cómo implementa el Estado lo dispuesto en la reforma en cuanto al tratamiento y rehabilitación de las personas que consumen drogas, pues dentro de la red de salud pública, no existen dependencias suficientes donde ofrezcan este servicio. De la misma manera, en cuanto a la sumatoria de penas cuando una persona es encontrada en posesión de distintas sustancias sujetas a fiscalización, que son penalizados con distintas sanciones, la reforma señala:

(...) En el caso de tráfico de varias sustancias en un mismo hecho, se iniciará un solo proceso penal por el delito fin de tráfico y se impondrá la pena que corresponda a la escala de la sustancia con mayor reproche. En este caso no habrá acumulación de penas. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2019)

Sin embargo, esta reforma no surge de un proceso deliberativo de los legisladores y enmendadura de graves errores que han cometido, en su lugar nace de un fallo de triple reiteración de la Corte Nacional de Justicia, consecuentemente, de obligatorio cumplimiento:

Artículo 1.- Declarar como precedente jurisprudencial obligatorio, el siguiente punto de derecho: “En los casos relacionados con sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, y cuya conducta delictiva se realice por medio de uno o varios verbos rectores constantes en el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal, atribuibles a una misma persona en unidad de tiempo y acción, se debe aplicar el concurso ideal de delitos, por el que se punirá únicamente la conducta más severamente sancionada en el tipo penal, conforme el principio de absorción que rige este modelo concursal”; Artículo 2.- Como consecuencia de lo anterior, se deja sin efecto el precedente jurisprudencial obligatorio declarado por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución 12-2015, expedida el 17 de septiembre de 2015 (...) que establecía: “Al tratarse de las descripciones típicas contenidas en el Código Orgánico Integral Penal, artículo 220.1, la persona que con un acto incurra en uno o más verbos rectores, con sustancias estupefacientes, sicotrópicas o preparados que las contengan, distintos y en cantidades iguales o diferentes, será sancionada con pena privativa de libertad acumulada según sea la sustancia sicotrópica o estupefaciente, o preparado que la contenga, y su cantidad; pena, que no excederá del máximo establecido en el artículo 55 del Código Orgánico Integral Penal”. (Corte Nacional de Justicia, 2019)

La reforma al Código Orgánico Integral Penal integra a su texto el criterio expuesto, modificando la norma sin exacerbar las penas, siendo un punto positivo haber aclarado la mera tenencia y la ilegalidad de sumar las penas al tratarse de distintas sustancias cuando se trata de un concurso ideal de delitos, consecuentemente, debe imponerse la pena del delito más grave.

Otro aspecto discutible en la reforma, en cuanto a la tipicidad de conductas, es el delito de ingreso de artículos prohibidos, que antes del Código Orgánico Integral Penal era un asunto meramente administrativo y no era punible bajo las normas del Derecho Penal. En esta reforma son incrementadas las penas ya establecidas para este tipo, inobservando el fondo u objeto de la norma. Si se pretende detener el flujo de mercancías u objetos no permitidos dentro de los centros de privación de libertad, existen otros medios menos lesivos que el aumento irracional de las penas que establece el artículo 64 de la ley reformatoria, en el caso de ser los servidores públicos los infractores:

Art. 64.- (...) Si el sujeto activo de la infracción es servidor público vinculado al Sistema Nacional de Rehabilitación Social, ya sea en el ámbito de la seguridad penitenciaria o administrativo, servidores policiales, servidores judiciales,

servidores de la Fiscalía, Defensoría Pública, de salud, educación, cultura, deporte, trabajo, inclusión económica y social, será sancionado con el doble de la pena máxima establecida en el inciso primero de este artículo. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2019)

En la reforma a este artículo se incluye la actuación de servidores públicos como una agravante constitutiva del delito. Es necesario analizar la intención dolosa del sujeto activo previo a exacerbar la pena a tal magnitud, pues dependiendo del daño que pueda causar el objeto ingresado, debería ser proporcional la pena, más aún cuando existen otros mecanismos punitivos viables para este tipo de infracciones.

