



# **Crítica y Derecho**

Revista Jurídica

e-ISSN 2737-6281 / p-ISSN 2737-629X

<http://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/criticayderecho/index>

## ***Derecho y Sociedad: Reflexiones sobre Prevención, Justicia y Ordenamiento en Ecuador***

---

Principios limitadores y fundamentadores del poder punitivo

Limiting principles and foundations of punitive power

**Rodrigo Durango-Cordero**

Instituto de Altos Estudios Nacionales, Universidad Indoamérica. Ecuador.

[rdurangocordero@hotmail.com](mailto:rdurangocordero@hotmail.com)

<https://orcid.org/0000-0003-4092-2360>

DOI: <https://doi.org/10.29166/cyd.v6i10.7138>

Recibido: 2024-07-08 / Revisado: 2024-09-25 / Aceptado: 2024-11-15 / Publicado: 2025-01-01



## RESUMEN

El Estado constitucional comporta un nuevo paradigma en cuanto a la teoría del derecho y su forma de comprenderlo. En materia penal, encontramos dos modelos penales que, en ocasiones, parecen convivir en dicho Estado: el autoritario y el democrático. En un Estado constitucional se exige un sistema garantista en esta materia, basado en principios con anclaje constitucional. Ante el incremento de los índices delincuenciales en el Ecuador, el estudio de aquellos principios limitadores y fundamentadores del poder punitivo, cuyo fin es controlarlo y limitarlo, y cómo se incorporan al sistema jurídico, se vuelve imperativo para todas las autoridades que están involucradas en su aplicación y evitar su exacerbación. El derecho penal se fundamenta, justifica y limita sobre la base del respeto de los derechos humanos, debería prevenir delitos y penas desproporcionadas o arbitrarias, con el fin de contener la venganza social o que el daño de la pena sea mayor que el ocasionado por el delito. En particular, el ensayo analizó los modelos penales, los principios de legalidad, humanidad, proporcionalidad y lesividad.

**Palabras clave:** criminalidad, garantismo, legalidad, humanidad, proporcionalidad, lesividad.

## ABSTRACT

The constitutional State entails a new paradigm in terms of the theory of law and its way of understanding it. In criminal matters, we find two penal models that, at times, seem to coexist in said State: the authoritarian and the democratic. In a constitutional State, a guarantee system is required in this matter, based on principles with constitutional anchoring. Given the increase in crime rates in Ecuador, the study of those limiting and founding principles of punitive power, whose purpose is to control and limit it, and how they are incorporated into the legal system, becomes imperative for all authorities that are involved in its application and avoid its exacerbation. Criminal law is founded, justified and limited on the basis of respect for human rights; it should prevent crimes and disproportionate or arbitrary penalties, in order to contain social revenge or ensure that the damage of the penalty is greater than that caused by the crime. In particular, the essay analyzed the criminal models, the principles of legality, humanity, proportionality and harmfulness.

**Keywords:** criminality, guarantee, legality, humanity, proportionality, harmfulness.

## INTRODUCCIÓN

La clasificación y descripción de los modelos penales responde a los principios que los sustentan, mientras más se acerquen a aquellos que limitan el poder punitivo estatal y respeten los derechos inherentes a la dignidad, estaremos frente a un modelo garantista o democrático; de lo contrario, será más cercano a uno autoritario o antidemocrático.

En el derecho penal y en el proceso penal, éstos deben ser vistos como un barco que navega en un océano y las aguas sobre las que lo hace son los principios, de modo que donde no hay agua es imposible esta navegación (Rodríguez Moreno, 2023:59). Además, responden a una función política, que tiene relación con la metáfora de la construcción de un inmueble: debemos determinar cuál es el propósito de éste para saber cuál será su diseño estructural, lo mismo ocurre con los principios jurídicos; y, tal cometido, está dado por una decisión política.

El estado de derecho y el de policía están en constante tensión; la cual, en procura de preservar y cumplir los fines de un estado constitucional democrático, se debe resolver con una mayor y mejor aplicación de los principios garantistas, dado que éstos le otorgan coherencia y funcionalidad al sistema (Zaffaroni, 2005: 96). Por ello, la importancia de estudiar aquellos más relevantes y dotarles de contenido específico.

Este artículo explorará los principios más relevantes dentro de un modelo penal garantista, en el marco de un estado constitucional democrático y cómo se deben incorporar en la teoría y práctica. En primer lugar, revisará los modelos penales según se acerquen o se

alejen de los principios constitucionales que limitan y fundamentan al derecho penal y al poder punitivo. En segundo lugar, estudiará el principio de mínima intervención penal y la sanción penal como de última ratio. Posteriormente, el principio de legalidad como sustento político y jurídico del *ius puniendi*. A continuación, revisará los principios de necesidad y humanidad dentro de un derecho penal humanizado. Consecutivamente, estudiará el principio de proporcionalidad entendido como la imposición de penas ciertas y equitativas. Finalmente, analizará el principio de necesidad y proporcionalidad que implica la excepcionalidad del derecho penal y la existencia de una víctima real de carne y hueso.

Para ilustrar de mejor manera la aplicación de estos principios, en el marco de un modelo garantista y para explicar el método de selección de los casos utilizados, se describen algunos que permiten examinar la vulneración de esos principios o como debería analizarse la situación jurídica a la luz de dicho modelo.

### Modelos penales y legitimidad del derecho penal

La función de la norma penal no puede ser entendida sin considerar el contexto social, político, económico y jurídico en el que se encuentra. Un Estado totalitario o absoluto promueve un derecho penal represivo y opresor, mientras que un Estado democrático busca un derecho penal que respete los derechos y dignidad de todas las personas. Dos modelos penales opuestos son el autoritario o de policía, y el democrático o garantista. Francesco Carrara identificó tres aspectos fundamentales en la ciencia penal: definir qué conductas son prohibidas, la coacción en el proceso penal y la determinación de las sanciones. (Carrara, 1956: 255). El modelo penal de una sociedad depende de sus principios constitucionales y de cómo se respondan a esas cuestiones fundamentales.

Según Zaffaroni, en un modelo garantista, los principios constitucionales son como los planos de una casa, indispensables para la construcción correcta. (Zaffaroni, et. al., 2000: 65). El derecho penal no puede alejarse de los fines y límites establecidos en la Constitución sin volverse autoritario. Un modelo penal se considera garantista si se ajusta a los principios constitucionales y busca preservar la libertad, la igualdad y la dignidad de las personas, mientras que un modelo que se aleje de estos principios se considera represivo y opresor. Es fundamental que el derecho penal se ajuste a los principios constitucionales y busque alcanzar los fines establecidos en la Constitución para que sea considerado un modelo garantista.

Si se realiza un examen comparativo, varios sistemas penales han procurado o intentado acercarse a este modelo garantista. Por ejemplo, Ferrajoli, sobre el análisis del sistema italiano, propone diez axiomas para evaluarlo y que sirve de sustento para otros sistemas que promueven este modelo, los cuales se resumen en el siguiente cuadro:

Categoría	Principio	Enunciado	No.
Pena	Retributividad	Si no hay delito, no hay pena	1
	Mera y estricta legalidad	Si no hay ley, no hay delito	2
	Necesidad	Si no hay necesidad, no hay ley	3
Delito	Lesividad	Si no hay ofensa, no hay necesidad	4
	Materialidad	Si no hay acción, no hay ofensa	5
	Culpabilidad	Si no hay culpa, no hay acción	6
Proceso	Jurisdiccionalidad	Si no hay juicio, no hay culpa	7
	Acusatorio	Si no hay acusación, no hay juicio	8
	Probatorio	Si no hay prueba, no hay acusación	9
	Contradictorio	Si no hay defensa, no hay prueba	10

En comparación, el maestro Zaffaroni desarrolla principios de su modelo penal-garantista que coinciden con los de Ferrajoli y que se presentan como una alternativa latinoamericana, como la legalidad formal y estricta, la irretroactividad, la máxima taxatividad legal e interpretativa, el respeto histórico al ámbito de lo prohibido, la lesividad, la humanidad, la trascendencia mínima, la prohibición de la doble punición, y la buena fe y el pro homine. También menciona principios derivados de la organización republicana de gobierno, como el agotamiento material, la proscripción de la grosera criminalización y la superioridad ética del estado.

Finalmente, el Código Orgánico Integral Penal, en esta misma línea garantista de otros sistemas penales, recoge principios como la dignidad humana, la legalidad, la favorabilidad, la duda a favor del reo, la inocencia, la igualdad, la impugnación procesal, la prohibición de empeorar la situación del procesado, la prohibición de autoincriminación y doble juzgamiento, la intimidad, la oralidad, la concentración, la contradicción, la dirección judicial del proceso, el impulso procesal, la publicidad, la inmediación, la motivación, la imparcialidad, la privacidad y confidencialidad, y la objetividad.

### **Principios de mínima intervención y la sanción penal como de última ratio: protección de bienes jurídicos**

El derecho penal, dentro de un Estado constitucional y democrático, debe responder a la tutela de un bien jurídico, protegerlo, y dicho bien debe tener sustento constitucional. Por ello, es pertinente la reflexión del Juzgado Correccional número ocho de Rosario en la República de Argentina, en el cual se esboza la noción de insignificancia al investigar la presunta tentativa del hurto de un "sachet de leche"; es decir, perseguir este delito constituye una nimiedad o insignificancia que no amerita activar la justicia penal (Bruera, 2000: 3).

Dado que el poder punitivo es la forma de intervención más gravosa en el ejercicio de los derechos, el derecho penal únicamente puede actuar cuando es absolutamente necesario, dada la naturaleza subsidiaria y fragmentaria de esta rama jurídica (Mir Puig, 2003: 114-115). En segundo lugar, dicha protección solo puede extenderse a bienes jurídicos, el cual solo puede ser un derecho humano constitucionalmente reconocido (Prieto Sanchis, 2004: 261-298). No obstante, ello no significa que la única forma de protegerlos sea la sanción penal, puesto que es posible que una protección más eficaz se logre con otros instrumentos no penales. Por tanto, el derecho de castigar solo se justifica si se trata de condenar las conductas más graves en la sociedad como una cuestión cualitativa para proteger a las personas de ahí que se hable del derecho penal mínimo, incluso entendido como principio jurídico.