Reforma en cuanto a medidas cautelares

En cuanto a medidas cautelares, la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal por primera vez obliga al fiscal y al juez a motivar la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva indicando más allá de los elementos de convicción respecto a la materialidad y responsabilidad de la persona procesada en la infracción, el por qué las medidas alternativas a la prisión preventiva no son suficientes para asegurar la comparecencia a juicio o el cumplimiento de una posible pena

Art. 88.- (...) Para este efecto, la o el fiscal demostrará que las medidas cautelares personales diferentes a la prisión preventiva no son suficientes. En el caso de ordenar la prisión preventiva, la o el juez obligatoriamente motivará su decisión y explicará las razones por las cuales las otras medidas cautelares son insuficientes. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2019)

En base al texto reformado, el parte de aprehensión ya no es elemento suficiente de convicción para determinar una presunta materialidad de la infracción o responsabilidad del procesado, constituye un elemento meramente referencial. Es necesario recordar que en algunos casos son formulados cargos en base a este documento sin existir siquiera denuncia de una posible víctima. Además, la reforma le brinda al juzgador la opción de fijar la medida cautelar de prisión preventiva en base a medidas alternativas incumplidas en causas previas, mas no en virtud de las aprehensiones que haya sido objeto el procesado, constituyendo un logro normativo a nivel constitucional, en pro de los derechos de las personas procesadas por un delito, al prevalecer la libertad y solo en caso excepcional disponer su encarcelamiento, dando cumplimiento a lo dispuesto en la norma constitucional respecto a la excepcionalidad de la prisión preventiva, así como normas supranacionales en derechos humanos.

Reforma en cuanto a procedimientos especiales y mecanismos alternativos de solución de conflictos

Procedimientos especiales.

El procedimiento unificado, especial y expedito para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familia fue integrado expresamente en los procedimientos especiales, que ya contemplaba el procedimiento abreviado, el procedimiento directo, el procedimiento expedito (contravenciones penales y contravenciones de tránsito) y el procedimiento para el ejercicio privado de la acción penal (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014). Concretamente, cabe revisar en estos procedimientos si existió una mejora en el texto normativo afín a la garantía del principio de mínima intervención penal, como se ha realizado en los dos apartados anteriores.

Respecto al procedimiento abreviado limita el campo de acción de este mecanismo, al excluir de su beneficio a los delitos de secuestro, contra la integridad sexual y reproductiva y cuando se trate del delito de violencia sexual contra la mujer o miembros del núcleo familiar. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2019).

En el Código Orgánico Integral Penal vigente no existe esta restricción en la aplicación del procedimiento abreviado. Esta reforma, si bien tiene el carácter de proteccionista de las víctimas de secuestro, delitos sexuales y de violencia intrafamiliar, en algunos de estos sus penas han sido incrementadas en esta ley (por ejemplo, el abuso sexual), siendo doble aplicación punitiva para las personas que los cometen: por un lado, la pena es superior, y por otro, no pueden simplificar el proceso a través del procedimiento abreviado por cuanto es una excepción en la norma. Sin dejar de lado, el desgaste operativo en el aparato judicial para lograr una condena que puede lograrse en etapas procesales previas sin revictimizar a la víctima, cansar a sus familiares, testigos e incluso peritos o agentes aprehensores, siendo este análisis perfecto para un estudio detallado en otro trabajo investigativo. En el mismo sentido, dentro del procedimiento directo, existen algunas modificaciones de ley; sin embargo, por el objeto de este estudio es pertinente señalar aquella prevista en el numeral 7 del artículo 640 del Código Orgánico Integral Penal:

Art. 99.- (...) Artículo 640. Procedimiento directo. El procedimiento deberá sustanciarse de conformidad con las disposiciones que correspondan del presente Código y las siguientes reglas:

(...) 7. La o el juzgador al declarar iniciada la audiencia de juicio, solicitará a las partes que se pronuncien sobre la existencia de vicios formales, cuestiones de

procedibilidad, prejudicialidad, validez procesal, exclusión de pruebas y las demás previstas en los artículos 601 y 604, momento en el cual la o el fiscal podrá abstenerse de acusar y la o el juzgador dictar auto de sobreseimiento, con lo que concluirá la audiencia. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2019)

El procedimiento actual obliga a los sujetos procesales a realizar toda la audiencia, aun sabiendo que no existen elementos probatorios de materialidad o responsabilidad del procesado. A través de esta reforma, se simplifica el proceso en una etapa preliminar y, el fiscal puede abstenerse de acusar, previo a la práctica de pruebas.

Mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Aplicación del principio de oportunidad

El principio de oportunidad es un mecanismo a través del cual se faculta al fiscal de abstenerse de iniciar o desistir de una investigación ya iniciada cuando considera que no representa una mayor afectación a la convivencia social, limitando su campo de acción a los delitos que no superan los cinco años de pena privativa de libertad, estableciendo claramente las excepciones. Lo anterior implica que, si el fiscal no encuentra elementos en delitos sancionados con penas superiores, debe transcurrir el tiempo señalado en el procedimiento respectivo para abstenerse de acusar o conceder este beneficio. Cabe señalar que no existió reforma en esta norma, siendo pertinente, a criterio de esta autora, ampliar el límite normativo para aplicar este procedimiento.

Conciliación.

Este procedimiento tampoco fue reformado en diciembre 2019, siendo el espíritu de la ley concretar la voluntad de las partes y si éstas obtienen un beneficio para ellas, por qué debería la ley impedirlo. Por esta razón, a criterio de la autora, es necesario ampliar la gama de delitos, a través de la pena privativa de libertad, en los cuales pueda aplicarse este mecanismo alternativo de solución de conflictos. Se mantienen los requisitos para que aplique este mecanismo: 1) Que la pena no supere los cinco años de prisión; 2) Si se trata de delitos de tránsito, que no tengan resultado de muerte; 3) En delitos contra la propiedad, no debe exceder de 30 salarios básicos; y, 4) No puede aplicarse a delitos contra la eficiente administración pública o que afecten a los intereses del Estado, delitos contra la inviolabilidad de la vida, integridad y libertad personal con resultado de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva y delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014).

Suspensiones del proceso y de la pena.

En el Código de Procedimiento Penal derogado hace algunos años existía el mecanismo de suspensión condicional del procedimiento que era aplicada a todos los delitos sancionados con prisión y en los delitos sancionados con reclusión de hasta cinco años, excepto en los delitos sexuales, crímenes de odio, violencia intrafamiliar y delitos de lesa humanidad (Congreso Nacional del Ecuador, 2000). En este tipo de procedimiento el fiscal, en común acuerdo con el procesado, solicitaban al juez su aplicación con la aceptación previa del ilícito. El juzgador, si consideraba que cumplía con los requisitos de ley, aceptaba la suspensión del procedimiento, sin perjuicio del cumplimiento de condiciones: a) Residencia fija; b) Abstención de frecuentar determinados lugares o personas; c) Someterse a un tratamiento médico o psicológico; d) Trabajo o profesión fijo; e) Asistir a programas educacionales o de capacitación; f) Reparación a la víctima; g) Fijar domicilio; h) Presentación periódica ante autoridad competente; e, i) No tener instrucción fiscal por nuevo delito (Congreso Nacional del Ecuador, 2000).

En el Código Orgánico Integral Penal fue derogada la suspensión condicional del procesado, siendo convertido ese texto como suspensión condicional de la pena, aplicando el mismo procedimiento y las mismas condiciones, lo cual implica que, en el Código de Procedimiento Penal del año 2000, ya derogado, se daba una oportunidad al procesado que ha admitido una falta y se dejaba de activar todo el aparataje judicial en su contra, bajo determinadas condiciones; y, en caso de cumplirlas, se extinguía la acción penal, limitando significativamente el poder punitivo del Estado sin causar un desgaste judicial.

Por otro lado el Código Orgánico Integral Penal no admite este procedimiento y en su lugar incorpora la suspensión condicional de la pena, so pena del cumplimiento de cuatro requisitos: 1. Que la pena privativa de libertad prevista para la conducta no exceda de cinco años; 2. Que la persona sentenciada no tenga vigente otra sentencia o proceso en curso ni haya sido beneficiada por una salida alternativa en otra causa; 3. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta sean indicativos de que no existe necesidad de la ejecución de la pena; y, 4. No procederá en los casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014). Una vez concedida la suspensión de la pena privativa de libertad, el juzgador impone el mismo tipo de condiciones del procedimiento ya derogado, y, en consecuencia, extingue la pena.