Zaffaroni sostiene que la teoría del bien jurídico tutelado distorsiona al derecho penal, porque donde haya dicho bien deberá haber una ley que lo tutele y habrá leyes penales infinitas. En este sentido, es mejor referirse a la noción de bien jurídico lesionado o ponderado, para hablar bajo el paradigma constitucional (Prieto Sanchis, 2004: 261-298).

Algunos autores mencionan el "Derecho Penal de Bagatelas" y el "Principio de Insignificancia", que consideran conductas atípicas cuando la lesión al bien jurídico es mínima y la pena desproporcionada. Carlos Creus sostiene que el tipo penal debe referirse a ataques con cierta entidad para proteger la paz social. (Creus, 1990: 202,204)

Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante "CCE"), declaró inconstitucional el delito de aborto por violación que realicen mujeres con discapacidad mental exclusivamente. En esta decisión, la CCE reconoció la libertad de configuración legislativa para determinar conductas penalmente relevantes, con arreglo al artículo 132 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante "CRE"), pero tal facultad está limitada por el derecho constitucional y no es discrecional e ilimitada (Corte Constitucional, 2021: párr.104). Algunos tribunales, en otros países, se han pronunciado similarmente (Corte Constitucional de Colombia, 2006; Tribunal Constitucional español, 1985).

La CCE analizó si la sanción penal impuesta a las mujeres que interrumpen su embarazo, producto de violación cuando no tienen una discapacidad mental, constituía una medida idónea, necesaria y proporcional para conseguir un fin constitucionalmente legítimo; es decir, la Corte Constitucional realizó el llamado "test de proporcionalidad" con el fin de

establecer si la tipificación de esta conducta protegía adecuadamente un bien jurídico constitucional. En su conclusión, encontró que la protección de la vida del nasciturus mediante el derecho penal es desproporcionada al ponderarla con el derecho a la integridad de las niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violencia sexual, puesto que existen mecanismos jurídicos de protección mucho menos lesivos que el derecho penal; de manera que se trata de una medida inconstitucional (Calderón, 1999: 47).

La noción de bienes jurídicos protegidos debe tener necesariamente un anclaje constitucional, lo cual quiere decir que tales bienes deben ser derechos reconocidos constitucional o internacionalmente. En un Estado constitucional el derecho penal es de última ratio y solo aquellas conductas más graves socialmente deben ser punibles, antes de aplicar el poder punitivo deben buscarse otras medidas o soluciones menos lesivas, como el derecho administrativo o el civil. Por ejemplo, ante el incumplimiento de un contrato se debería preferir una acción civil que pretenda la indemnización por daños y perjuicios, mas no iniciar un enjuiciamiento penal por estafa. En general, si una sanción administrativa, pecuniaria u otra similar, tiene el mismo efecto preventivo que una sanción privativa de libertad, el legislador ha de decantarse por las primeras; preservando, en cualquier caso, las garantías y principios en favor del individuo. Por ello, tampoco es correcto sostener que, cualquier violación a un derecho fundamental debe ser tipificada como delito penal, sino que dependerá del daño que causa, su incidencia en el tejido social y la modalidad en la que se ha atacado a ese atributo inherente a la persona; es decir, aquellos ataques más peligrosos, como aquellos contra la vida o la libertad sexual.

Más aún, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que, en ciertos casos, se verifica una protección gradual del derecho humano en cuestión. En efecto, la protección de la vida desde la concepción es gradual e incrementa según el desarrollo del nasciturus (Corte IDH, 2012: 264). En tal contexto, el derecho penal solo se justifica cuando es necesario para la protección de la sociedad o la defensa social, con los límites impuestos por el estado constitucional. Por esta misma razón, no es correcto confundir el bien jurídico con derecho fundamental, aunque detrás de todo bien jurídico hay un derecho humano que debe ser protegido; sino que, de un derecho humano, pueden derivarse distintos bienes jurídicos que requieren diversos grados de protección (Muñoz Conde, 2010: 78). En consecuencia, como primer dique de contención, el legislador debe realizar un profundo análisis de los derechos a proteger para tomar las medidas proporcionadas constitucionalmente, dentro de su libertad de configuración legislativa, y así no exacerbar el poder estatal de castigar.

Si es posible restablecer el orden jurídico violado a través de medidas civiles o administrativas, no se deben utilizar medidas penales. No se debe proteger todo ataque a un bien jurídico a través del derecho penal, ya que este principio es necesario, pero no suficiente para limitar la intervención penal. La expansión del derecho penal, como en delitos ambientales o de salud pública, puede conducir a un diseño legislativo y política criminal que atente contra el principio de un Estado constitucional y que puede llegar a la teoría del "Derecho penal del enemigo", donde se desconocen principios limitadores y garantistas convirtiendo el derecho penal en un instrumento de guerra sin definir a los "enemigos del sistema." (Id.: 79, 80, 83.)

### **1. El principio de legalidad: Sustento político y jurídico del ius puniendi**

El principio de legalidad constituye la piedra angular del fundamento político del derecho penal, se lo concibe como límite al poder punitivo del Estado. Este sustento político y jurídico se presenta como derivación de las teorías contractualistas del Estado, del principio de separación de poderes y que la Ley solamente debe provenir del órgano legislativo que tiene representación popular, dado que la Ley es la expresión de la voluntad del pueblo soberano.

Johan Feuerbach, al profundizar sobre la distinción entre derecho y moral, acuñó el célebre aforismo jurídico: *nullum crimen, nulla poena sine proevia lege penále* (Zaffaroni, 2005: 98, 212-213). En un sistema garantista, se traduce en la determinación legislativa de cuándo castigar, dado que la pena es consecuencia del delito y solo si hay delito puede haber

pena. El garantismo penal establece que solo se consideran delitos los hechos definidos por la ley, se alinea así con el positivismo jurídico (Ferrajoli, 2011: 374). La Ley es la única fuente de creación del Derecho Penal, define delitos y penas, y es parte del proceso penal (Rodríguez Moreno, 2023: 90). Además, para sancionar se requiere un juicio previo fundado en ley anterior. Igualmente, posibilita a la ciudadanía a conocer previamente qué conducta es delito, cuál es su pena, y que no se someterá a ninguna persona a penas no admitidas por el pueblo (Beccaria, 1968: 29).

El garantismo defiende el principio de estricta legalidad en el sistema penal, donde la ley penal debe estar relacionada con conductas socialmente peligrosas y cumplir con principios constitucionales. Esto requiere que el legislador utilice una técnica específica de calificación penal para garantizar la veracidad de su enunciación y respetar la taxatividad de los presupuestos de la pena. Su fórmula completa es *nulla lex poenalis sine necessitate, sine damno, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*. (Ferrajoli, 2011: 93-94, 375-378).

La estricta legalidad y jurisdiccionalidad garantizan la verificación y refutación de supuestos penales abstractos y concretos, respectivamente. Las garantías penales aseguran la denotación de la acción, daño y culpabilidad, mientras las procesales garantizan la carga de la prueba y el derecho a la refutación. Vale agregar, que este es un principio fundamental en constituciones modernas e instrumentos internacionales de derechos humanos, como en el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La estricta legalidad busca evitar la exacerbación de la mera legalidad para prevenir absurdos o violaciones a los derechos fundamentales, como ocurrió con el Código Penal alemán durante la era nazi. Este estableció que un delito no solo es una conducta determinada por la Ley, sino también aquella que merezca sanción de acuerdo con la idea fundamental de una ley penal y el sentimiento del pueblo. Aunque esta disposición sería considerada contraria al principio actualmente, al estar consagrada en la norma, era obligatoria durante el régimen nazi.

La teoría del derecho positivista confunde vigencia, validez y eficacia de la norma, con exponentes como Hans Kelsen, Herbert Hart y Norberto Bobbio. El modelo penal garantista distingue estas categorías para establecer la validez formal y material de la norma jurídica. La ley penal debe respetar los derechos fundamentales y cumplir con la estricta legalidad para ser válida y obligatoria. Por tanto, expresados los dos principios conjuntamente es: *nulla poena, nullum crimen, sine lege valida* (Ferrajoli, 2011: 380).

La fórmula correcta del principio en examen es: “*nullum crimen nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta et certa*.” La teoría de Feuerbach establece cuatro variables en su enunciado: ley estricta, previa, escrita y cierta, como mandato de determinación y máxima taxatividad penal. Estas variables no se describirán en detalle en este trabajo. No obstante, es pertinente dejar enunciado lo manifestado por la CCE al haber identificado dos dimensiones para la garantía en cuestión: una formal, relativa a la garantía de reserva de ley, por medio de la cual las infracciones y sus sanciones deben constar por escrito en una norma con rango de ley (*lex scripta*). La otra es material, y trata sobre un mandato de tipicidad. Este mandato otorga a las personas previsibilidad y seguridad de que sus conductas solo podrán ser sancionadas por infracciones que se encuentran tipificadas de manera previa al acto imputado (*lex praevia*); a través de una formulación clara y precisa del injusto penal y su respectiva sanción (*lex certa*) y exclusivamente por aquellos supuestos establecidos de manera taxativa en la ley, sin que sea admisible una interpretación extensiva o aplicación analógica de los tipos penales y las penas (*lex stricta*). (Corte Constitucional, 2021:31).

En el siglo XIX, el caso Irigoyen ilustra el peligro de llevar al extremo el principio de la mera legalidad penal sin considerar la sustancia de las normas punitivas. A pesar de que la Constitución de 1884 en Ecuador abolió la pena de muerte, excepto para el asesinato y el parricidio, la Corte Suprema Marcial dictó una sentencia en 1887 que desafió la prohibición de imponer la pena de muerte, marcando un hito en la historia constitucional del país (Oyarte, 2014: 847-849). La sentencia de la Corte Suprema Marcial revocó la pena de prisión impuesta a Federico Irigoyen por un Consejo de Guerra de Cuenca. Irigoyen, líder de una sublevación

armada, fue condenado a muerte por sedición, a pesar de la prohibición constitucional de la pena de muerte por delitos políticos. La Corte argumentó que el Poder Judicial no puede invalidar una ley promulgada por el Legislativo, pues es obligatoria. La preferencia de la Corte por aplicar una norma abiertamente inconstitucional solo refleja que el principio de legalidad, abstraído de los principios constitucionales, deriva en serias arbitrariedades y violaciones a los derechos fundamentales.