En la reforma no se revisan requisitos o condiciones para aplicar este procedimiento pero si garantiza al sentenciado que pueda favorecerse de éste en caso de no contar con la documentación respectiva en la primera audiencia: “Art. 96.- Agréguese en el

artículo 630, el siguiente párrafo final: “La falta de presentación de los requisitos establecidos en los números 2 y 3 podrá ser completada en cualquier momento con una nueva solicitud” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2019).

Vale señalar que este mecanismo no era objeto de recurso de impugnación, y con la reforma, explícitamente está permitido impugnarlo en caso que el sentenciado considere que no se ha cumplido con los requisitos de ley o si la valoración de ellos por parte del juez ha sido errónea.

Suspensión de la sustanciación del proceso en delitos de violencia intrafamiliar.

Existe una salvedad en la reforma para los delitos de violencia intrafamiliar, la cual consiste en la suspensión de la sustanciación del proceso con el consentimiento de la víctima, la autorización del fiscal y previa petición hasta la audiencia preparatoria de juicio. Pero esta excepcionalidad tiene sus restricciones: 1) Debe tratarse de delitos de violencia física contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cuando la lesión no supere 30 días de incapacidad o enfermedad o delitos de violencia psicológica contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cuya pena máxima sea de un año, 2) La persona procesada no debe tener otra sentencia o proceso en curso por delitos de violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar, 3) La persona procesada no debe haber sido beneficiada por una salida alternativa en otra causa; y, 4) La persona procesada deberá someterse a tratamientos psicológicos, educación sexual y la prevención de recaídas, a través de las redes de salud pública (Asamblea Nacional del Ecuador, 2019).

Al igual que en la suspensión condicional de la pena para otros delitos, el juzgador dictará medidas a cumplir por la persona procesada durante el tiempo de la suspensión. En caso de cumplir con todas y cada una de las condiciones impuestas, se extinguirá la acción penal; caso contrario, la suspensión será revocada y se sustanciará el procedimiento conforme a las reglas del procedimiento unificado, especial y expedito para el juzgamiento de estos delitos.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA

En este capítulo se presenta la propuesta de la autora después del análisis detallado de la reforma en el Código Orgánico Integral Penal respecto a la penalidad y tipicidad de conductas penales, medidas cautelares, procedimientos especiales y mecanismos alternativos de solución de conflictos, en sentido general para encaminar la política criminal ecuatoriana hacia el cumplimiento de principios y garantía de derechos constitucionales.

Respecto a la penalidad de conductas.

Dos aspectos a considerar, que no son congruentes con el principio de mínima intervención penal, son las circunstancias agravantes y la reincidencia como ha sido tipificada en el código. En este orden de ideas, si el principio de mínima intervención penal es una manera de limitar el poder punitivo del Estado cuando no existan otros mecanismos viables y el daño sea realmente excesivo y necesaria una medida represiva, no tiene sentido la aplicación de la reincidencia por la afectación del mismo bien jurídico, cuando no se cumplen los mismos verbos rectores. De acuerdo al sentido literal del término reincidencia, se entiende que debería ser la misma conducta, la misma infracción.

Respecto a la tipicidad de conductas.

Dentro de la tipicidad de conductas, fueron presentados tres tipos penales –a modo de ejemplo– que existen dentro de la normativa penal donde no fue aplicado el principio de mínima intervención penal, al no ser evaluado el verdadero sentido de la norma, penalizando de manera inconsciente o agravada las conductas. Así como estos delitos, pueden existir otros dentro de la normativa penal que requiere un verdadero análisis de los elementos objetivos del delito y sobretodo la sanción impuesta. No toda sanción debe consistir en privar de la libertad a una persona, cuando el fin de la pena –según la misma normativa penal ecuatoriana– no solo es prevenir delitos, sino también garantizar una reparación a la víctima y una rehabilitación del sentenciado.