### **Los principios de necesidad y humanidad: Derecho penal humanizado**

El derecho penal, diseñado para abordar actos violentos, responde con violencia, lo que puede generar una espiral de violencia aún mayor si las penas son excesivas. Tanto el delito como la pena son formas de violencia, pero la diferencia radica en que el primero puede ser irracional y desmesurado, mientras que la pena es programada y organizada (Ferrajoli, 2011: 385).

El principio de humanidad en el derecho penal busca evitar castigos crueles e inhumanos, mitigar su dolor tanto para los procesados como para las víctimas y operadores de justicia. Tal postulado es recogido por los artículos 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 4 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante "COIP"). Surge de la pregunta clave en la teoría penal garantista: ¿Cómo castigar? A lo largo de la historia, se han cometido delitos horribles que han resultado en penas feroces como la pena de muerte y castigos corporales. Ejemplos incluyen la crucifixión, la lapidación y la quema en vivo, entre otros. Incluso delitos menores como el hurto o la estafa han sido castigados con formas extremas de pena de muerte (Ferrajoli, 2011: 386). Es importante recordar estas atrocidades para valorar el principio de humanidad y garantizar que el derecho penal sea justo y respetuoso de la dignidad humana.

Amnistía Internacional informa que en los Estados Unidos se han cometido varias violaciones a las restricciones de pena de muerte en 2022, con preocupaciones sobre juicios injustos, discriminación racial, y violación de protecciones para personas con discapacidades (Amnistía Internacional, 2022: 20). Se ha impuesto la pena de muerte a menores de edad, lo cual va en contra del principio de humanidad (CIDH, 2011: 75). Por ejemplo, Aiden Fucci, un adolescente de Florida acusado de asesinar a una niña de trece años, fue juzgado como adulto y condenado a cadena perpetua con la posibilidad de revisar la sentencia luego de veinticinco años. La familia de la víctima apoyó la sentencia (Vistazo, 2023). Sin embargo, surge la duda sobre si esta sanción busca la rehabilitación del acusado o simplemente neutralizarlo; y qué opciones reales de rehabilitación existen después de tanto tiempo en prisión, sin haber entendido realmente su mente y situación social.

Evidentemente, las penas deben ser desagradables o males idóneos para cumplir su función preventiva, pero en un sistema penal garantista deben ser determinadas por la ley y ser las mínimas necesarias (Ferrajoli, 2011: 388). Aunque persiste la idea de la pena retributiva, basada en la correspondencia entre delito y castigo, para justificar las penas capitales y corporales (Id.: 389).

Las penas modernas han cambiado la relación natural entre pena y delito, se han tornado abstractas y predeterminables legalmente (Id.: 390). Ya no son aflicciones, sino privaciones de derechos fundamentales como la vida, la libertad y la propiedad. A pesar de esto, no se toman en cuenta factores psicológicos o sociales para determinar una pena más humana. Actualmente, las penas más comunes son la privativa de libertad y las multas, aunque se considera que la primera es ineficaz e irracional. Para profesores como Ferrajoli, se debe avanzar hacia la abolición de esta pena y reducir el tiempo de encarcelamiento, pues existe evidencia de que luego de más de diez años de encierro se producen daños irreversibles en la personalidad del individuo (Id.: 410).

El modelo garantista de penas mínimas se basa en el respeto a la humanidad de las personas, según el imperativo categórico kantiano. Cada individuo debe ser considerado como un fin en sí mismo, no como un medio (Kant, 2007:42). Por lo tanto, las penas deben ser necesarias, mínimas y ciertas. Castigos como la pena de muerte, las corporales,

infamantes, la condena perpetua y las penas excesivamente largas van en contra de este principio. Es importante buscar penas alternativas como el arresto domiciliario, reclusión de fin de semana, semi-libertad y libertad vigilada para evitar pervertir al condenado.

### **El principio de proporcionalidad: la pena cierta y equitativa**

El principio de proporcionalidad en el castigo responde a la pregunta de cuánto castigar. Es reconocido desde la antigüedad y ha sido consagrado en las constituciones modernas, como lo reconoce el art. 76.6 de la CRE. Cesare Beccaria señalaba la necesidad de vincular el delito con la pena, pues la intención del legislador debe ser que se encuentre una desventaja en delinquir por la correcta distribución de la pena (Beccaria, 1968. p. 27). Sin embargo, sigue siendo difícil determinar este principio en la justicia penal, ya que implica tres grandes problemas que no han sido adecuadamente resueltos hasta hoy: la predeterminación legislativa del delito y de la pena que corresponda; la determinación judicial de la pena para el delito concreto; y el de la ejecución de la condena (Ferrajoli, 2011: 398-399).

En el primer momento, el legislador debe escoger la pena para un delito considerando dos parámetros: el daño causado por la conducta y la culpabilidad del delincuente, como fuera analizado al hablar sobre la despenalización del aborto por violación. Esta decisión es política y subjetiva, no existe forma objetiva de conocer las razones para determinar la pena (Id.:399).

El principio de proporcionalidad en las penas establece límites mínimo y máximo para evitar vulnerar este principio. Ferrajoli sostiene que la pena máxima no debe superar la violencia que el reo sufriría sin la ley penal (Id.: 401). Beccaria destacaba que el sistema de penas refleja los valores de una sociedad y su grado de autoritarismo, tolerancia y humanidad (Beccaria, 1968: 26).

El garantismo penal cuestiona la justificación de las penas privativas de libertad mínimas, dado que considera factores como las condiciones carcelarias y los efectos del encierro. En un sistema garantista el juez debe gozar de un mayor poder de decisión al imponer penas por debajo de un máximo establecido, sin límites mínimos demasiado bajos (Ferrajoli, 2011: 400). El principio de proporcionalidad implica sancionar con penas similares a delitos de gravedad semejante, de modo que no se debe imponer la misma pena para delitos de distinta gravedad (Id.: 402).

Veamos este caso: una persona enfrenta cargos por tráfico de drogas al ser detenida mientras vendía marihuana, de acuerdo con el art. 220 del COIP enfrenta una pena privativa de libertad de uno a tres años. A pesar de no tener antecedentes delictivos, se encuentra desempleado y buscaba sustento para su familia a través de esta actividad. La pregunta es si, considerando el principio de culpabilidad y el contexto social del individuo, la pena de prisión es justa. Nos deberíamos cuestionar si el encarcelamiento realmente beneficia a la sociedad o si un enfoque más compasivo y contextualizado sería más adecuado en el sistema penal. Esta reflexión podría llevar a cambios significativos en la forma en que se entiende y aplica la justicia penal.

Desde la óptica garantista dos penas violan los principios de proporcionalidad e igualdad: la cadena perpetua y las sanciones pecuniarias. Ambas, carecen de justificación externa, pero la primera es inhumana y no graduable por el juez; la segunda, viola cualquier principio de economía o necesidad. Adicionalmente, son discriminatorias, la primera será más severa para los reos jóvenes; las multas, dependen de la riqueza de la persona procesada (Ferrajoli, 2011: 402).

La segunda dificultad en el sistema judicial es la determinación de la pena, que busca reducir la arbitrariedad al limitar la discrecionalidad de las autoridades. El axioma nulla poena sine lege establece que el juez no puede graduar la pena, sino que está predeterminada en la norma. Sin embargo, esto puede equiparar situaciones diversas en aspectos específicos e irrepetibles, como la mente del individuo, su contexto social, etc. (Id.: 404). Veamos: Juan y Diego han cometido diferentes delitos, pero la gravedad de sus acciones varía según la situación. Por ejemplo, el robo de una hogaza de pan por necesidad de Diego es menos grave que el robo de un banco por Juan. Igualmente, las lesiones de Diego, por placer, son más graves que las de Juan por rabia (Id.: 159).



Para lograr una pena equitativa, la autoridad judicial debe tener dos poderes para determinar la pena: de connotación legal y de denotación legal. El primero se refiere a la obligación del juez de encontrar el tipo penal que se adecua al hecho; y el segundo, la de verificar la falsedad o veracidad de los hechos a través del proceso penal (Id.: 404). El COIP establece guías para los jueces al imponer sanciones, como las circunstancias atenuantes, con arreglo al art. 54 de este cuerpo normativo. Sin embargo, el Código contiene pocas circunstancias atenuantes en comparación con las agravantes, lo que contradice el principio de proporcionalidad y se aleja del modelo garantista. Es importante considerar otros factores como la mente y el contexto social del individuo al imponer la pena. En resumen, el sistema legal ecuatoriano tiene limitaciones en la equidad de las penas y necesita mejoras para garantizar la justicia en los casos penales.

El momento final de la ejecución de una pena es crucial para la certeza de la sanción (Id.: 406-410). Cuando se les otorgan poderes discrecionales a las autoridades penitenciarias, se alejan del modelo garantista hacia uno más correccionalista. Esto puede resultar en la prolongación o reducción arbitraria de la pena, sin una justificación legal clara. Las autoridades administrativas no deberían tener la capacidad de decidir la duración de una condena, ya que esto afecta la imparcialidad del sistema judicial. El modelo correccionalista busca reeducar al reo con la esperanza de que salga de la prisión como una persona diferente, lo cual puede resultar en penas excesivamente largas. En un sistema garantista, se debería buscar reducir la sanción al imponer la condena, en lugar de esperar a ver el nivel de arrepentimiento. Además, otorgar poderes discrecionales para reducir penas basadas en factores subjetivos como la falta de peligrosidad o el arrepentimiento, puede llevar a sanciones inciertas e indeterminadas. Es importante buscar la minimización del derecho penal y encontrar sanciones alternativas para evitar penas excesivamente severas.

Es fundamental que los sujetos procesales argumenten con base en principios constitucionales la imposición y ejecución de penas para evitar decisiones arbitrarias que vulneren derechos. La autoridad judicial debe motivar sus decisiones de acuerdo con el texto constitucional y al derecho internacional de los derechos humanos para consolidar un estado constitucional de derecho en Ecuador.

### **El principio de necesidad y lesividad: la excepcionalidad del derecho penal. La víctima de carne y hueso**

Sobre lo señalado hasta ahora, es posible extraer la conclusión de que se deben eliminar tipos penales que protejan bienes no reconocidos en la Constitución o en instrumentos internacionales de derechos humanos, de otra manera la intervención penal, al ser la más grave del sistema punitivo de cualquier Estado, no encontraría justificación.