El delito de receptación depende mucho de la mercancía que está en posesión o en comercio teniendo un origen ilícito, pero el bien jurídico a proteger es la propiedad, en este caso la pena debería ser proporcional al valor de la cosa. No es lo mismo vender un teléfono robado cuantificado en \$20, que un vehículo robado valorado en \$20.000. El modus operandi para la sustracción, la reparación a la víctima, así como el valor de la cosa deben estar plenamente diferenciados en la pena a imponer, lo

cual no está establecido en la norma. Esta misma diferenciación es aplicable a otros delitos contra la propiedad como el robo con fuerza, donde no existe un atentado contra la integridad de una persona, siendo un delito con consecuencias menos lesivas que un robo agravado.

Estas circunstancias no han sido debidamente aplicadas en la normativa penal, así como en la sanción impuesta al daño de bien ajeno cuando se trata de bienes públicos y el ingreso de artículos prohibidos dentro de los centros de rehabilitación social. Es necesario revisar las conductas penales y las penas que esta reforma está imponiendo, pues no es efectivo el encarcelamiento de todos los individuos que cometen una infracción, cuando pueden aplicarse otras medidas punitivas, menos lesivas, sin la necesidad de exponer a las personas a la situación precaria en los centros penitenciarios.

En el caso de ingreso de artículos prohibidos, si bien es cierto que agrava la situación jurídica el hecho que un funcionario público, valiéndose de su cargo o función dentro del centro penitenciario, ingrese artículos prohibidos, no deja de ser importante analizar la cosa ingresada en virtud del daño que pueda ocasionar, pues bien puede ser impuesta una sanción de destitución del cargo o incapacidad para ser contratado por el Estado en determinada cantidad de tiempo, hasta la máxima sanción que es la privación de libertad. La norma simplemente dispone la sanción máxima duplicada bajo estas condiciones, siendo excesiva la intervención punitiva en estos casos.

Respecto a los procedimientos especiales.

Es criterio muy personal de esta autora que el procedimiento abreviado no debería tener límites en cuanto a su aplicación, en pro de dar celeridad al proceso penal, evitar una re victimización de la víctima; y, sobre todo porque no se arriesga el Estado que, en juicio, las pruebas elementales no se puedan practicar, cuando ya cuenta con la aceptación expresa del hecho fáctico por parte del procesado.

Del mismo modo, ya ha sido mencionado en líneas anteriores que la aplicación de los procedimientos del principio de oportunidad y conciliación no deberían verse limitados a los delitos con penas que no superen los cinco años. Por otro lado, en el principio de oportunidad, el fiscal cuenta con los elementos necesarios para no iniciar o desistir de una acción y esta decisión es fundamentada. Mientras que, en la conciliación, debe primar la voluntad de las partes y el beneficio que ambas van a obtener del acuerdo conciliatorio que, en muchos casos, es más productivo que cumplir una pena en prisión o seguir un proceso penal largo para no recibir ninguna reparación al final de éste.

CONCLUSIONES

- El principio de mínima intervención penal, de acuerdo a la conceptualización doctrinaria expuesta, se fundamenta en no regular todas las conductas que pueda cometer un individuo, sino solo aquellas que representen un atentado grave contra bienes jurídicos, siendo el Derecho Penal el último recurso efectivo que tiene el Estado, ante la ausencia de alternativas sancionatorias más eficaces o mecanismos alternativos que puedan resolver conflictos. Este principio en conjunto con los otros principios procesales descritos -legalidad, culpabilidad, non bis ídem, lesividad, proporcionalidad, necesidad, igualdad e inocencia- constituyen un límite para el poder punitivo del Estado.
- Dentro del marco normativo expuesto, se encuentra prescrito en la Constitución que la responsabilidad de aplicar el principio de mínima intervención penal recae constitucionalmente en la Fiscalía General del Estado. Del mismo modo, el Código Orgánico Integral Penal señala que el Derecho Penal se exhorta cuando no existan medios extrapenales para solucionarlo; y, en el Código Orgánico de la Función Judicial es uno de los deberes de los administradores de justicia promover medios alternativos de solución de conflictos como parte del servicio público. Todos estos preceptos se encuentran en la misma línea argumentativa de la aplicación del principio de mínima intervención penal en la normativa del Ecuador.
- Asimismo, dentro del marco jurisprudencial expuesto, la Corte Constitucional del Ecuador, la Corte Nacional de Justicia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pactos Internacionales de derechos civiles, sociales, económicos y culturales, así como la Corte Constitucional de Colombia, convergen en que el Derecho Penal se enmarca en el principio de mínima intervención, bajo el criterio que debe ser activado cuando el daño o riesgo para la sociedad es de gran magnitud y no existan otras alternativas de respuesta.
- Después de realizar un análisis de la Ley reformativa al Código Orgánico Integral Penal, que entra en rigor en junio 2020, se ha determinado que no se garantiza el efectivo cumplimiento del principio de mínima intervención penal. La normativa penal que sirve de instrumento para aplicar la política criminal en Ecuador, es utilizada como un medio represivo a través del agravamiento de penas, tipificación de conductas -que tendrían otros mecanismos adecuados y viables para reprimirlas- y la limitación de los procedimientos especiales y mecanismos alternativos de solución de conflictos, sin prever los fines originales del Derecho Penal.

RECOMENDACIONES

- En base a lo analizado y confrontando la aplicación del principio de mínima intervención penal en la Ley Orgánica reformativa al Código Orgánico Integral Penal se plantea que no toda conducta debe ser punible, debiendo ser revisado el propósito del legislador en los tipos penales desarrollados en virtud del daño ocasionado y los mecanismos viables para repeler estas conductas.
- Capacitar a los funcionarios del sistema de justicia para fomentar la aplicación de medidas diferentes a la prisión preventiva conforme establece la ley, perdiendo las costumbre generalizada e infundada de aplicar de manera general la prisión preventiva existiendo otras medidas menos lesivas y con el mismo nivel de eficacia.
- Promover la ampliación del campo de acción de los procedimientos especiales, el principio de oportunidad y mecanismos alternativos de solución de conflictos, sin dejar de garantizar los derechos de las víctimas y los imputados.
- Es necesario estar atentos a la nueva dinámica planteada en la Ley Orgánica reformativa al Código Orgánico Integral Penal que entrará en vigencia en poco tiempo, y obtener información estadística que sustente la ilimitada y desproporcionada actuación del Estado en la penalidad de conductas, imposición de medidas cautelares y la aplicación de procedimientos especiales y mecanismos alternativos de solución de conflictos.

BIBLIOGRAFÍA

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Kimel vs. Argentina (02 de mayo de 2008).

Corte Constitucional de Colombia, Demanda de inconstitucionalidad No. C-365-2012 (2012).

Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición, Sentencia No. 001-12- SCN-CC, dentro del Caso No. 0023-09-CN (2012).

Corte Nacional de Justicia, Juicio No. 668-20-2012 (2013).

Corte Nacional de Justicia, Juicio No. 1325-2014. (2015).

Corte Constitucional de Colombia, Demanda de inconstitucionalidad No. C-191-2016 (2016).

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 7-17-CN/19, dentro del Caso No. 7-17-CN (2019).

Corte Nacional de Justicia, Resolución No. 02-2019 (2019).

Araujo, M. (2014). *La Desobediencia civil, análisis político y penal: Caso ETA*. Quito: Editora Jurídica Cevallos.

Asamblea General de las Naciones Unidas . (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Nueva York: Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos* . París: Proclamada el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III).

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión en resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. .

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1990). *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)*. Tokio: Adoptadas en resolución 45/110, de fecha 14 de diciembre

de 1990.

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

Asamblea Nacional del Ecuador. (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito: Registro Oficial Suplemento No. 544 de fecha 09 de marzo del 2009.

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

Asamblea Nacional del Ecuador. (2019). *Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial Suplemento No.107 de fecha 24 de diciembre de 2019. .

Ávila, R. (2017). Principio de Proporcionalidad. *Revista Judicial La Hora*, 3-10.

Beccaria, C. (2015). *De los delitos y de las penas*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.

Carbonell, J. (2001). *Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad*. Mancha: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Carbonell, J. (2012). *Argumentación Jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*. México: Editorial Porrúa.

Carbonell, J. (2012). *Argumentación Jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*. México: Porrúa.

Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José: Suscrita el 22 de noviembre de 1969.

Conferencia Internacional Americana . (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Bogotá: Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá en 1948. .

Congreso Nacional del Ecuador. (2000). *Código de Procedimiento Penal del Ecuador derogado*. Quito: Registro Oficial Suplemento No. 360 de fecha 13 enero del 2000.

- Cury, E. (2015). *Derecho Penal, Parte General*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Etcheberry, A. (2009). *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Fernández, J. (2017). *Derecho Penal, parte general, principios y categorías dogmáticas*. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Ferrajoli, L. (2005). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta.
- Flores, L. (2015). *El ius puniendi y la mínima intervención penal en el sistema penal ecuatoriano*. Cuenca: Universidad Católica de Cuenca.
- García, S. (2005). *Voto razonado dentro de la sentencia del caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Recuperado el 21 de abril de 2020, de <http://www.corteidh.or.cr>
- Garrido, M. (2011). *Derecho Penal, Parte General. Tomo I*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Goite, M., Medina, A., Fernández, R., & Huertas, O. (2016). Globalización, derecho penal mínimo y privación de libertad a 250 años de la obra cumbre de Beccaria. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, 109-126.
- Horvitz, M., & López, J. . (2013). *Derecho Procesal penal Chileno, Tomo I*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Martos, J. (2006). *El principio de intervención penal mínima*. Sevilla: Editorial Sisius.
- Milanese, P. (2005). *El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima*. Recuperado el 26 de marzo de 2020, de <https://derechopenalonline.com>.
- Muñoz, F., & García, M. . (2012). *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz, F., & Hassemer, N. (1993). *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Madrid: Tirant lo Blanc.
- Náquira, J. (2008). Principios y Penas en el Derecho Penal Chileno . *Revista de la Universidad Católica de Chile*, 1-71.

- Ozafrain, L. (2016). Principio de mínima intervención, jurisdicción indígena y derechos humanos: el encarcelamiento como verdadera ultima ratio. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 270-289.
- Pazmiño, E. (2011). *Derecho Penal Mínimo*. Recuperado el 29 de marzo de 2020, de <https://www.derechoecuador.com>
- Politoff, S., Matus, J., & Ramírez, M. (2003). *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte general*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Presidencia de la República del Ecuador. (16 de enero de 2014). *Veto Presidencial al texto – borrador al Código Orgánico Integral Penal: Oficio No. T.6136-SGJ- I4-46*. Recuperado el 23 de abril de 2020, de <https://confirmado.net>.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal parte general. Tomo I*. Madrid: Editorial Civitas.
- Roxin, C. (2000). *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Torres, A. (2015). La operatividad del principio de lesividad desde un enfoque constitucional. *Revista de Pensamiento Penal*, 1-16.
- Zambrano, A. (2014). *Estudio Introductorio a las reformas del Código de Procedimiento Penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Zambrano, A. (2016). *Principio de oportunidad y mínima intervención penal*. ecuperado el 15 de abril de 2020, de <https://www.derechoecuador.com>.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I	8
EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL:	8
MARCO DOCTRINARIO	8
Antecedentes.....	8
Definición del principio de mínima intervención penal y sus características	9
El principio de mínima intervención penal y su relación con otros principios procesales.....	12
Principio de legalidad.....	13
Principio de culpabilidad.	14
Principio de non bis ídem.	14
Principio de lesividad	15
Principio de proporcionalidad	16
Principio de necesidad	17
Principio de inocencia	18
CAPÍTULO II.....	19
EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL:	19
MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.....	19
El principio de mínima intervención penal en la normativa y jurisprudencia ecuatoriana.....	19
El principio de mínima intervención penal en la normativa y jurisprudencia internacional	22
CAPÍTULO III	26
EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL EN LA REFORMA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL	26
Reforma en cuanto a la penalidad y tipicidad de conductas.....	26
Reforma en cuanto a medidas cautelares.....	31
Reforma en cuanto a procedimientos especiales y mecanismos alternativos de solución de conflictos	32
Procedimientos especiales.	32
Mecanismos alternativos de solución de conflictos.	33
Aplicación del principio de oportunidad.....	33
Conciliación.	33
Suspensiones del proceso y de la pena.....	34
Suspensión de la sustanciación del proceso en delitos de violencia intrafamiliar. .	35
CAPÍTULO IV	36

PROPUESTA.....	36
CONCLUSIONES.....	38
RECOMENDACIONES.....	39
BIBLIOGRAFÍA.....	40