La Corte Suprema de Justicia de México conoció un caso de libertad de expresión en el que se judicializó penalmente a un poeta por "ultrajes a los símbolos nacionales", alegando que un poema suyo agraviaba a la bandera mexicana. El fallo de la Corte declaró constitucional una norma del Código Penal Federal y permitió el juicio penal contra el poeta (Carbonell, 2006: 171). Cabe preguntarse cómo una obra literaria puede considerarse un atentado, a menos que se crea que los conflictos sociales deben resolverse a través de la penalización. Es importante explorar otros mecanismos alternativos de protección social y resolver conflictos, como la reparación de daños, multas, sanciones disciplinarias y privación de concesiones, en lugar de recurrir directamente a la vía penal (Mir Puig, 2003: 109). El derecho penal debe ser subsidiario y solo sancionar las conductas más peligrosas para los bienes jurídicos (Id.: 110).

El principio analizado requiere un daño concreto y la existencia de una víctima humana, ya que solo las personas tienen derechos fundamentales (Zaffaroni, 2005: 127). En el caso mexicano, el bien jurídico protegido no es un derecho con ese carácter, sino la seguridad del Estado. Si el daño es hipotético, como en los delitos de peligro abstracto, se infringe este principio (Id.: 111-112). Es necesario que el daño sea real para justificar la intervención penal, aunque esto no sea absoluto y puede caer en falacias lógicas. La pena impuesta por la lesión no repara el daño, por lo que el derecho penal no resuelve el conflicto

si deja fuera a la víctima. La tutela del derecho implica reparación integral y prevención, y no es una deducción automática. La intervención penal con fines preventivos es innecesaria e inconstitucional, como en los sistemas autoritarios que desatienden el bien jurídico y solo buscan proteger al Estado.

El principio de lesividad es fundamental para definir un delito, ya que requiere que una acción cause daño para ser considerada como tal. Este principio se enmarca en el utilitarismo penal y se complementa con la acción y la culpabilidad, elementos clave en el garantismo penal. Estos elementos responden a los axiomas del garantismo y se consideran como garantías sustanciales. Se destacan también las garantías instrumentales, como la presunción de inocencia, la prueba y la defensa. El concepto de derecho penal mínimo se basa en proteger a los sujetos vulnerables a través de derechos fundamentales, considerando que la pena debe justificarse por sus beneficios y no solo por sus costos. Desde la perspectiva utilitarista, la ley penal busca prevenir daños individuales y sociales, justificar penas y prohibiciones, y tolerar actos no dañinos. El principio de pena mínima establece que la lesión de un bien debe ser necesaria para justificar su prohibición y castigo como delito (Ferrajoli, 2011: 463).

Según Luigi Ferrajoli, el derecho penal debe proteger a la población y minimizar la violencia mediante prohibiciones mínimas necesarias para prevenir comportamientos dañinos (Id.: 472). Las penas deben ser mínimas y se justifican siempre que sean necesarias, incluso se debe ponderar penas alternativas a la privación de libertad (Id.: 466). Es fundamental que el valor del bien protegido sea mayor que el bien privado por la pena.

En un sistema garantista, las medidas deben proteger los bienes jurídicos y ser idóneas, lo que se puede verificar a través de los resultados de conductas lesivas (Id.: 473). Por ejemplo, se puede estudiar si la penalización del aborto ha reducido su frecuencia, si la penalización del consumo de drogas ha disminuido la adicción, o si tratamientos médicos y psicológicos son más efectivos. Es importante que las penas tengan un efecto disuasorio y se deben considerar medidas no penales para prevenir actos lesivos. Una política criminal garantista busca reducir el derecho penal y establecer prohibiciones mínimas (Id.: 476).

En resumen, el principio de lesividad es fundamental en un sistema garantista, ya que se refiere al daño grave causado a un derecho fundamental en una víctima real. El derecho penal debe ser utilizado como último recurso, prefiriendo medidas alternativas para resolver conflictos. La política criminal debe centrarse en proteger los derechos basados en causas sociales y económicas, tomando decisiones basadas en evidencia empírica.

## CONCLUSIONES

En un Estado constitucional y democrático el único modelo penal posible es el garantista, mediante el cual los principios fundadores y limitadores del poder punitivo estatal irradian y sustentan tal modelo, a través de una limitación racional de dicho poder con el fin de evitar su exacerbación; es decir, un esquema basado en principios.

El Ecuador vive una realidad dramática ante la innegable escalada de los índices delictivos; sin embargo, la respuesta del Estado se ha alejado de los principios, desde la configuración legislativa de las conductas penalmente relevantes hasta la sanción penal como la única alternativa posible, lo cual se demuestra más cercano a un modelo autoritario que a uno democrático.

La sociedad no tiene razón de soportar infracciones penales o padecer por violaciones a su orden establecido, pero la respuesta estatal encuentra sus límites en el respeto a los derechos fundamentales. Los principios que se han presentado aquí, detallados y con ejemplos concretos, deben ser observados por las funciones del Estado con el fin de minimizar la violencia estatal, lo cual tendrá un efecto directo en la reducción de la violencia criminal, si se tienen en cuenta los principios limitadores.

Ciertamente, los principios aquí descritos no son los únicos, lo que busca este ensayo es que el sistema judicial los aplique en los casos sometidos a su conocimiento, de tal suerte que se logren los objetivos de un sistema garantista, sobre todo si consideramos que uno de los principales problemas que enfrenta la sociedad ecuatoriana es el hacinamiento carcelario,

expresamente proscrito por la Constitución y que ha traído consigo masacres y una montaña de cadáveres. Así, las recomendaciones serían qué; en primer término, Fiscalía y autoridades judiciales, consideren el principio de lesividad para iniciar una investigación y un eventual enjuiciamiento. Luego, conviene revisar si el conflicto puede resolverse a través de medios no penales o si amerita la activación del poder punitivo, en el marco del principio de mínima intervención. En aplicación de los principios de humanidad y proporcionalidad, los operadores de justicia deben buscar penas alternativas a la privación de libertad; o si, tal vez, las condiciones y circunstancias personales de la persona procesada ameritan un trato más compasivo y no solo un análisis de peligrosidad del sujeto, desde la perspectiva de si la pena no beneficia a la sociedad por los efectos nocivos del encierro en una persona. Para este fin, Fiscalía, defensas técnicas y autoridades judiciales, deben argumentar sobre la base de principios constitucionales y los hechos base debidamente comprobados judicialmente.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Amnesty International (2023). Global Report Death sentences and executions. London: Amnesty International Ltd.
- Beccaria, Cesare (1968). De los delitos y de las penas, trad. esp. de J. A. De Las Casas. Madrid: Alianza Editorial.
- Bruera, Hugo. (2000). Falta de tipo por la insignificancia de la lesión al bien jurídico protegido. En Bruera, H. (Ed.), Derecho penal y garantías individuales (p. 3-7). Rosario: Editorial Juris.
- Calderón Cerezo, Ángel y Choclán Montalvo, José Antonio. (1999). Derecho Penal, Parte General I. Bosch: Barcelona.
- Carbonell, Miguel. "Ultrajando a la constitución la suprema corte contra la libertad de expresión." Revista Isonomía, No. 24, (2006).
- Carrara, Francesco. (1956). Programma del corso di diritto criminale. Parte generale (1859), trad. cast. de J. J. Ortega Torres y J. Guerrero, Programa de derecho criminal. Parte general, 2 tomos. Bogotá: Temis.
- Código Orgánico Integral Penal publicado en el Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero 2014
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La pena de muerte en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: de restricciones a abolición. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 31 diciembre 2011.
- Constitución de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 Adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Entrada en Vigor: 18 de julio de 1978, conforme al Artículo 74.2 de la Convención.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 34-19-IN/21, 28 de abril de 2021.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 34-19-IN/21 y acumulados, voto concurrente del juez constitucional Ramiro Ávila Santamaría, 28 de abril de 2021.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355-06, 10 de mayo de 2006.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 11-18-CN/19, 12 de junio de 2019.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 002-16-CN-CC, 9 de marzo de 2016
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 012-17-SIN-CC, 10 de mayo de 2017.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 001-18-SIN-CC, 27 de febrero de 2018.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 34-17-IN/21 de 21 de julio de 2021

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257.
- Creus, Carlos. (1990). Derecho Penal parte general. Buenos Aires: Ed. Astrea.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III).
- Ferrajoli, Luigi. (2011). Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta.
- Juzgado Correccional 8º Nom. Rosario, 16/Í0/90; A., O. G. s/Tentativa (sentencia firme).
- Kant, Manuel. (2007). Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, Texto Íntegro de la Traducción de Manuel García Morente. Primera Edición. San Juan, Puerto Rico: Edición de Pedro M. Rosario Barbosa.
- Lema, Mariano Nicolás, coord. (2023). Comentarios al Código Penal de la República Argentina, Parte General, Buenos Aires-Montevideo: Editorial IBdeF.
- Mir Puig, Santiago. (2003) Introducción a las bases del derecho penal: Concepto y método. 2ª edición, Reimpresión. Buenos Aires: Editores B de F Ltda Id.
- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. (2010) Derecho Penal, Parte General. 8ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Oyarte, Rafael. (2014) Derecho Constitucional ecuatoriano y comparado. 1ª ed. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.
- Prieto Sanchís, Luis. (2004). "La limitación en el campo penal" en Justicia constitucional y derechos fundamentales (pp. 261-298). Madrid: Trotta.
- Prieto Sanchís, Luis. (2003). Justicia constitucional y derechos fundamentales. Madrid: Trotta.
- Revista Vistazo, Cadena perpetua para adolescente de Florida que mató a puñaladas a una menor, 24 de marzo de 2023, disponible en <https://www.vistazo.com/actualidad/internacional/cadena-perpetua-para-adolescente-de-florida-que-mato-a-punaladas-a-una-menor-EI4758024>.
- Rodríguez Moreno, Felipe. (2023) Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, Introducción al Derecho Procesal Penal y Principios Fundamentadores. Quito: Editorial Cevallos.
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 53/1985, 11 de abril de 1985, FJ 9.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. (2005). Manual de Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires.