

El contenido de esta obra es una contribución del autor al repositorio digital de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, por tanto el autor tiene exclusiva responsabilidad sobre el mismo y no necesariamente refleja los puntos de vista de la UASB. Este trabajo se almacena bajo una licencia de distribución no exclusiva otorgada por el autor al repositorio, y con licencia Creative Commons - Reconocimiento-No comercial-Sin obras derivadas 3.0 Ecuador



---

## **La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos**

**Una mirada desde el garantismo penal**

**Ramiro Ávila Santamaría**

**Quito, 2013**

**Ramiro Ávila Santamaría**

**La (in)justicia penal  
en la democracia constitucional  
de derechos**

**Una mirada desde  
el garantismo penal**

**Quito, 2013**

**La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos  
Una mirada desde el garantismo penal**

**Ramiro Ávila Santamaría**

Primera edición

ISBN Ediciones Legales EDLE S.A.: 978-9978-81-151-1

Derechos de autor: XXXXXX

ISBN Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador: 978-9978-19-595-6

© *Ediciones Legales EDLE S.A.*

Los Cipreses N65-149 y Los Eucaliptos • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 248 0800, 399 4700 • Fax: (593 2) 346 3225

[www.edicioneslegales.com.ec](http://www.edicioneslegales.com.ec) • [edicioneslegales@corpmyl.com](mailto:edicioneslegales@corpmyl.com)

© *Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador*

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426

[www.uasb.edu.ec](http://www.uasb.edu.ec) • [uasb@uasb.edu.ec](mailto:uasb@uasb.edu.ec)

*La versión original de texto que aparece en este libro fue sometida a un proceso de revisión de pares ciegos, conforme a las normas de publicación de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y de esta editorial.*

Diagramación

Ediciones Legales EDLE S.A.

Impresión

Impresores MYL

Julio de 2013

Quito, Ecuador

# ÍNDICE

<b>Introducción</b> .....	1
---------------------------	---

## **Los problemas: inseguridad ciudadana, poder punitivo y el neopunitivismo**

La inseguridad ciudadana y la legitimación del poder punitivo .....	8
La mirada ambigua de los derechos humanos.....	11
El discurso securitista.....	14
La percepción de la inseguridad ciudadana .....	15
Los conflictos sociales graves no tienen solución .....	17
La violencia social se resuelve con el tipo penal y encerrando a una persona .....	19
El garantismo es un obstáculo para la eficiencia penal .....	23
El funcionalismo penal.....	25
Las trampas del poder punitivo .....	28

## **La doctrina: la teoría garantista sobre la justicia penal**

Los derechos humanos como principios rectores del estado y como renovadores de la teoría del derecho penal .....	33
¿Qué no es el garantismo penal? .....	42
El garantismo no defiende a delincuentes, defiende a todas las personas sin distinción, sean o no sospechosas o acusadas de un delito .....	43
El garantismo no es un obstáculo para la justicia penal, sino una condición para su validez .....	45
¿Qué es el garantismo y para qué sirve?.....	48
Los principios como garantías.....	52
Los modelos del sistema penal en función de los principios.....	56



Los modelos de estado según los principios: estado garantista y estado autoritario .....	61
Los fundamentos del garantismo penal.....	66
La pena .....	66
El delito .....	76
El proceso .....	83
La teoría del delito por principios garantistas .....	95
El sistema como gradas.....	95
El sistema como puertas.....	97
Las garantías normativas penales.....	99
La ejecución de penas en el garantismo penal: la rehabilitación no rehabilita .....	106
La criminología cautelar .....	121

### **Los hechos: el funcionamiento de la justicia penal**

El sistema penal opera contra las personas más pobres y marginales de la sociedad .....	131
El sistema penal viola sistemáticamente los derechos humanos.....	134
La detención y la actividad previa al proceso .....	134
La tortura .....	135
El proceso .....	137
El encierro.....	138
El sistema penal es inconstitucional.....	145
Antidemocrático .....	145
Discriminatorio .....	152
Desproporcionado.....	157
Injusto .....	161
El modelo represivo del sistema penal es una grave violación a los derechos humanos .....	165
Delito de lesa humanidad .....	165
Estado de cosas inconstitucional.....	167
La legislación penal inconstitucional .....	169
Orígenes autoritarios de la legislación penal .....	169
La producción legislativa penal después de la Constitución de 2008 .....	173
La propuesta gubernamental de reforma penal integral .....	180

## La propuesta: la constitucionalización intercultural de la justicia penal

¿Debe aprender el derecho penal estatal de la justicia indígena?	
Un acercamiento desde la interculturalidad .....	185
La interculturalidad.....	187
El reconocimiento de la diversidad y de la colonialidad .....	189
El aprendizaje intercultural y la descolonización .....	193
La justicia “penal” indígena en clave intercultural .....	195
Los retos de la interculturalidad en el ámbito legal: aprender de la cultura históricamente subordinada .....	201
La constitucionalización de la legislación penal .....	203
La legislación penal que una constitución garantista exige .....	205
Lineamientos para una reforma penal integral garantista.....	217
El anteproyecto de código orgánico de garantías penales .....	228
La interpretación penal contemporánea: principio de legalidad, el principio de proporcionalidad, el y la inaplicación de tipos penales inconstitucionales.....	238
El principio de proporcionalidad: el rol del juez penal como garante de la Constitución .....	239
La inconstitucionalidad de algunos tipos penales.....	246
¿Un nuevo derecho penal? Lineamientos para un derecho penal garantista e intercultural .....	263
Características del derecho penal constitucionalizado .....	272
<b>Bibliografía.....</b>	<b>285</b>



## Introducción

El interés por la justicia penal ha sido una constante en mi vida, desde que era estudiante de derecho. Mi entrada en el mundo de los derechos humanos se hizo a través de las puertas de una cárcel. Los presos, casi todos miserables, me enseñaron la dura cara del poder punitivo. Ahí pude defender personas y escuchar historias, como la de los “Once del Putumayo”, que fueron torturados, acusados de ser guerrilleros, obligados a autoinculparse y condenados por un acto que nunca cometieron; la de Jhonny que entró en la cárcel por un gramo de cocaína que portaba en su talón, fue condenado a 12 años de cárcel y acabó siendo apuñalado por uno de sus compañeros de celda; la de Juan David que terminó siendo absuelto, después de haber permanecido cuatro años y medio en prisión preventiva por el robo de un reloj de pulsera; la de don Raimundo, un indígena kichwa, que sin hablar español, firmó una declaración autoinculpatoria aceptando la muerte de su esposa que, dos años más tarde de su encierro, se constató que había muerto en un accidente. Con ellos y muchos más, pude sentir su dolor, sus privaciones, su marginalidad, su estigma y su diaria convivencia con la injusticia.

Luego, algunos años más tarde, pude apreciar otra manifestación de la violencia del poder punitivo: las masacres. Trabajé tres años en Guatemala en una región que no tuvo la suerte de tener una Rigoberta Menchú para denunciar los abusos cometidos por parte del estado. La región se llama Baja Verapaz, está habitada por indígenas mayas achís, y es un lugar mítico por muchas razones: allí se produjo el primer testimonio escrito sobre los mayas, *El Rabinal Achí*; ahí trabajó Bartolomé de las Casas en su mejor momento, cuando logró garantizar ese espacio para que no entrara español alguno; los primeros indígenas guerrilleros, insatisfechos con la inequidad, fueron achís, allá por los años 60; y los achís fueron brutalmente masacrados por el estado en los años 80. Literalmente, cuando uno caminaba en Rabinal, la capital de Baja Verapaz, lo hacía sobre huesos. El pueblo y la región es un gran cementerio. Creo que nunca podría olvidar mi impotencia y mi falta de categorías para comprender lo que sucedía, cuando pude ver una exhumación de un





cementerio clandestino en el que estaba toda una comunidad de niños, niñas, mujeres y ancianas, más de doscientas personas, que fueron violadas, encerradas en el centro comunal, quemadas y ejecutadas. Los hombres, a quienes el estado les consideraba guerrilleros, se habían escondido en la montaña pensando que no iba pasar nada, y veían cómo masacraban a sus vecinos y familiares. Quince años después, estos hombres podían desenterrar los cadáveres de sus seres queridos y hacer el rito indígena del duelo.

La cárcel en Quito y el cementerio clandestino en Rabinal son dos expresiones del mismo poder punitivo estatal. El estado provocando dolor individual y colectivo. ¿Los seres humanos nos merecemos algo así bajo el pretexto de combatir la delincuencia? Esta pregunta siempre me ha rondado la cabeza. El poder punitivo comienza siempre encerrando y, si no se lo limita, acaba siempre masacrando.

Este libro trata sobre ese límite y de la teoría que sustenta ese límite, que es el garantismo penal. En un principio, la idea fue recoger todo lo que había escrito sobre el derecho penal, que estaba disperso en varias publicaciones hechas dentro y fuera del país. Luego, cuando las fui agrupando, me di cuenta que podía armarse un libro con cierto hilo conductor. Había algunos vacíos que debían ser cubiertos, para darle más coherencia, como por ejemplo la referencia inevitable a la teoría del garantismo penal del maestro Ferrajoli<sup>1</sup> y a la criminología cautelar desarrollada por el otro gran maestro Zaffaroni.<sup>2</sup> Anuncio que este libro se nutre principalmente de estos dos autores, de quienes he aprendido tanto y he dictado más de un curso completo dedicado a sus obras en la universidad.<sup>3</sup> De alguna manera podría decirse que este libro puede

- 
- 1 Luigi Ferrajoli ha reflexionado y escrito sobre el derecho penal desde la lógica de los derechos fundamentales y el estado constitucional de derechos. De ahí su originalidad y la necesidad de conocer su obra.
  - 2 Eugenio Raúl Zaffaroni es quizá el mejor y más destacado doctrinario del derecho penal. La originalidad de Zaffaroni la encontramos en que desarrolla la dogmática penal desde dos perspectivas que le hacen único: la criminología crítica y la reflexión desde la realidad latinoamericana.
  - 3 En la Maestría en Derecho Penal de la UASB-E, he enseñado la asignatura "Garantismo penal", un curso entero lo dediqué a *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, de Ferrajoli; y otro curso al *Tratado de derecho penal*, de Zaffaroni. De igual modo, he utilizado *La cuestión criminal* de Zaffaroni para enseñar Sociología del derecho en la UASB-E y en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

considerarse una introducción a su pensamiento y ojalá, una invitación para acercarse directamente a sus obras.

Para efectos de este libro, justicia penal y sistema penal se utilizarán indistintamente. Se entenderá como tales el conjunto de elementos y niveles que la conforman. Entre los elementos, tenemos al derecho penal, que se encuentra enfocado en el encierro como exclusiva respuesta a conflictos graves, a los actores en sus distintas agencias, incluido políticos, policías, militares, fiscales, jueces y autoridades penitenciarias; y a los momentos por los que atraviesa una persona sometida al derecho penal, que van desde el conflicto grave (que se llama delito), la detención, pasando por el proceso y terminando en el encierro.

El sistema penal está conformado por cuatro niveles, que interactúan entre sí, pero que son diferenciados por la distinta conformación de cada uno de ellos: 1. el prescriptivo, que se deriva de las normas jurídicas, y que constituye la criminalización primaria. Si bien las normas penales podrían aparecer como neutras, “sin dedicatoria”, su operatividad está dirigida contra las personas más vulnerables (sin poder) de la sociedad, por ello es importante no descuidar el siguiente nivel; 2. el descriptivo, que es el ejercicio real de la represión, y es lo que se conoce como criminalización secundaria; 3. el doctrinario, que es la teorización de los autores que legitiman o critican el sistema penal, y operan como agencias de reproducción ideológica; y 4. el publicitario, que es la propaganda del sistema penal, y que corresponde a la opinión pública que se configura mediante múltiples agencias, tales como la escuela, la Iglesia, el cine y hasta la sofisticada publicidad de los medios masivos de comunicación.<sup>4</sup> Para abordar estos niveles, el libro se divide en cuatro grandes capítulos.

El primer capítulo explica los problemas que debe enfrentar el derecho penal: la expansión del poder punitivo o de la violencia estatal, la inseguridad ciudadana, la legitimación del poder punitivo desde los derechos humanos, el discurso funcionalista que promueve la exclusión o la eliminación del delincuente común, y la apuesta en la cárcel para resolver los peores conflictos sociales que atravesamos. En esta primera parte se exponen algunos argumentos que serán reforzados a lo largo del

---

4 Eugenio Raúl Zaffaroni, “Buscando al enemigo: de satán al derecho penal cool”, en Elsie Rosales y Lola Aniyar de Castro, comp., *Cuestión criminal y derechos humanos: La perspectiva crítica*, Caracas, Instituto de Ciencias Penales (ICP)-Universidad Central de Venezuela (UCV), 2007, p. 293.



libro para tratar de enfrentar cada uno de estos problemas. En suma, se plantean los retos que un discurso y una práctica garantista deben enfrentar.

En el segundo capítulo se describe la teoría garantista acerca de la justicia penal, inicia aclarando lo que “no es” el garantismo y afirmando lo que “sí” comprende el garantismo. Con el objeto de evitar malos entendidos de inicio: el garantismo no protege delincuentes ni tampoco es un obstáculo para la persecución de los delitos. El garantismo está estrechamente vinculado al estado democrático-constitucional de derechos y justicia, se describe esta relación por oposición a un estado autoritario o antidemocrático. Finalmente, de la mano de los principios constitucionales que lo fundamentan, que no son otros que los derechos humanos, se construye el sustento de la pena, el delito y el juicio penal.

Con el marco teórico garantista, se observa, en el tercer capítulo, el funcionamiento real de la justicia penal. Muchas personas encuentran un vínculo directo entre ser víctimas de infracciones penales y los presos que están en nuestras cárceles. Cuando esto sucede, se considera que el trato inhumano que se les proporciona en los lugares de encierro es bien merecido, que las personas deben estar la mayor cantidad del tiempo encerradas para que no salgan a hacer fechorías en las calles, que lo más sensato es olvidarse de su destino, que algo habrán hecho para tener dicha suerte y allá ellos. Esta vinculación no es adecuada y esconde muchas injusticias. En primer lugar, no necesariamente quien ha cometido la infracción en mi contra está encerrada y es muy probable que muchas personas encarceladas ni siquiera hayan cometido infracción penal alguna. En segundo lugar, se centra el problema en los delincuentes de poca monta, que generalmente son los más torpes y los que menos daño social provocan. En tercer lugar, el problema de la violencia social no se soluciona con la respuesta que está ofreciendo el estado sino que se lo profundiza y se agrava. Finalmente, y sin ánimo de agotar las razones, la justicia penal a la que estamos sometiendo a nuestros conciudadanos ahora encerrados no es compatible con nuestro ordenamiento constitucional.

El estado constitucional de derechos no admite cualquier sistema penal como tampoco el uso intensivo y exclusivo de la violencia mediante el encierro. Si uno mira el funcionamiento del sistema penal de cualquiera de nuestros países, se va a encontrar con una realidad desgarradora. ¿Es casual que la mayoría de gente que habita en nuestras cárceles sea pobre? ¿Existe alguna explicación y justificación para este fenómeno social? ¿Tiene relación la organización social y política con el funcionamiento del

sistema penal? ¿Cómo se caracteriza a un derecho penal consistente con estado constitucional de derechos? A la luz del derecho constitucional, se contestan estas preguntas, se analiza y valora esta realidad y se concluye que el sistema penal es inconstitucional, porque es antidemocrático, discriminatorio, desproporcionado, injusto y viola de forma grave y sistemática los derechos humanos de las personas procesadas y encerradas. Los datos que fundamentan los hechos en este capítulo han sido sacados de investigaciones criminológicas serias y de casos conocidos y sentenciados judicialmente, donde los hechos fueron sujetos a requisitos probatorios exigentes. Es decir, los hechos denunciados son fundados y no meras especulaciones.

Finalmente, en el último capítulo, para no quedarnos en la denuncia, planteamos varias propuestas y señalamos algunos caminos que podrían seguirse para superar esta situación intolerable en una democracia constitucional de derechos y justicia. Las propuestas se sistematizan en tres categorías: la necesidad de mirar a formas de solución de conflictos graves que no apuestan a la cárcel y que están funcionando, como sucede con el caso de la justicia indígena; la necesidad de reformar íntegramente la normativa penal, pero inspirándose en los derechos y las garantías constitucionales, y, por supuesto, en la doctrina garantista del derecho. Para terminar el libro, se hace una mención, por novedosa y actual, a la última doctrina del maestro Zaffaroni, que se llama la criminología cautelar, en la que hace alusión a los medios masivos de comunicación y a la publicidad de la criminalidad, que el maestro lo llama “criminología mediática”, a las formas de comprender el fenómeno criminal y a afrontarlo desde una militancia jurídica y social.

La finalidad de este libro es denunciar las violaciones cotidianas y masivas a los derechos humanos que provoca nuestro sistema penal; advertir los riesgos que conlleva el ignorar esta realidad con discursos punitivistas; proponer una teoría garantista constitucional e intercultural que, como se insistirá a lo largo del libro, no tiene otro objetivo que promover los derechos de la personas para limitar y vincular al poder punitivo, potencial amenaza de los derechos.

Este libro no pretende dar cuenta de toda la teoría producida hasta el momento sobre el garantismo penal ni sobre los hechos relacionados con la violencia y el sistema penal. Esta labor tomaría más tiempo y de alguna manera sería inútil porque hay otros autores que lo han intentado. Lo que se pretende es señalar los principales hitos teóricos y normativos, mirar desde una perspectiva constitucional y contemporánea a la justicia penal,



dar pistas teóricas por las cuales se puede seguir explorando —por ello la bibliografía es nutrida— y tratar de proponer un análisis y una reflexión jurídica sobre la justicia penal.

Si algún jurista u operador judicial piensa más de una vez en decidir enviar a la cárcel o prolongar el dolor inútil a través del sistema penal, o encuentra argumentos útiles para ser esgrimidos en la lucha cotidiana contra la expansión del poder punitivo, me sentiré particularmente realizado.

## **Los problemas: inseguridad ciudadana, poder punitivo y el neopunitivismo**

He sido víctima de al menos cinco delitos violentos en los últimos diez años. Mis reacciones han pasado desde las ganas de vengarme de manera igualmente violenta, hasta la de utilizar de forma decidida, solicitando el máximo rigor de la ley, las respuestas que me han ofrecido el estado y el derecho penal: persecución, condena y encierro a los responsables de aquellos delitos, quienes me han generado un miedo (por suerte vencible) de salir a la calle, de estar en mi casa, a pesar de las puertas reforzadas y de los guardias de seguridad, de parquear el auto en una calle sin alarma ni vigilancia... He sido, en suma, un ciudadano, como muchos otros, que han sufrido en carne propia lo que se ha venido a llamar “inseguridad ciudadana” y, como no podía ser de otra manera, me identifico con su dolor y con muchas de sus demandas. Nada justifica la violencia y el miedo producido por el cometimiento de infracciones penales.

También he trabajado directamente con personas acusadas de infracciones penales y no he dejado de visitar cárceles. Así como un turista común y corriente visita los monumentos más representativos de una ciudad, yo me interesaba por conocer sus cárceles, bajo la creencia —que aún tengo— de que la cárcel es un reflejo de la sociedad, donde se concentra, lo esencial del lugar. Conozco casi todas las cárceles de mi país (Ecuador), he visitado prisiones en varios países de la región y muchas cárceles en los Estados Unidos. Soy un ciudadano privilegiado, porque he podido observar como las personas más pobres y vulnerables están encerradas y no son tratadas de forma digna. La violencia que se ejerce desde el estado contra esas personas tampoco me parece justificable.

Los medios de comunicación suelen sobredimensionar los delitos de poca monta y los delitos cometidos por delincuentes torpes y violentos, haciéndonos sentir que todos estamos amenazados y que lo más sensato es tener miedo y exigir más intervención del poder punitivo. También, al mismo tiempo, invisibilizan los delitos cometidos por agentes del estado o por personas ricas y bien educadas que hacen mucho daño, pero sin



violencia física y lejos de las calles. El sistema penal se ensaña con los primeros y no mira ni toca a los segundos (salvo excepciones que tienen que ver con enfrentamiento de los poderes económicos o políticos). Ambos delitos tienen que ver con la inseguridad ciudadana. Además de estos problemas, existen otros, que son un reto para el garantismo: los discursos que legitiman la expansión del poder punitivo, el discurso securitista, el funcionalismo y las trampas en las que puede caer un discurso garantista.

## La inseguridad ciudadana y la legitimación del poder punitivo

Nadie puede negar que, en los últimos años, en Latinoamérica existe un aumento de los hechos delictivos.<sup>5</sup> Incluso se afirma que es la región más violenta del mundo.<sup>6</sup> También es cierto que nosotros mismos o personas cercanas a nosotros hemos sido víctimas de actos violentos.

El fenómeno delictivo ha sido uno de los temas importantes dentro de las agendas de los medios de comunicación. No existe periódico ni canal de noticias que no tenga una sección que reporte sobre los incidentes delictivos. De alguna manera, todas las personas se sienten víctimas o potenciales víctimas de infracciones penales.

Ante esta creciente demanda por medidas para combatir la inseguridad, la clase política, particularmente la relacionada con sectores conservadores —aunque la izquierda no es la excepción—, han prometido “mano dura” para combatir la delincuencia. No hay país de Latinoamérica en el que el tema de seguridad, en las campañas presidenciales, no haya competido con los problemas de desempleo y pobreza. Las promesas de campaña se han concretado en el aumento del presupuesto para seguridad y en las iniciativas de carácter legislativo. El primero se ha manifestado en el aumento del número de policías y de equipamiento; las

---

5 Organización Panamericana de la Salud, “Informes anuales sobre el estado de la salud en las Américas”, citado por Mauricio Benito Durá, *Sistemas penitenciarios y penas alternativas en Iberoamérica: Análisis a partir de la situación de la criminalidad y las políticas criminológicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 132; véase también, en el mismo libro, los datos de la Fundación Seguridad y Democracia, en Mauricio Benito Durá, *op. cit.*, p. 141.

6 *Ibid.*, p. 131.

segundas, se han encaminado a reformas y contrarreformas penales y procesales penales.

En la misma línea que la clase política —paradójicamente— movimientos emancipatorios, como los feministas (esencialistas), GLBTTIQ, niñas y adolescentes, ecologistas, migrantes promueven la utilización del derecho penal en sus luchas reivindicatorias. En unos casos, proponiendo nuevos tipos penales (el acoso y el abuso sexual) y, en otros, aumentando considerablemente las penas (en la violación o trata de personas). Algunas personas activistas recurren a la imagen del poder simbólico del derecho penal. Se dice que al penalizar una conducta que se considera reprochable, se envía un mensaje claro a quienes utilizan su poder patriarcal, y se considera una conquista jurídica al pensar que el estado se movilizaría para combatir con severidad conductas violatorias de derechos.

La dimensión del problema delincencial se torna mayor si se consideran aspectos de la criminalidad contemporánea que han recibido difusión masiva para demandar de la comunidad internacional mayor seguridad global. La agenda global contra la delincuencia, promovida particularmente por los Estados Unidos, tiene entre sus puntos centrales: lucha contra las drogas, trata de personas, criminalidad organizada, lavado de dinero y terrorismo. En cuanto a este último aspecto, hay quienes piensan que hay un antes y un después de los ataques del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York. El miedo al terrorismo tuvo dimensiones globales, que se manifestaron por medio de las guerras preventivas en Irak y en Afganistán y por un sinnúmero de controles que han restringido tanto la libertad de movimiento como la privacidad, bajo la premisa de que es necesario restringir ciertos derechos para combatir estos graves delitos.<sup>7</sup>

Estos hechos explican la expansión de poder punitivo en nuestra región, que se sustenta en consensos internacionales que obligan a los estados a adecuar sus sistemas jurídicos:<sup>8</sup> los tipos penales se han multiplicado (medio ambiente, drogas, lavado de activos, trata de

---

7 Véase Juan Ramón Capella, *Entrada en la barbarie*, Madrid, Trotta, 2007, p. 207-214.

8 Véase, por ejemplo, Convenio sobre la Ciberdelincuencia; Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; Convención Internacional contra el Terrorismo; Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena; Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire.





personas, pornografía infantil...) y las penas han aumentado en toda la región. De la mano de estas reformas, la reincidencia ha vuelto a estar en el orden del día y se ha determinado que sea una causal para la agravación penal y hasta para la imposición de la prisión preventiva.

En el aspecto procesal, los trámites penales se han modernizado, adoptando sistemas orales y modelos de gestión más eficientes. Para lograr sus fines, además, se han introducido instituciones propias del derecho anglosajón (*plea bargaining*), que se les ha denominado juicio abreviado o simplificado, que promueven la declaración del procesado para conseguir penas más rápidas y menos severas. La prisión preventiva, vistas las estadísticas regionales, en las que aparece que en promedio en más de la mitad de los casos se la dicta, es la regla.<sup>9</sup> Se ha introducido excepciones para que en algunos delitos sea obligatoria su imposición. Paralelamente, se ha introducido formas de investigación excepcional, del tipo agentes encubiertos y delaciones, que conducen a buscar verdades procesales a toda costa. Finalmente, se ha recurrido con frecuencia, por fenómenos delincuenciales, a estados de excepción, expandiendo de este modo el poder de la policía en la definición de las personas que entran al sistema penal.

La justificación para la expansión del poder punitivo no solo es fáctica, mediática, política o normativa sino también teórica. La teoría penal que sustenta lo que se ha venido a conocer como funcionalismo penal o doctrina penal de la defensa social, no es nueva. Los argumentos los encontramos en el positivismo penal y conviene sintetizar sus principales postulados. El funcionalismo penal sostiene que hay dos tipos de personas en la sociedad: aquellos que ejercen sus derechos en el marco de la ley y otros, “los enemigos”, que violan la ley o pretenden violarla. A estos últimos se les puede privar de los derechos porque ellos han renunciado a vivir de forma civilizada. Los estados tienen el derecho de anular o eliminar a las personas que provocan daños graves.<sup>10</sup> La exclusión mediante la privación de libertad (y en algunos casos la muerte o ejecución extrajudicial) es una

---

9 Sobre las estadísticas del uso de la prisión preventiva en la región, véase Cristian Riego y Mauricio Duce, edit., *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*, Santiago, CEJA / JSCA, 2008.

10 Este discurso, por ejemplo, lo ha manejado el Fiscal General del Ecuador: “Estamos frente a un estado de emergencia delictiva. El sistema garantista de protección tiene que aplicarse a la ciudadanía y no a los que cometen delitos” (Washington Pesántez), en diario *El Comercio*, “La seguridad es fracturada por los armados”, 1 de enero de 2010, p. 12A.

forma efectiva de evitar que la persona vuelva a delinquir. El funcionalismo ha resucitado la teoría del peligrosismo, propia del positivismo penal, por el que se debe usar el derecho penal para prevenir infracciones por medio de medidas de seguridad contra las personas que, natural o socialmente, podrían cometer infracciones. El análisis actuarial, propio del derecho de seguros que requiere de información estadística sobre los riesgos, es una de las aplicaciones de esta teoría. En los Estados Unidos, mediante cálculos actuariales, se determinan las zonas de riesgos criminales; de esta forma, ciertas zonas, normalmente marginales, se convierten en lugares de control penal preventivo.

En este contexto, no es difícil entender el por qué la gente común y corriente apueste a la violencia del estado como forma única y la más efectiva para combatir la delincuencia, ni tampoco sea difícil apreciar una tendencia expansiva del poder punitivo del estado. Sin embargo, ¿tiene sentido seguir alimentando este sentido común<sup>11</sup> y esta tendencia penal? ¿El discurso de los derechos humanos avala la expansión penal? Intentaremos mirar estos fenómenos desde la doctrina de los derechos humanos.

## La mirada ambigua de los derechos humanos

La relación entre derecho penal y derechos humanos no es pacífica. Por un lado. Si se cumplen ciertas condiciones, el discurso de derechos humanos permite la aplicación del derecho penal. Por otro lado, el ejercicio del poder punitivo siempre restringe, limita y muchas veces anula el ejercicio de los derechos humanos. Es decir, los derechos humanos gravemente lesionados pueden ser “protegidos” por el derecho penal y, al mismo tiempo, los derechos humanos pueden ser gravemente lesionados por el uso del derecho penal. En el ámbito penal se disputan el derecho a la tutela efectiva de las víctimas y el derecho al debido proceso de los supuestos victimarios. Desarrollemos cada una de estas posturas.

Sin duda, el discurso de los derechos humanos podría legitimar no solo al sistema penal sino también su expansión. Por un lado, el sistema de

---

11 Sobre el sentido común y el complejo artefacto cultural alrededor de la cuestión criminal, véase Ignacio Francisco Tedesco, “Hacia la civilización del derecho penal”, en Gabriel Ignacio Anitua e Ignacio Francisco Tedesco, comp., *La cultura penal. Homenaje al profesor Edmundo S. Hendler*, Buenos Aires, Edit. del Puerto, 2009, p. 576.



protección de derechos promueve la tipificación de ciertas violaciones de derechos humanos, y establece condiciones para la imposición de penas. Por otro lado, en la misma línea, las constituciones contemporáneas dibujan las líneas que configuran el poder punitivo del estado.

Existen instrumentos jurídicos internacionales que directamente disponen la tipificación de delitos. Por ejemplo, la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes determina que “Todo estado parte velará porque todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal”.<sup>12</sup> En la Convención para prevenir y sancionar el delito de genocidio se establece que las Partes se comprometen a “establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio”.<sup>13</sup> El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de igual modo, hace un llamado para que los estados ejerzan su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales, que constituyen una amenaza para la paz, seguridad y bienestar de la humanidad.<sup>14</sup> Esto por mencionar algunos instrumentos, lo importante es destacar que la lucha por los derechos humanos también implica el uso del derecho penal.

Los instrumentos generales de derechos humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen la capacidad punitiva del estado y le ponen condiciones. Así, por ejemplo, el Pacto de San José determina que toda persona inculpada de un delito tiene derecho, en plena igualdad, a que se presuma su inocencia, a la defensa, a recurrir, a no inculparse, entre otras.<sup>15</sup> Semejantes garantías se establecen a nivel del instrumento pertinente de Naciones Unidas.<sup>16</sup>

Por su parte, las constituciones contemporáneas tienen una parte que se denomina “dogmática”, en las que encontramos las garantías al debido proceso en lo penal, proporcionalidad de las penas y hasta finalidad del sistema penal. Incluso, como es el caso de la Constitución ecuatoriana, encontramos mandatos de tipificación con relación a graves violaciones a

---

<sup>12</sup> Convención Contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, Art. 4.

<sup>13</sup> Convención para Prevenir y Sancionar el Delito de Genocidio, Art. V.

<sup>14</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Preámbulo.

<sup>15</sup> Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 8 (2).

<sup>16</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 14 (3).

los derechos humanos.<sup>17</sup> En la parte orgánica podemos encontrar también lineamientos en relación con la función judicial, fiscalía, defensa pública y la organicidad relacionada con la ejecución de penas.

El derecho penal está, en pocas palabras, legitimado por el derecho internacional de los derechos humanos y también por el derecho constitucional. Sin embargo, dicha legitimación es condicionada. En primer lugar, existe reserva de ley para toda regulación de carácter penal. En segundo lugar, los derechos humanos son intrínsecamente normas limitadoras de todo poder. Desde esta perspectiva, el derecho penal no admite regulación a nivel reglamentario (además atentaría contra el principio de legalidad), que es una garantía formal, ni tampoco puede ser maximalista, que es una garantía sustantiva.

El derecho, en general, restringe y limita derechos cuando regula las relaciones humanas. En el ámbito civil se restringe el derecho a la propiedad; por ejemplo, cuando se incumple un contrato, una jueza o juez puede ordenar una garantía que puede significar la restricción del ejercicio de algún derecho de propiedad. En el ámbito penal, la situación suele ser más dramática, porque se puede restringir la libertad personal y muchos derechos más relacionados con la libertad, que son severamente amenazados en regímenes de encierro, y que a veces ni siquiera constan como penas en las leyes de la materia.

No puede dejar de mencionarse, además, la comparación entre la cantidad de delitos cometidos por funcionarios de estado y por delincuentes comunes. De largo, el dolor humano provocado por agentes de estado es mayor. Todos los genocidios, guerras entre países (y sus variaciones tales como guerra al comunismo, guerra al narcotráfico y guerra contra la delincuencia) han sido propiciados o tolerados por el estado. Nadie ha ejecutado, desaparecido, torturado, detenido ilegalmente como lo ha hecho el estado o quienes operan con su aquiescencia.<sup>18</sup> La

---

17 Constitución Política del Ecuador de 2008 (CPE), Art. 80: “Las acciones y penas por delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión a un Estado serán imprescriptibles. Ninguno de estos casos será susceptible de amnistía. El hecho de que una de estas infracciones haya sido cometida por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal al superior que ordenó ni al subordinado que la ejecutó”.

18 Eugenio Raúl Zaffaroni, *La cuestión criminal*, Buenos Aires, Planeta, 2011, p. 183-185.



historia de la humanidad demuestra, en todos los períodos, que quien tiene el poder y las armas debe estar rigurosamente limitado por el derecho.

Frente a esta constatación, no nos podemos quedar con la idea de que el discurso de derechos humanos permite la creación y la aplicación del derecho penal. Siempre tenemos que recordar que el discurso de los derechos humanos podría ser utilizado tanto para legitimar el sistema penal como para deslegitimarlo. La tendencia actual es utilizarlo para lo primero. Conviene, como sugiere el profesor Boaventura de Souza Santos, estar siempre alertas y tener una posición crítica frente al potente discurso de los derechos humanos, que pueden controlar o pueden emancipar.<sup>19</sup> Desde el control, el discurso de los derechos humanos expande el poder punitivo. Desde la emancipación, el discurso de los derechos humanos tiene que encaminarse a diseñar técnicas de contención de un poder inmanentemente violador de derechos, hacerlas vinculantes y eficaces para lograr dos fases en la evolución del derecho penal: la una, minimizar al máximo su utilización y, la otra, abolirlo.

Esta es precisamente la perspectiva que debe prevalecer cuando uno mira al derecho penal. Con esta mirada, intentaremos deconstruir el discurso penal securitista o maximalista.

## **El discurso securitista**

Los discursos crean realidades. No son solo palabras los postulados que sustentan el funcionalismo penal. Tampoco son solo palabras los textos prescriptivos que constan en la ley penal. La teoría que fundamentan las leyes penales, y estas que generan competencias a agencias punitivas del estado, llenan las cárceles con personas de carne y hueso que sufren las consecuencias de una teoría, de una ley y de una autoridad que ordenó su privación de libertad. Por ello, al discurso hay que combatirlo con discursos alternativos que, a su vez, sustenten leyes ponderadas y que restrinjan los poderes discrecionales de las autoridades que tienen la potestad de encerrar a alguien. Conviene, entonces, deconstruir todos y cada uno de los postulados que sustentan la expansión del poder punitivo.

---

<sup>19</sup> Boaventura de Sousa Santos, *La globalización del derecho: Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, ILSA-Universidad Nacional de Colombia, 2002, p. 211.

## La percepción de la inseguridad ciudadana

De la mano del aumento de la criminalidad, los medios de comunicación han magnificado la realidad al punto de que las personas creen que existen más delitos de los que realmente suceden.<sup>20</sup> La distorsión es tan grande que quienes perciben ser las personas más vulnerables, no lo son, y quienes creen estar en situaciones de mayor seguridad, son más proclives a ser víctimas de infracciones.<sup>21</sup> En este sentido, las mujeres creen estar más expuestas a la criminalidad y estadísticamente son quienes menos sufren por el cometimiento de delitos; por el contrario, los hombres jóvenes son numéricamente más víctimas que otros grupos poblacionales y se perciben como menos expuestos a la criminalidad.<sup>22</sup> De igual modo, por la cobertura de la prensa, que semanalmente nos reportan los éxitos policíacos en la lucha contra las drogas, y por la población carcelaria existente, particularmente en los centros de privación de libertad femeninos, uno podría pensar que uno de los problemas más graves por los que atraviesa nuestra región es el del comercio y consumo de drogas. Sin embargo, cuando uno mira a su alrededor encuentra que quienes consumen drogas son personas normalmente aceptadas socialmente que, además, no generan inseguridad. El consumo de drogas en la región es relativamente bajo y no está dentro de las grandes preocupaciones de la ciudadanía.

Desde una perspectiva crítica, a través de los medios se distribuyen artificialmente las inmunidades y las responsabilidades penales del mismo modo como se distribuye la riqueza.<sup>23</sup> Resulta que los medios difunden un estereotipo de criminal, relacionados con la delincuencia bagatela o con la criminalidad organizada, estigmatizada (drogas, guerrillas, trata de personas), que esconde la criminalidad que cometen las personas que tienen poder económico o político; de hecho, no existe estereotipo para

---

20 Sobre la percepción ciudadana en los medios de comunicación en la región, véase *WordPress.com*, en <http://es.wordpress.com/tag/percepcion-de-inseguridad/>, consulta: febrero de 2010.

21 Massimo Pavarini, "Por una política democrática de 'nueva prevención'", en *Castigar al enemigo. Criminalidad, exclusión e inseguridad*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Ecuador (FLACSO-E) / Municipio del Distrito Metropolitano de Quito (MDMQ), Quito, 2009, p. 259.

22 Enrique Gomáriz, "Violencia y castigo desde una perspectiva integral", en *Nueva Sociedad*, No. 208, marzo-abril, 2007, citado por Mauricio Benito Durá, *op. cit.*, p. 134.

23 Massimo Pavarini, "Seguridad frente al delito y gobierno de la ciudad", en *Castigar al enemigo...*, p. 220.



este tipo de criminales.<sup>24</sup> La tutela por la seguridad de un grupo poblacional se la practica inversamente proporcional a la falta de tutela de otros grupos marginados de la sociedad. La política criminal y los códigos penales se construyen a partir de las percepciones de un grupo de interés y que operan contra un grupo mayoritario de personas en situación de vulnerabilidad.

Oscar Vilhena sostiene que las personas más pobres, tanto en sentido material como político (al estar lejanos de toda influencia en las decisiones que toma un estado), son invisibles o demonizados. Invisibles en tanto su marginalidad no despierta el más mínimo sentimiento de compasión o solidaridad y que, en consecuencia, no figuran como destinatarios de servicios públicos. De estos invisibles, cuando ejercen violencia contra la gente, se convierten en demonizados, dejan de tener imagen humana, se les aplica el poder punitivo, se los puede torturar, encerrar y hasta matar. Si alguien de la sociedad inflige daño a una persona demonizada queda legitimado y además inmune.<sup>25</sup>

La percepción es perversa. Por un lado, demanda intervención policial y penal para proteger a las personas que se consideran “honradas” y que se benefician del statu quo; por otro lado, perdona a quien viola derechos humanos de los clasificados como delincuentes por el sentido común. La primera es víctima de la violencia social y la segunda no es víctima de la violencia estatal. A una persona le roban a mano armada en la calle un teléfono móvil, y se la considera víctima, y el hecho es una demostración de la inseguridad ciudadana. Le detienen al ladrón, le suben a patadas al auto de policía, le juzgan sumariamente o le ponen indefinidamente en prisión preventiva, y esta persona no es considerada víctima y este hecho es la forma de proporcionar seguridad. Sin negar que el primer fenómeno haya que abordarlo y darle soluciones concretas, eso no justifica que pueda dejar de llamarse violencia también cuando el sistema penal viola derechos.

La esquizofrenia generada y promovida por los medios de comunicación debe ser enfrentada y evitada. No cabe en sociedades

---

**24** En una escena del documental *Roger and Me*, de Michael Moore, el director pregunta a un policía sobre cómo son los delincuentes y este le describe al típico delincuente que uno proyecta desde el sentido común; cuando le pregunta sobre el estereotipo del delincuente de cuello blanco, el policía simplemente no pudo responder porque seguramente no tenía estereotipo.

**25** Oscar Vilhena Vieira, “Desigualdad y Estado de derecho”, en *Sur. Revista internacional de derechos humanos*, año 4, No. 6, Sao Paulo, Red Universitaria de Derechos Humanos (RUDH), 2007, p. 44.

democráticas que se reconozcan derechos de unos y se despojen los derechos de otros. A la postre, esta visión sesgada reproduce la violencia y no resuelve conflicto alguno. De lo que se trata, al final, es de conflictos sociales indeseables, que deben encontrar solución fuera del derecho penal.

## Los conflictos sociales graves no tienen solución

Toda conducta que constituya una infracción penal es un conflicto social, pero no todo conflicto social debe ser penalizado. Para diferenciar estas dos situaciones se ha dicho que todo conflicto que no puede ser resuelto, debe ser penalizado; y si el conflicto puede ser resuelto, debe ser solucionado mediante el derecho civil, administrativo o constitucional. Por ello, el derecho penal es de *ultima ratio*. Este argumento ha sido esgrimido por muchos juristas progresistas para reducir al máximo el espectro de infracciones penales. Sin embargo, esta entrada siendo loable, no ha tenido el efecto deseado.

Esta distinción doctrinaria, además, en la práctica es artificial. En el catálogo de infracciones penales encontramos conductas que son evidentemente solucionables, como aquellas relacionadas con los delitos contra la propiedad o aquellas que son consecuencias de faltas administrativas (tomarse calles sin autorización, portar armas sin permiso, explotar recursos naturales sin los requisitos de ley, no pagar impuestos debidos). La propiedad —recordemos— es disponible por el dueño y puede ser usada por el poseedor; en consecuencia, nada impide que los delitos contra la propiedad sean solucionables por la mera voluntad de la víctima. Las infracciones por incumplimiento de deberes administrativos pueden solucionarse a través de medios coercitivos distintos al penal, como puede ser la multa o la suspensión de la actividad productiva en la que se produjo el fraude.

Por otro lado, a esta conclusión se puede llegar apreciando la forma como resuelven los conflictos con relevancia penal las comunidades indígenas,<sup>26</sup> todo conflicto podría tener solución no penal. Si aprendemos

---

**26** Un estudio ejemplar sobre la inutilidad de la pena en el derecho ordinario y la influencia perniciosa de los medios de comunicación se puede encontrar en Guillermo Padilla, "La historia de Chico. Sucesos en torno al pluralismo jurídico en Guatemala, un país mayoritariamente indígena", en Rudolf Huber y otros, *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung (KAS), 2008, p. 151 y s.





de la justicia indígena, podríamos apreciar que delitos contra la vida tienen sanciones más pragmáticas y menos dolorosas que la cárcel. A una viuda, por ejemplo, le interesaría más una pensión vitalicia que el victimario pase veinte años en una cárcel. La pena excluye o elimina, como pretenden los funcionalistas, o genera cohesión e inclusión. Conviene, en ese camino para minimizar y abolir el derecho penal, ampliar nuestros horizontes de comprensión de los conflictos sociales para usar más cautelosamente o no usar el derecho penal.

En la práctica, el conflicto social con la intervención penal no se resuelve con una sentencia sino que se transforma en otro conflicto y más agravado.<sup>27</sup> Si con el cometimiento de un hecho considerado delictivo se violó un derecho, con la respuesta punitiva se menoscaban múltiples derechos de la persona victimaria y de sus seres cercanos, aunque formalmente se sostenga que la pena es individual y que se deben restringir solamente aquellos derechos taxativamente determinados en la ley. Enumeremos algunos derechos vulnerados: 1. la autonomía de la voluntad y la libertad para contratar; 2. la intimidad; 3. la convivencia familiar; 4. la seguridad personal; 5. el acceso a servicios básicos; 6. la libertad sexual; 7. el libre desarrollo de la personalidad; 8. los derechos sociales; 9. el derecho a vivir en un medio libre de violencia; 10. el derecho a la integridad física (tortura y lesiones graves) y sexual (se obliga a las personas a tener relaciones homosexuales) y la lista puede continuar. Por otro lado, nada más lejano que afirmar que la pena es individual; la sufren la pareja, los hijos e hijas, la madre, el padre, los amigos.<sup>28</sup>

Así como el sentido común suele apostar por el uso y el abuso del derecho penal para solucionar el problema de la seguridad ciudadana, también suele paradójicamente afirmar que las cárceles son una escuela para el crimen. Baratta sostiene que se cumplen dos objetivos en un régimen de encierro: se aprende a ser un buen criminal frente a la sociedad y un buen detenido frente a las autoridades penitenciarias.<sup>29</sup> Si entendemos al crimen como un hecho violento que debe ser combatido, entonces el sentido común en este aspecto acierta. La única forma de

---

**27** Alberto Binder, "Poder, violencia y conflicto", en *Introducción al derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004, p. 17-32.

**28** Thomas Mathiesen, *Juicio a la prisión*, Buenos Aires, Ediar, 2003.

**29** Alessandro Baratta, "Cárcel y marginalidad social", en *Criminología crítica y crítica al derecho penal. Introducción a la sociología jurídico penal*, México DF, Siglo XXI, 2004, 8a. ed., p. 195.

soportar el encierro es aprendiendo formas violentas de sobrevivencia o consumiendo sustancias estupefacientes para evadir su realidad. La consecuencia es que las personas en el encierro se tornan más violentas y corren el riesgo de caer en una adicción. Mientras más tiempo encerradas, más agudos los problemas personales. Esta persona, tarde o temprano, tiene que salir de la cárcel. Fuera de la cárcel encontramos a una persona más violenta que no hará otra cosa que reproducir la violencia aprehendida en el encierro. Al final, como quedó dicho, el conflicto no solo que no se resolvió sino que se agravó.

## **La violencia social se resuelve con el tipo penal y encerrando a una persona**

Dos consecuencias fatales de la apuesta por el funcionalismo o maximalismo penal. La primera se relaciona con la reducción del problema de la seguridad ciudadana al delito; la segunda, con la inutilidad del derecho penal como herramienta de abordamiento de un problema social.

El problema de la seguridad ciudadana es plural, multiforme y polisémico,<sup>30</sup> en el que intervienen múltiples actores, públicos y privados, tiene innumerables formas y se manifiesta mediante múltiples espacios (medios de comunicación, familia, estado, trabajo, escuela, calle). Reducir el problema solo a la violencia definida por la ley penal, a una forma judicial y a una explicación jurídica (cometimiento de una infracción penal), no es adecuado porque no comprende la complejidad del fenómeno. No está por demás decir que hay violencias que ni siquiera son definidas por el Código Penal, como la violencia emocional entre parejas o padres e hijos.

La psicología sistémica suele afirmar, cuando hay un problema de violencia intrafamiliar, que el victimario y la víctima son los actores identificados. Esto quiere decir que hay otros actores que los miembros de la familia invisibilizan, encubren o absuelven y que son considerados como si no fueran parte del problema. Desde una perspectiva de sistemas, todos los miembros de la familia tienen parte de la responsabilidad y también son parte de la solución; en otras palabras, todos son de alguna manera responsables y también víctimas. Abordar el problema desde los actores

---

30 Fernando Carrión, Jenny Pontón y Blanca Armijos, *120 estrategias y 36 experiencias de seguridad ciudadana*, Quito, FLACSO-E / MDMQ, 2009, p. 10.



identificados, no resuelve problema alguno y es muy probable que se vuelva a repetir la conducta indeseada.

Lo mismo puede predicarse de la violencia social. El problema no es solo de la víctima y el victimario, sino que es un problema mayor y más complejo. El derecho penal, por el concepto de culpabilidad y de personalidad de la pena, debe individualizar al responsable y suele invisibilizar a la víctima, que se convierte en un mero dato probatorio y con suerte en un sujeto procesal. El proceso penal es una especie de abstracción de la realidad y con categorías difíciles de entender que transforma al conflicto social en un “delito”, al actor identificado en un “procesado” y luego “condenado”, a la víctima en un elemento de prueba. El contexto social, el pasado, las condiciones de vida, la interrelación con la víctima son secundarios y la mayor de las veces irrelevantes.

Desde una perspectiva sistémica, que nunca puede ser conciliada con el derecho penal, todos somos de algunas maneras responsables. Remotamente cada uno de nosotros al tolerar una sociedad que mantiene y refuerza la exclusión social, el estado al no promover una organización social inclusiva, la familia y un montón de seres que hicieron o dejaron de hacer lo adecuado. Esta perspectiva, por supuesto, nos lleva al campo de las políticas sociales y al de la corresponsabilidad en los derechos de las personas.

Roberto Gargarella analiza esta situación en un maravilloso libro que es sugerente desde su título, *De la injusticia penal a la justicia social*,<sup>31</sup> en el cual afirma que el derecho penal adolece de legitimidad al operar contra seres humanos a quienes se les ha privado de los servicios públicos más elementales y luego se les exige respeto a derechos, como el de propiedad, que nunca se les permitió ejercer.

La supuesta y única solución al problema definido por el derecho penal es el encierro de una persona. Miremos ligeramente esta solución mágica y simbólica. El derecho penal es por esencia represivo y no reparador. De entrada, la víctima no tiene cabida. Al derecho represivo le interesa exclusivamente la persona responsable de una infracción definida como penal; contra esta el proceso penal y con esta las garantías del

---

31 Roberto Gargarella, *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá, Universidad de los Andes (UA) / Siglo del Hombre, 2008.

debido proceso; para esta, la pena que es personalísima. Resulta que uno de los actores del conflicto, la víctima, además quien sufrió la violación a sus derechos, es irrelevante y puede no intervenir. El daño ocasionado por el delito no se repara porque no es objeto del proceso ni de la condena. Si alguien cree que el problema se resuelve con el encierro del condenado, se engaña a sí mismo. El objeto robado puede no ser devuelto, la persona violada puede seguir con su trauma emocional, la torturada puede seguir con la lesión irreversible, el familiar sobreviviente sigue con su duelo independientemente del resultado del juicio penal, y así podríamos enumerar víctimas que, con suerte y mucha dificultad, apenas lograrán una indemnización de daños y perjuicios. El protagonista pasivo del conflicto no tiene beneficio de la solución penal ofrecida por el sistema de justicia.

Ahora veamos del lado del procesado y condenado, protagonista activo de la infracción penal. ¿Qué pasa con la persona durante su encierro, mientras la sociedad calma su sed de seguridad ciudadana? Hay muchas fuentes para saber la suerte de las personas presas. Me gusta recurrir a la literatura. No es exagerado el juez Cançado Trindade cuando compara el caso Tibi con exquisitas novelas y escritos que tratan sobre la cárcel.<sup>32</sup> Otra fuente es la investigación social<sup>33</sup> y las historias de vida.<sup>34</sup> Pero hay otros informes, con más autoridad normativa, que también, con otro estilo, dicen lo mismo, como los informes de los sistemas de protección de derechos o las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>35</sup> Lo cierto es que hay más de un estudio, como los enunciaremos en el siguiente capítulo, que determina los efectos alienantes de la privación de la libertad, que se agravan mientras más severas son las penas y prolongados los encierros. La cárcel genera daños

---

32 Cançado Trindade, menciona en su "Voto razonado", en el Caso Tibi contra Ecuador (2004), varios pasajes de la literatura universal, tales como Franz Kafka, *El proceso*; Antonio Gramsci, *Cartas de la cárcel*; Oscar Wilde, *De Profundis*; Albert Camus, *El extranjero*; Fëdor Dostoievski, *Recuerdos de la casa de los muertos*.

33 Véase Elías Carranza, coord., *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria: Respuestas posibles*, México DF, Siglo XXI / ILANUD, 2007, 2a. ed.

34 Véase Gilbert Dufour, *Sospechas en Ecuador. Infernal injusticia*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos (MJDHC) / Trama, 2009.

35 Véase Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Sentencia de 2 de agosto de 2008, Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Corte IDH. Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 11 de marzo de 2005, Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006, Corte IDH. Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 8 de marzo de 1998, Corte IDH. Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004.



físicos y trastornos emocionales, tales como soledad, depresión, ansiedad, afectación a la autoestima y distorsiones en la identidad.<sup>36</sup> El profesor Baratta afirma que científicamente se ha demostrado que la cárcel no tiene efectos positivos en el encerrado, sino más bien que estabiliza y profundiza lo que se considera como criminalidad.<sup>37</sup> En suma, nada aleja más de la figura de ciudadano que la personalidad que se adquiere en el encierro.

Hay otro indicador para medir la eficacia de la cárcel y es la reincidencia. La reincidencia para el funcionalismo es la demostración de la peligrosidad del individuo y, en consecuencia, la justificación para afilar los dientes del sistema penal. En cambio, para el garantismo, la reincidencia es la demostración del fracaso del sistema penal. La persona definitivamente no se rehabilita y hace en libertad exactamente lo que aprendió en el encierro. La persona devuelve la violencia que aprendió privado de libertad. Desde la perspectiva jurídica garantista, la reincidencia es una regresión del positivismo jurídico. El cumplimiento de la pena debe cancelar el delito y la persona recupera su estado de inocencia. Resulta inconsistente, desde el derecho penal de acto, agravar una pena u obligar a una prisión preventiva, valorar un hecho ya sancionado, superado y castigar dos veces por un hecho pasado.<sup>38</sup>

Al final, todos pierden, procesado, víctima y sociedad. La pena de privación de libertad, desde cualquier punto de vista, es inútil.<sup>39</sup> Por ello conviene replantearse las soluciones jurídicas a las violaciones de los derechos. El profesor Owen Fiss sugiere cambiar el esquema de lucha litigiosa que busca la represión por una que encuentra la reparación. En esta segunda forma de entender la justicia, la víctima es protagonista y la solución es útil.<sup>40</sup> Esta propuesta no es una locura, en particular cuando cada vez más las acciones de protección de derechos de carácter constitucional, abren sus puertas a los conflictos entre personas particulares cuando una de ellas ejerce algún tipo de poder que somete o

---

36 L. Ferrajoli, *Derecho y razón...*, p. 414. Sobre los sustentos que tiene Ferrajoli para sostener que la pena para los delitos más graves no puede ser mayor a diez años, véase el pie de página 179, que consta en la p. 455.

37 A. Baratta, *Criminología crítica y...*, p. 194.

38 L. Ferrajoli, *Derecho y razón...*, p. 507.

39 Véase Marta Nercellas, "Desigualdades en la balanza socioeconómica y sistema penal", en G. I. Anitua e I. F. Tedesco, comp., *op. cit.*, p. 462 y 467.

40 Véase Owen Fiss, "The forms of Justice", en *The Law, as it could be*, Nueva York, New York University Press, 2003, p. 1-47.

discrimina, como es el caso de los delitos. Esta vía sin duda se abrirá cuando la sociedad y los jueces y juezas dejen de pensar que cada vez que hay un delito, debe de haber un ser humano encerrado.

## El garantismo es un obstáculo para la eficiencia penal

Ninguno de los países de la región es ajeno a reformas que han privilegiado la eficiencia a la garantía de derechos, como si este fuese un dilema real e inevitable. Los eficientistas sostienen que para combatir la inseguridad y la impunidad hay que obtener sentencias rápidas y ejemplificadoras. Es como una carrera en la que gana el que llega más rápido. Se dice, en cambio, que los garantistas protegen a los delincuentes y que se les ha reconocido tantos derechos que nunca se provoca una condena y todos acaban saliendo pronto de las cárceles. Este es el dilema puesto en el tapete. El dilema, tal como se plantea, se resume en una opción política: condenar a todo culpable aun a costa de condenar a un inocente, o evitar la condena de un inocente, incluso a costa de absolver a un culpable. La tendencia en Latinoamérica parece apostar por la primera opción, que se manifiesta en dos instituciones, el juicio abreviado y la prisión preventiva, que producen dos realidades que son manifiestamente violatorias a derechos humanos: el juicio sin proceso, y la pena sin condena.

El juicio sin proceso, conocido como juicio simplificado y en la suspensión condicional del proceso (en el sistema anglosajón a esta institución se le conoce como *plea bargainig*).<sup>41</sup> El juicio abreviado rompe y viola todas las garantías del debido proceso conquistadas en más de doscientos años de derecho penal liberal. Ahora se puede condenar en un juicio sumario, se admite la famosa máxima que era propia del derecho civil: “a confesión de parte, relevo de prueba”, se atenta contra el principio que fue la principal arma contra la tortura en el proceso, que es la prohibición de autoinculpación.<sup>42</sup>

---

41 El 95% de las causas en los Estados Unidos se tramitan mediante el *plea bargainig*, que en la práctica significa que la mayoría de las personas juzgadas en este país no gozan del derecho a ser condenadas después de un juicio. Véase John H. Langbein, “Tortura y *plea bargainig*”, en Julio B. J. Maier y Alberto Bovino, comp., *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Edit. del Puerto, 2005.

42 Véase J. B. J. Maier y A. Bovino, comp., *op. cit.*



La pena sin condena, que es la prisión preventiva utilizada como regla, que se sustenta en tres requisitos que gozan del consenso doctrinario entre procesalistas penales y que, desde un discurso crítico a partir de los derechos humanos, son fácilmente deslegitimados. Por el primer requisito, tiene que haber supuestos materiales para dictarla, esto es: tiene que haber suficientes elementos de prueba para sostener que existió la infracción y que la persona es la responsable. El estándar es tan alto, que realmente se debe tener elementos para condenar a una persona y esto solo se consigue con una investigación seria y adversarial. ¿Por qué no juzgarla en lugar de mantenerla procesada? En la práctica es una mera formalidad la fórmula para dictarla y basta un parte policial, que al final, además, acaba sustentando la sentencia.<sup>43</sup>

El segundo requisito tiene que ver con la posible obstrucción de la investigación por parte del procesado. Dos comentarios. Nada pone en mayor desventaja a la defensa que privarle o restringirle considerablemente sus posibilidades de actuación. Es como si en un partido de fútbol, para evitar que se cometan faltas, se juegue con los futbolistas en la banca. Además, ¿qué hace pensar que el fiscal no obstruya o altere los elementos de prueba para obtener una acusación sustentada en datos falsos? En estos casos, ¿por qué no encerrar al fiscal? Así —ambas partes en el proceso (encerradas o en libertad)—, se conseguiría una auténtica igualdad de armas.

Finalmente, el peligro de fuga. Estoy seguro —y esto solo se puede afirmar a partir de lo que sucede en los juicios no penales— que la fuga se produce no tanto porque la pena pueda ser grave, sino porque existe la certeza de que hay encierro preventivo. El temor de la cárcel durante el proceso es lo que motiva la fuga.<sup>44</sup> Si la regla absoluta fuese la libertad, las personas comparecerían a juicio y se defenderían de forma intensa. Además, tanto en este requisito como en el anterior, a la persona se le priva de la libertad por un hecho que no ha sucedido (alteración de pruebas o

---

43 Luis Pásara, “La producción judicial: cifras y calidad”, en Luis Pásara, edit., *El funcionamiento de la justicia del Estado*, Quito, MJDHC, 2011, p. 63.

44 Hay una institución que se denomina la “necesidad de cautela”, por la que se exige prueba para demostrar el arraigo y no dictar la prisión preventiva. Esta institución es perversa, porque solo una minoría, que es la que puede demostrar que tienen familia, trabajo y domicilio fijo, se beneficiaría de esta figura, cuando es sabido que la gran mayoría de presos son población marginada, y no tiene familia, es desempleado y no tiene vivienda. Véase Diego Zalamea, “Reporte del Estado de la Prisión Preventiva en Ecuador”, en C. Riego y M. Duce, edit., *op. cit.*, p. 311.

fuga) y que es imposible demostrarlo. Siempre se presumirá y esa presunción es contraria a la de inocencia, que pregonan las constituciones y los tratados internacionales de derechos humanos.

Este fenómeno contemporáneo ha sido considerado por el maestro Zaffaroni como “el capítulo más triste de la actualidad latinoamericana y el más deplorable de toda la historia de la legislación penal en la región, en que políticos intimidados por la amenaza de una publicidad negativa provocan el mayor caos legal autoritario, incomprensible e irracional”.<sup>45</sup>

En suma, el eficientismo en la práctica no es otra cosa que una máscara que esconde violencia cruda y dura contra las personas procesadas. No se puede tolerar que un problema de violencia se resuelva con la restricción de derechos, que es otra forma de ejercer violencia. Desde el análisis constitucional y de los derechos, como afirma el profesor Maier, la respuesta es clara y la discusión debería estar cerrada, sin embargo el funcionalismo gana la partida.<sup>46</sup>

## El funcionalismo penal

El debate sobre la necesidad de combatir a las teorías y prácticas funcionalistas no es pacífico. Zaffaroni sostiene que en Latinoamérica simplemente no hay teoría que justifique lo que él llama un estado policial (por oposición a un estado democrático); las reformas penales que han expandido el *potestas puniendi* son manifestaciones de poder que no tienen sustento en el derecho penal en el contexto de estados constitucionales y democráticos.<sup>47</sup> De hecho, para Zaffaroni toda teorización del derecho penal es por esencia garantista (de ahí que no cabe la reiteración de “derecho penal garantista”) y, por ende, no cabe reflexión contraria. Por su parte, el profesor Ferrajoli sostiene que no tiene sentido el debate sobre lo que se conoce como funcionalismo, que es la teoría más sólida para justificar la expansión del poder punitivo, porque su sustento ha

---

45 Eugenio Raúl Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, Bogotá, Ibáñez, 2006, p. 103.

46 Julio B. J. Maier, “La privación de libertad durante el procedimiento penal. El encarcelamiento preventivo hoy”, en G. I. Anitua e I. F. Tedesco, comp., *op. cit.*, p. 405.

47 Zaffaroni sostiene que existe una “huelga de pensamiento” o pensamiento nulo, “porque al menor soplo de pensamiento se implosionaría”, E. R. Zaffaroni, *El enemigo...*, p. 100.





sido ampliamente rechazado por la academia<sup>48</sup> y el debate lo único que logra es publicitar una teoría inaceptable. Sin embargo, con buen sentido político, el profesor Pavarini sostiene que hay que aprovechar todos los espacios para argumentar sobre el funcionalismo y que nunca será suficientemente agotado el tema mientras sus postulados sigan influyendo en el diseño de políticas criminales, particularmente en América Latina.<sup>49</sup>

El funcionalismo, alimentado por el sentimiento de inseguridad ciudadana, y el maximalismo penal que la provoca, atenta contra tres pilares del estado constitucional: la dignidad, la igualdad y la libertad. Al establecer normas penales constitutivas, por medio de las cuales no media el comportamiento sino la personalidad desviada, se castiga al ser (derecho penal de autor) y no el hacer (derecho penal de acto), que marca la diferencia entre un estado autoritario de uno democrático.

La dignidad entendida como la prohibición de utilizar a unas personas como meros medios para satisfacer los fines de otras personas,<sup>50</sup> se pierde cuando se utiliza la figura del “chivo expiatorio”, que es propia del derecho penal. La sociedad lo que quiere es tener presos, a como de lugar, para convencerse que los delincuentes están encerrados, sin importar si son culpables o no. La alarma social, la inseguridad, el orden público, justifican que la policía encierre sospechosos y que los jueces no los dejen salir.

Uno de los derechos que más llama la atención y que es cotidianamente vulnerado por el sistema penal es la igualdad y no discriminación, como analizaremos con más detenimiento adelante. Cuando uno mira la sobre-representación de ciertos grupos humanos en las cárceles, como la población afrodescendiente o las clases sociales menos beneficiadas de los servicios públicos, y compara con la sub-representación en espacios de poder político o económico, lo menos que puede hacer es sospechar que hay una práctica discriminatoria y excluyente.

---

48 Sobre la extensa bibliografía que ha tratado el tema, véase un listado en el pie de página 386 de E. R. Zaffaroni, *El enemigo...*, p. 205.

49 Massimo Pavarini, “La guerra a las ‘no personas’”, en *Castigar al enemigo...*, p. 173.

50 Immanuel Kant, “The doctrine of virtue”, en *Metaphysics of morals*, citado por Steiner Henry y Philip Alston, *International Human Rights in context. Law Politics and Morals*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 2a. ed., p. 261-263.

La criminología crítica denominó a este fenómeno como el *labelling approach* o teoría del etiquetamiento,<sup>51</sup> por la que se denunció la selectividad marginadora del sistema penal. Nadie duda que el sistema penal, por eficiente y grande que fuere, tenga que ser selectivo. No toda conducta tipificada en la ley podrá ser perseguida ni todos los delitos serán denunciados. El problema es que la selección del derecho penal suele ser irracional y discriminatoria: solo la criminalidad más torpe, relacionada con las personas más pobres o peor situadas de la sociedad, entran cotidianamente al sistema. No es casual que los grupos humanos excluidos de la sociedad sean los que habitan mayoritariamente en las cárceles (población afrodescendiente, indígenas, desempleados, inmigrantes). Este fenómeno, denominado criminalización, es profundamente discriminatorio,<sup>52</sup> que además garantiza la impunidad de los delitos más atroces cometidos en la sociedad.<sup>53</sup> En segundo lugar, no se garantiza el debido proceso.<sup>54</sup>

En términos colectivos, cuando se aplica el cálculo actuarial para determinar los lugares o barrios peligrosos, mediante el mayor número de noticias criminales formalmente reportadas, como se lo hace en Estados Unidos, lo que se hace es caer en los estereotipos y en las generalizaciones. Entonces, el sospechoso, el grupo humano naturalmente proclive a cometer delitos y que está en la mira de los agentes del sistema penal, como los musulmanes, el vago, el pobre, el desempleado, el inmigrante, es población que puede ser criminalizada no por lo que hace sino por lo que es.

Finalmente, se afecta a la libertad, tanto negativa como positiva. Las personas no pueden ejercer su libertad de movimiento porque serán

---

51 Alessandro Baratta, "El nuevo paradigma criminológico: el *labelling approach* o enfoque de la reacción social. Negación del principio del fin o la prevención", en *Criminología crítica y...*, p. 83-101.

52 Sobre el perfil de las personas privadas de libertad, véase el análisis cualitativo de Alejandra Ramm, *Imputados. Primerizos y reincidentes: un registro testimonial*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2005.

53 Lola Aniyar de Castro, "Derechos humanos, modelo integral de la ciencia penal y sistema penal subterráneo", en Eugenio Raúl Zaffaroni, coord., *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Primer informe)*, Buenos Aires, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) / Depalma, 1984, p. 243.

54 La detención suele ser arbitraria, sin formalidades o sin flagrancia, no hay lectura de derechos ni abogados desde el primer interrogatorio. En un gran porcentaje de casos existe tortura, declaraciones autoinculpatorias, abusos de privaciones preventivas de libertad, juicios dilatados, ausencia de defensa técnica, sentencias no motivadas adecuadamente, entre otras.



detenidas, procesadas y condenadas. No podrán desarrollar al máximo sus potencialidades porque tanto dentro de una cárcel como fuera de ella, no tendrán todos los medios para desenvolverse como personas.

## Las trampas del poder punitivo

Los movimientos sociales emancipatorios han tenido estrecha relación con el derecho. Sus luchas comienzan o terminan con el reconocimiento de derechos en las normas jurídicas; en algunos casos se consiguen reformas constitucionales, en otras nuevas instituciones y, lastimosamente, también en el establecimiento de tipos penales. Este último reconocimiento reivindicatorio es contraproducente, particularmente si se lo analiza desde el objetivo de la lucha de los movimientos por mejores condiciones de vida, por la inclusión y por el establecimiento de sociedades más igualitarias.

La trampa del poder punitivo consiste en luchar contra la discriminación, utilizando el derecho penal que es el instrumento más discriminatorio de todos. El profesor Zaffaroni sostiene que la confianza en el poder punitivo tiene dos efectos indeseables. Por un lado, neutraliza el discurso antidiscriminatorio de quien lo propugna, que pueden ser mujeres, niños, indígenas o cualquier otro grupo marginado de poder, y, por otro, legitima un poder discriminatorio que se sostiene en tres vigas: el patriarcado, la confiscación del conflicto a la víctima y la búsqueda de la verdad por medios violentos.<sup>55</sup>

La primera tarea del poder dominante es subordinar y la segunda es disciplinar. El poder patriarcal, adultocéntrico, especifista, racista y demás usa medios persuasivos y sutiles, cotidianos y eficaces, que se transmiten por intermedio de la familia, los medios de comunicación, la religión, la escuela... en todos los espacios sociales se “educa” fortaleciendo el modelo paradigmático dominante, evitando el cambio estructural, reproduciendo y aceptando la realidad, legitimando el statu quo, negando y

---

**55** Eugenio Raúl Zaffaroni, “El discurso feminista y el poder punitivo”, en Haydée Birgin, comp., *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, Buenos Aires, Biblos, 2000, p. 19.

desvalorando las diferencias, en suma fomentando la discriminación.<sup>56</sup> Si los métodos de persuasión no funcionan y las personas excluidas persisten en sus discursos y prácticas emancipatorias, entonces opera el sistema penal. Si no por las buenas, por las malas. No es casual que uno de los primeros instrumentos jurídicos que han aparecido para controlar a las mujeres es un libro fundamental para la ciencia penal, que se llama el *Malleus Meleficarum*, en el siglo XV, también conocido como *El martillo de las brujas*. El poder punitivo alimenta toda discriminación y es una herramienta indispensable para mantener el statu quo.

El utilizar el derecho penal como parte de una lucha emancipatoria produce otros efectos contraproducentes. En primer lugar, reduce la lucha de un movimiento a una lucha procesal, cuyos protagonistas normalmente son agentes que forman parte de la cultura patriarcal (policía, fiscales, jueces, guías penitenciarios). En segundo lugar, neutraliza el discurso antidiscriminatorio al encasillarlo en tecnicismos y ritualismos procesales. En tercer lugar, fragmenta la lucha al usurpar el dolor y el conflicto a la víctima. En cuarto lugar, el poder punitivo se burla de los discursos antidiscriminatorios al repartir vulnerabilidades y definir estereotipos. Al ser un poder discriminatorio por excelencia y esencia, siempre estará al servicio del más fuerte (poder económico o político) y por lo tanto, a la postre, no provoca ningún cambio en la sociedad.

Por esas razones y muchas más, Zaffaroni sugiere que no hay que apropiarse del discurso penal sino que, al contrario, hay que neutralizarlo y luchar por la transformación del poder punitivo que, a la postre, también es la lucha por la transformación de la sociedad.<sup>57</sup>

Al final, como resultado, el estado fortalece el uso del poder más violento que es el penal. Cada vez que se crea un tipo penal, se abre una puerta más para que la policía y la fiscalía puedan intervenir en la vida social de un país. Cada vez que se aumenta una pena, detrás puede haber un ser humano que pase un dolor no previsto por el Código Penal. Atrás de cada demanda de encierro, alrededor de quien sacia la sed de justicia, giran mujeres, niños y personas que también son afectadas.

---

56 Abraham Magendzo, "Dilemas y tensiones en torno a la educación en derechos humanos en democracia", en *Estudios básicos de derechos humanos*, t. VI, San José, IIDH, 1996, p. 505-517.

57 E. R. Zaffaroni, "El discurso feminista...", p. 36.



Ahora bien, el efecto simbólico de la penalización también es un discurso tramposo además de utilitario. El mismo recurso retórico se puede usar para legitimar tipos penales como el aborto, por parte de sectores conservadores, mantener latente la amenaza del encierro. Igual sucede con la penalización de las drogas y el temor que se quiere infundir a los consumidores y comerciantes de drogas ilegales. La verdad es que, después de tanta historia del derecho penal, se puede demostrar que el uso de la violencia jamás ha controlado y eliminado la libertad de los seres humanos como tampoco sus luchas por mundos distintos.<sup>58</sup> Ya viene siendo hora de que pensemos en algo mejor que el derecho penal para buscar sociedades más justas.

¿Realmente existe una tutela jurídica de bienes jurídicos mediante el derecho penal? En las clases tradicionales de Derecho Penal se enseña que el *Derecho Penal* tutela bienes jurídicos que han sido reconocidos y violentados por el cometimiento de un delito. El derecho penal, en la práctica, no tutela derechos por dos razones. En primer lugar reprime y no repara. En segundo lugar se preocupa del victimario y no de la víctima. Esta afirmación se confirma si analizamos el rol de las víctimas en los diseños procesales penales de la región. Las víctimas no tienen titularidad para ejercer la acción, que corresponde a un órgano estatal de acusación (fiscales o ministerio público), aparecen como objeto de prueba y tienen que intervenir por intermedio de un abogado privado para tener pretensión procesal. Por ello, no con poca ironía, se ha dicho que el estado ha usurpado el conflicto a las víctimas.

Zaffaroni sostiene que la teoría del bien jurídico tutelado distorsiona el uso que se puede dar al derecho penal, porque “si la ley penal tutela bienes jurídicos, donde haya un bien jurídico importante o en peligro, debe haber una ley para tutelarlos y —como vivimos— en una sociedad de riesgo en la que todos los bienes jurídicos están en peligro, debe haber leyes penales infinitas”.<sup>59</sup> Por eso hay que hablar de bien jurídico lesionado o, mejor aún,

---

58 La mejor historia del poder penal que he podido leer, en la que se demuestra sus fracasos y arbitrariedades, se la encuentra en Gabriel Ignacio Anitua, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Edit. del Puerto, 2006.

59 Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 111.

de acuerdo con los estándares constitucionales, de bien jurídico ponderado.<sup>60</sup>

La verdad es que el derecho penal no puede tutelar derecho alguno al ser un mecanismo represivo y sancionador, salvo que se crea en la ilusión de que una persona encerrada satisface la necesidad de una víctima, que en este caso estaríamos hablando del sistema penal como un instrumento de venganza privada. En términos de eficacia, el derecho penal ha demostrado no tutelar y, aun considerando su potencial simbólico, comienza a ser percibido como incapaz de tutelar.<sup>61</sup> Al final, “delincuentes y víctimas, todos víctimas”.<sup>62</sup>

¿Resuelve el conflicto social un mecanismo que genera otros conflictos? ¿Resuelve una violación de derechos un sistema que no repara dicha violación sino, más bien, que aborda el problema violando otros derechos? El derecho penal y todos los actores que lo construyen, lo legitiman o lo critican, debemos mirar la realidad, dejar de ser ingenuos y construir un derecho crítico y a la altura de los derechos reconocidos en nuestros estados. Y de esto se trata el resto del libro.

---

**60** Luis Prieto Sanchís, “La limitación en el campo penal”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2004, p. 261-298.

**61** M. Pavarini, “Seguridad frente...”, p. 215.

**62** Lola Aniyar de Castro, “Derechos humanos: delincuentes y víctimas, todos víctimas”, en E. Rosales y L. Aniyar de Castro, comp., *Cuestión criminal y...*, p. 19.



## **La doctrina: la teoría garantista sobre la justicia penal**

Los problemas que enfrenta el derecho, tanto el constitucional como el penal, en su labor de contención de la violencia, son inmensos. Por un lado, el dolor y las muertes que se producen por los delitos comunes y los delitos cometidos por agentes de estado. Por otro lado, la percepción engañosa de la inseguridad, que sobre dimensiona los robos y los delitos de poca monta, y que invisibiliza los delitos graves y en masa. Finalmente, la expansión desmesurada del poder punitivo que pugna con los derechos fundamentales y las garantías. La teoría que enfrenta a estos problemas y que trata de limitar toda violencia y en particular la estatal, que es la que mayor daño ocasiona, se sintetiza en “el garantismo penal”. En este capítulo iniciamos enunciando la teoría general del derecho y su relación con los derechos humanos, y terminaremos detallando los componentes del garantismo penal.

### **Los derechos humanos como principios rectores del estado y como renovadores de la teoría del derecho penal**

Los derechos humanos, al contrario de lo que se piensa por sentido común, no se restringen a los derechos de los delincuentes ni son competencia exclusiva de las organizaciones de derechos humanos. Los derechos humanos constituyen la base del sistema político y jurídico contemporáneo. Norberto Bobbio, cuando se pregunta si existe algún progreso ético en la humanidad, ante tanto desastre, dolor y muerte, que podrían hacer pensar lo contrario, se responde que la gran conquista del ser humano son los derechos humanos.<sup>63</sup> Los derechos humanos invierten

---

**63** Marx y Engels criticaron la función del derecho en la sociedad (*La Sagrada Familia*), como un instrumento más de las clases dominantes, de ahí la necesidad de hundir al Estado





la perspectiva entre la relación del estado con el ser humano.<sup>64</sup> Históricamente, el ser humano —vasallo, objeto de protección, súbdito— ha permanecido al servicio del estado. Desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH, 1948) y su incorporación en las Constituciones Políticas, en cambio, el estado está al servicio del ser humano. Si el estado pierde esta perspectiva, es decir utiliza al ser humano, existen garantías constitucionales para reconducir al estado para que cumpla su finalidad y se ubique. Las garantías, normalmente, son efectivizadas por los jueces con competencia constitucional, que pueden inaplicar normas que atentan contra los derechos humanos.<sup>65</sup>

Las constituciones contemporáneas están conformadas por dos partes. Una orgánica, que establece la estructura del estado sus principios y los derechos y la organización del poder; y otra, que es la que nos interesa en este ensayo; la dogmática, que establece la finalidad que tiene el estado.<sup>66</sup> Tradicionalmente, el Derecho Constitucional y las constituciones consideraban y priorizaban exclusivamente la parte orgánica. Recordemos nuestras clases sobre Derecho Constitucional. Históricamente, se hacía un recuento de las numerosas constituciones que hemos tenido. Luego, describíamos, siguiendo la letra de las normas, cada uno de los poderes. Entonces conocíamos aspectos básicos de los procesos electorarios, las formas de hacer las leyes, las relaciones ejecutivo-legislativo y los órganos de control. Nada nos dijeron sobre los derechos humanos y sobre los principios. Quizá nos mencionaron como un dato histórico y se los veía como algo lejano, que sucedió en 1789 en la Revolución francesa. Mientras esto aprendíamos, la teoría del derecho y del estado, por la influencia de los derechos humanos, estaba dando pasos acelerados. La tradición positivista-formal cedía el paso a lo que ahora se conoce como

---

con todas sus expresiones ideológicas, entre ellas el derecho. Hoy no se trata de abolir al Estado, sino de limitar su poder en términos de derechos. Así, Lefort sostiene que, desde el momento en que se reclaman derechos se hace también política. El derecho aparece entonces como constitutivo de la política; pero además, como una forma de relegar el discurso del marxismo “clásico”, debido a que en la Ley se instituye también un nuevo espacio de litigio. Claude Lefort, *La incertidumbre democrática. Ensayos sobre lo político*, Barcelona, Anthropos, 2004, p. 184-186.

64 Norberto Bobbio, “La era de los derechos”, en *El tercero ausente*, Madrid, Cátedra, 1997, p. 154-173.

65 En general, sobre las obligaciones de los jueces que tienen competencia penal, véase Ramiro Ávila Santamaría, “¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal?”, en *Foro: revista de derecho*, No. 8, Quito, UASB-E / Corporación Editora Nacional (CEN), 2008.

66 Esta división tiene sentido en términos pedagógicos puesto que en la práctica tanto la una como la otra están imbricadas lingüística y funcionalmente.

constitucionalismo o como garantismo. La teoría del derecho se ha replanteado desde tres perspectivas: ideológica, metodológica y teórica.<sup>67</sup>

Ideológica. El positivismo eliminó la discusión sobre la justicia y los principios. En las partes dogmáticas de las constituciones encontramos los principios que no son otros que los derechos humanos. En otras palabras, podríamos afirmar que encontramos dos elementos en el sistema jurídico y en el estado. Un elemento formal, que establece las competencias de las autoridades y los procedimientos, y otro elemento material, que establece el objetivo del sistema jurídico y político. “La legalidad constitucional se halla legitimada formalmente por el principio de imparcialidad y materialmente por contener un contenido básico perfectamente delimitado, que son los derechos fundamentales”.<sup>68</sup>

Metodológica. El positivismo pretende ser una ciencia neutra, alejada de las ciencias sociales y de la política, ajeno a la moral y a la filosofía. El derecho es un dato que es el objeto de la ciencia jurídica. El derecho se debe limitar a describir las normas válidas. Al ser una ciencia avalorativa, las normas jurídicas podrían ser injustas y, a pesar de ello, deberían ser observadas. Para el constitucionalismo, en cambio, los jueces y los legisladores tienen valoraciones morales al momento de aplicar el derecho. Lo que en el positivismo constituiría la adhesión ingenua a principios morales cuando se aplica una norma, en el constitucionalismo los operadores de justicia deberán transparentar y argumentar sus opciones normativas.

Teórica. El derecho puede analizarse desde tres perspectivas: la estructura de la norma, la teoría de las fuentes, y la teoría de la interpretación.

Para el positivismo las normas tienen una estructura conformada por un supuesto de hecho, un deber ser que es realizado a través de la imputación y una consecuencia jurídica, que normalmente es una obligación o sanción; en cambio, para el constitucionalismo, a este tipo de normas que se las denomina reglas, se añaden los principios que no tienen condición, ni medida, ni consecuencia u obligación. A estas normas, Kelsen las llamaba imperfectas y no las consideraba merecedoras de

---

67 En adelante, sigo el esquema de análisis propuesto por Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, México DF, Fontamara, 1999, 2a. ed.

68 *Ibid.*, p. 26.



análisis jurídico;<sup>69</sup> para el constitucionalismo estas normas son aplicables y tienen un haz de interpretación que se aplica a cualquier tipo de caso.

Para el positivismo, la única fuente de la que emanan derechos y obligaciones son las leyes, todas las demás fuentes son secundarias y tienen un mero valor interpretativo. De alguna manera, el positivismo implanta un monismo; la ley es soberana. En cambio, para el constitucionalismo, existe un pluralismo jurídico; las fuentes son múltiples y no necesariamente tienen jerarquía. Baste enunciar la teoría del bloque de constitucionalidad, en virtud del cual la norma que se aplica es aquella que más favorece a la protección efectiva de las personas;<sup>70</sup> piénsese, por ejemplo, en el derecho indígena, en el derecho internacional de los derechos humanos, en la costumbre.<sup>71</sup>

El único método de interpretación en el positivismo es el de la subsunción; en la teoría pura del derecho solo caben antinomias que se resuelven por la jerarquía de la norma, la especialidad o la cronología; cuando existía oscuridad, se utilizaba el método gramatical y no existía la posibilidad de las anomias. En cambio, para el constitucionalismo, el método es el de la ponderación, a través del cual pueden existir conflictos de normas que tienen igual jerarquía, igual cronología, igual especialidad, por ejemplo la pugna entre igualdad y libertad, la expresión y la honra; además, cuando no hay adecuación del derecho interno con el derecho internacional o un principio constitucional existe una anomia.

Los derechos humanos cruzan las tres perspectivas de la teoría del derecho. La materialización del derecho, es decir el contenido como parte importante de una regla, tiene sentido si está de acuerdo con los valores consensuados universalmente y expresados en forma de derechos humanos. La justicia no es otra que el resultado de la realización de los derechos. Metodológicamente, los derechos humanos demandan personas y operadores del estado, comprometidos con la promoción y garantías de los derechos; ante una violación de derechos humanos, no se puede ser neutro,

---

69 Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2003, 4a. ed., p. 59-60.

70 Sobre la historia, dimensiones y riesgos de la teoría del bloque de constitucionalidad, véase Rodrigo Uprimny Yepes, "El bloque constitucional en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal", en Daniel O'Donnell y otros, *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, vol. I, Bogotá, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2003.

71 Una excelente demostración del pluralismo normativo y su incidencia en las normas penales véase Corte Constitucional de Colombia (CCC), "Sentencia T. 349/96, Ponente Carlos Gaviria Díaz, 8 de agosto de 1996", en D. O'Donnell y otros, *op. cit.*, p. 605-629.

porque la neutralidad podría significar complicidad. Teóricamente, cuando se habla del derecho por principios, los derechos humanos son normas que determinan el contenido material de las reglas o del derecho ordinario.

Nada hace pensar, entonces, que el derecho penal no pueda ser leído en clave constitucional y, más concreto aún, en perspectiva de los derechos humanos y los principios constitucionales.

En el positivismo jurídico, que se asienta en el principio de legalidad y en la validez de la norma,<sup>72</sup> la configuración de las normas penales solo tiene que pasar el *test de pedigrí*. Si la norma era el producto del órgano legislativo y estaba conforme al procedimiento, en tanto la autoridad y el trámite estén contemplados en la norma, se presumía su validez y tenía que ser cumplida. Por la presunción de validez de las leyes, solo la derogación de la norma por parte del órgano competente permita su inobservancia. A esta forma de entender la legalidad, Ferrajoli la denomina “mera legalidad”.

El concepto de validez es el sustento de otro principio que algunos consideran un pilar de los sistemas jurídicos y políticos, y hasta de los derechos humanos: la seguridad jurídica.<sup>73</sup> Este concepto ha sido cuestionado por el constitucionalismo y relativizado. La seguridad de unos puede ser la inseguridad de otros, por ello el derecho es dúctil y la validez formal no garantiza plenamente la justicia.<sup>74</sup>

La validez jurídica se complementa con la vigencia de la norma. Una norma será válida siempre que esté conforme con los principios constitucionales, aunque esté formalmente vigente. La vigencia del positivismo es la validez del constitucionalismo. Las normas jurídicas tienen dimensiones formales y sustanciales. La forma es una garantía para que la sustancia se produzca, pero si la forma no produce la sustancia o la forma viola la sustancia, la forma pierde la cualidad de validez.<sup>75</sup> A esta forma de entender la norma, Ferrajoli la denomina “estricta legalidad”.

---

72 Véase H. Kelsen, *op. cit.*, p. 31.

73 Gregorio Peces-Barba, “La seguridad jurídica”, en *Curso de Derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1999, p. 245-258.

74 Gustavo Zabrebelsky, “Los jueces y los derechos fundamentales”, en *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2004.

75 Sobre este tema, el mejor y más preciso tratado que conozco se puede encontrar en Alberto Binder, *El incumplimiento de las formas procesales: Elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, p. 84 y s.



Este análisis es particularmente difícil cuando se trata de normas penales.

El principio de legalidad, en el Derecho Penal, ha sido uno de los más relevantes para prevenir, combatir y limitar la arbitrariedad de quienes administran el uso de la fuerza en el estado.<sup>76</sup>

¿El principio de legalidad penal atraviesa una crisis en el constitucionalismo? La respuesta depende de la circunstancias. Imperdonable lo dicho desde el positivismo jurídico y desde el derecho penal liberal. Nos atreveríamos a decir que no, salvo que excepcional y argumentadamente se demuestre lo contrario. Lo cierto es que el derecho penal, a la luz del derecho constitucional, podría ceder.

Para explicitar esta ambigua afirmación, en el siguiente capítulo analizaremos brevemente dos situaciones, una a nivel nacional y otra internacional, en las que se puede apreciar cómo el juzgador inaplica principios del derecho penal relacionados con el principio de legalidad.

Los derechos humanos, que están en la parte dogmática de la Constitución, imponen dos obligaciones al legislador en materia penal: limitar y configurar el poder punitivo del estado.

## Limitar poder punitivo

Los derechos humanos se han configurado históricamente como un limitante del poder. En principio, de los derechos humanos emanan obligaciones de abstención por parte de los poderes públicos. Allí donde las personas ejercen los derechos, persona alguna puede entrometerse para obstaculizar, restringir o excluir dicho ejercicio. Todo derecho humano, en esta dimensión, está protegido por una inmunidad. Nadie debe atravesarlo. Sin embargo, la inmunidad puede perderse.

La inmunidad se pierde cuando en el ejercicio de un derecho se vulnera otro. Algo más o menos parecido a lo que sucede con la inmunidad que tienen los civiles en un conflicto armado. Las personas que no son miembros de las partes en conflicto no pueden ser tocados y si lo son, este

---

76 Recordemos la máxima de Feuerbach: *Nullum crime, nulla poena sine lege*.

hecho constituiría un crimen de guerra. Sin embargo, el momento en que una persona civil toma las armas, inmediatamente pierde la inmunidad, toma el estatus de combatiente y, en hostilidades, podría ser muerto sin que esto sea considerado un crimen.

Pensemos en alguna infracción a un derecho que, además, tiene actualmente carácter penal. Una persona X toma un bien de otra Y. X está ejerciendo su libertad de movimiento y su autonomía personal. Libremente ha decidido tomar aquel bien; Y argumenta que ese bien es suyo y que, en ejercicio del derecho de propiedad, puede usar, gozar y disponer del bien, pero que la intervención de X ha impedido ejercer su derecho a la propiedad. En este caso, el estado podría intervenir en la libertad de X para reivindicar el derecho de Y. El estado, en este caso, estaría legitimado para intervenir y limitar justificadamente la libertad de X. La proporcionalidad de la intervención nos lleva a otra discusión que la trataremos más adelante. Existen varias formas de intervención. Una de ellas, la más fuerte y por tanto excepcional, es la penal.

El poder penal del estado es y ha sido una de las maneras más cotidianas de intervenir en la vida y en los derechos de las personas. De hecho, cuando se manifiesta, desde regímenes autoritarios, el poder crea derecho.<sup>77</sup> El poder y la fuerza del derecho se materializan a través del sistema penal. Históricamente, el poder penal ha sostenido más de un poder político despótico (y democrático también) y ha perseguido a más de una persona por ejercer sus derechos. Basta leer la introducción de la obra *De los delitos y las penas* de Beccaria,<sup>78</sup> en la que se describen las formas crueles de juzgar y sancionar y, desde una perspectiva más crítica aún, leer a Michel Foucault, en su *Vigilar y castigar*,<sup>79</sup> la forma como el ejercicio del poder penal ha sido y sigue siendo una forma de control social. La humanidad no puede olvidar ese ejercicio sangriento del poder juzgador de

---

77 Ya en 1928 Carl Schmitt habla exactamente de esto, cuando hacía referencia a dos tipos de dictaduras: la dictadura “comisarial”, que pretende defender el status quo; y, la dictadura “soberana”, que se propone instaurar un nuevo régimen, es decir, un nuevo poder. Véase Carl Schmitt, *La dictadura*, Madrid, Alianza, 1985. Asimismo, Walter Benjamin denunciaba a los poderes que producían efectos violentos, tanto hacia una violencia conservadora –dictadura comisarial–, como hacia a una violencia fundadora de derecho –dictadura soberana–. Véase Walter Benjamin, *Para una crítica de la violencia y otros ensayos. Iluminaciones IV*, Madrid, Taurus, 1991, p. 40.

78 Cesare Beccaria, *De los delitos y las penas*, Madrid, Alianza, 2005, 3a. ed.

79 Michel Foucault, *Vigilar y castigar*, México DF, Siglo XXI, 1992.



la iglesia a través de la Santa Inquisición<sup>80</sup> y los regímenes autoritarios en América Latina con el pretexto de la seguridad nacional en los años 70 y 80.

Cuando los liberales restringieron el poder punitivo del estado y reivindicaron el principio de legalidad, lo que se quería era que tanto los delitos como las penas no fueran arbitrarias y que dejaran de depender de la voluntad de una persona. El principio de legalidad fue, sin duda alguna, una primera limitación al poder punitivo del estado. Los juicios, los jueces y las sanciones debían estar determinadas con anterioridad a los hechos. En el contexto liberal, cuando los burgueses determinaban las leyes exclusivamente, gracias al principio de ciudadanía (solo son ciudadanos las personas adultas, propietarios, hombres y miembros de la religión mayoritaria), el bien fundamental que se protegió y promovió fue la propiedad. La propiedad de los burgueses era tan importante que primaba sobre la libertad.

Las teorías liberales y el mismo estado liberal, que era su reflejo, han ido modificándose. Los derechos de los burgueses se fueron expandiendo hacia otras personas. La famosa lucha de clases, basada en la teoría marxista de la economía política, incorporó en el concepto de ciudadanía a los obreros. Posteriormente, a partir de los 60, con los movimientos de cambio (revolución cultural en Francia, movimiento feminista, movimiento de los derechos civiles, movimiento de los derechos de los niños y, entre otros, los movimientos indígenas), existe una eclosión de identidades y de reclamaciones por la inclusión en el concepto de ciudadanía.<sup>81</sup> Los derechos humanos son considerados ahora como universales, independientes e interrelacionados (Viena, 1993).

Los derechos se han multiplicado en número y se han engrosado en contenido. El impacto de los derechos humanos en el derecho y en el estado es enorme. Por un lado, la teoría del derecho se ha visto afectada por lo que se denomina ahora neoconstitucionalismo;<sup>82</sup> y el estado ahora se legitima solo si cumple con los objetivos que constan en los principios

---

**80** Sobre el derecho penal en la Inquisición, véase, de Zaffaroni, su crítica al *Malleus Maleficarum* o "El martillo de las brujas", en E. R. Zaffaroni, "El discurso feminista...", p. 21-24.

**81** Sobre la revolución cultural, en donde la reivindicación por identidades es muy importante, véase Alain Touraine, *Un nuevo paradigma*, Barcelona, Paidós, 2006.

**82** Sobre la teoría del derecho en el neoconstitucionalismo, véase Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003; y, del mismo editor, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.

determinados en la parte dogmática, que no son otros —insistimos reiteradamente— que los derechos humanos.

A mayor cantidad y mejor contenido de derechos humanos, mayores restricciones al poder penal punitivo. Por esta razón, ahora se habla, con sobradas razones, del derecho penal mínimo. El máximo desarrollo de los derechos humanos obliga al Estado a minimizar los ataques a los derechos humanos.<sup>83</sup> De lo contrario, se podría sospechar que el poder penal atendería, por el principio de inmunidad, contra los derechos humanos.

## Configurar el poder punitivo del estado

El poder punitivo es una de las formas de intervención en el ejercicio de los derechos humanos, que se justifica solo cuando es estrictamente necesario y cuando atenta contra bienes jurídicos que están constitucionalmente protegidos.

Los tipos penales no pueden proteger bienes jurídicos que no tengan sustento en principios y derechos humanos reconocidos constitucionalmente. Ahora bien, esta afirmación no implica que todo derecho humano reconocido en la Constitución deba tener un tipo penal, pero sí que todo tipo penal tenga sustento constitucional. Por ejemplo, si un operador de justicia viola el debido proceso por no notificar oportunamente una providencia judicial, la sanción que podría tener consistiría en un llamado de atención; si este operador de justicia acepta un pago de parte de uno de los litigantes para no citar oportunamente, podría estar cometiendo un delito sancionado con privación de la libertad.

El derecho penal, como cualquier otro sistema de normas, desde la perspectiva garantista de Ferrajoli, es una de las garantías para proteger los derechos de las personas del poder del estado. Esta garantía hay que tomarla con pinzas porque al usarla necesariamente restringimos derechos de las personas.

---

83 Alessandro Baratta, “Derechos humanos, principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite a la ley penal)”, en *Criminología y sistema penal*, Buenos Aires, B de F, 2006, p. 299-333.





La Constitución obliga al legislador a adecuarse a un programa penal que consta en su parte dogmática. El legislador, cuando define tipos penales, está ante una paradoja. Por un lado, debe promover los derechos humanos y evitar su restricción; por otro lado, debe restringir los derechos de las personas que cometen delitos. En este dilema, el legislador debe, para no dejar a las víctimas de violaciones a sus derechos en la impunidad y para garantizar que van a tener un trato justo, tanto en el procedimiento como en la sanción que restringirá sus derechos, basar su actividad en algunos principios básicos,<sup>84</sup> que enunciamos en el acápite 5 de este capítulo.

Todos los principios constituyen el lente constitucional a través del cual debemos mirar el Código Penal y el sistema penal. La hipótesis a comprobar en cada uno de los tipos penales actualmente vigentes es que muchos son inconstitucionales y que así deben ser declarados por los jueces y reformados por el legislador.

## ¿Qué no es el garantismo penal?

El garantismo tiene sustento jurídico en las constituciones conocidas como fuertemente materializadas por la incorporación de múltiples derechos de las personas y colectividades. En este sentido, el maestro Ferrajoli sostiene de manera categórica que el único modelo de derecho penal que el Estado Constitucional demanda se llama “garantismo penal”, entendiéndolo como “un modelo de derecho fundado sobre la rígida subordinación a la Constitución y la ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuestos a estos para garantía de los derechos consagrados en las constituciones”.<sup>85</sup> El garantismo penal permite elaborar un discurso coherente y actual, brindar una justificación a la existencia del derecho penal, al regular y minimizar la violencia punitiva; establecer el parámetro de legitimación del estado en el uso de su poder sancionador; al adecuarse a un modelo de democracia sustancial propia de un estado constitucional de derechos y justicia.

---

84 En esta exposición sigo la estructura de Juan M. Terradillos Basoco, “La Constitución penal. Los derechos de libertad”, en *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Trotta, 2003, p. 355-381.

85 Luigi Ferrajoli, *Derecho penal mínimo y otros ensayos*, México DF, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes, 2008, p. 27.

Mucho se ha escrito a favor y en contra del garantismo. Vamos a describir los principales postulados del garantismo, recurriendo al pensamiento y a la obra de Ferrajoli y Zaffaroni. El primero escribe desde una lógica teórica arraigada desde la tradición liberal y el segundo pone los pies sobre la tierra y construye su teoría desde una visión latinoamericana propia. Lo que viene podría ser considerado como una introducción a su pensamiento y también como una síntesis de sus propuestas.

¿Qué es y qué no es el garantismo penal? Conviene aclarar este concepto porque está muy tergiversado y mal comprendido. En unos casos la tergiversación y la no comprensión del concepto conviene para ampliar el poder controlador del Estado. En otros casos es simple desinformación, propia de una cultura autoritaria y patriarcal como la nuestra. Comencemos con la pregunta formulada en términos negativos.

¿Qué no es el garantismo penal? Hay un miembro del parlamento, que siempre viene a mi cabeza cuando pienso en la deslegitimación del garantismo, que se estremecía ante las cámaras de televisión afirmando que no hay que defender criminales y que se pudran en la cárcel. También es frecuente leer en los medios de comunicación entrevistas realizadas a las víctimas de delitos, que suelen afirmar que solo los delincuentes tienen derechos y las víctimas no. Y quizá con más frecuencia, se escucha a la policía que reniega porque ellos detienen a los delincuentes y los jueces les sacan. Peor aún, cuando un policía fue sentenciado por detención arbitraria y torturas, manifestó que el mundo está loco y que ahora los delincuentes tienen derecho y los policías van a la cárcel. También he escuchado a presidentes de la república que sostienen que los ciudadanos honestos son más y que hay que ser duros con los delincuentes. En todas estas situaciones, para los políticos, policías, víctimas y hasta ciudadanos comunes y corrientes, se considera que el garantismo 1. defiende a delincuentes y 2. es un obstáculo para la justicia penal.

### **El garantismo no defiende a delincuentes, defiende a todas las personas sin distinción, sean o no sospechosas o acusadas de un delito**

Para llegar a la idea de garantismo penal, el mundo occidental tuvo que experimentar mucho dolor e injusticias. Al principio fueron personas que no creían en determinada religión (herejes), luego fueron mujeres que no se sometían a los cánones masculinos y ejercían, por ejemplo, la medicina cuando era prohibido (brujas), los que no tenían los ideales de los



comerciantes y propietarios (vagos y mendigos), los que luchaban por cambios radicales (socialistas, anarquistas, guerrilleros)... al final, en general, los que eran considerados enemigos de quienes detentaban poder.<sup>86</sup>

Estos enemigos debían ser eliminados de alguna manera; en ocasiones los mataban, otras simplemente los separaban en cárceles y otras tantas los castraban o exiliaban fuera de sus países. Pensemos en algunos ejemplos históricos del pasado y de nuestra realidad para ver cómo funcionaba y funciona el sistema penal. Un ejemplo del pasado, el caso de Galileo y de El Greco. En el primer caso, Galileo fue condenado penalmente (1633) por sostener, contra todo saber y poder, que la tierra se mueve alrededor del sol. La amenaza para la Iglesia era real: la Iglesia había mentido en relación a la centralidad del ser humano y la tierra en el universo, y el saber se desplazaría de la religión a la ciencia. Tenían, pues, que callarle y lo hicieron. ¿Era inocente Galileo? Era inocente pero enemigo, luego no importaba su condición. En el caso de El Greco, que se atrevió a pintar cuadros con motivos religiosos un poquito más alargaditos de lo común, se consideró que estaba alterando la fisonomía de los santos y luego alteraba la fe. ¿Era inocente El Greco? Era inocente pero considerado enemigo, luego tenía que ser juzgado penalmente. Lo mismo ha pasado en cualquiera de nuestros países. La lista de poetas, intelectuales, catequistas, sindicalistas, profesores, activistas, hombres y mujeres, que fueron considerados enemigos por el estado es interminable. Menciono un caso, sucedido en 1989 en El Salvador, que se conoce como “los mártires de la UCA”. Seis sacerdotes jesuitas, que enseñaban teología de la liberación en la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (de ahí lo de UCA), fueron considerados por sus ideas peligrosos y los asesinaron en un solo día.

Puede un ciudadano común y corriente sentirse a salvo porque el sistema penal opera contra determinados “enemigos”. Este es el punto “que mi corazón topa”. Esta es la cuestión. Cuando el sistema penal opera arbitrariamente, arrasa contra el que es y el que no es definido como peligroso o enemigo, inevitablemente. Pongamos dos ejemplos actuales, el caso de los Hermanos Restrepo y el caso Fybeca. En el primer caso, en enero de 1988 los Hermanos Restrepo, hijos de un honorable empresario

---

**86** Sobre el proceso histórico y político de configuración de enemigos y uso del poder punitivo, no hay mejor libro en versión popular que el escrito por el maestro Eugenio Raúl Zaffaroni, *La cuestión criminal*, Buenos Aires, Planeta, 2011.

colombiano fueron detenidos, torturados y ejecutados,<sup>87</sup> no tenían el perfil de “enemigos”, pero seguramente por ser jóvenes y colombianos, entraron en el estereotipo y fueron eliminados. De igual manera, en la lucha contra la delincuencia, el error también puede producirse cuando el estado se enfrenta contra los delincuentes en un operativo policial y elimina a todos. El ejemplo por excelencia es el caso Fybeca.<sup>88</sup> En el año 2003, se produce un supuesto asalto a la farmacia Fybeca y la policía irrumpe violentamente y mata tanto a las personas que supuestamente robaban como a clientes y empleados de la farmacia; para justificar el resultado, la policía pretendió hacer creer a la ciudadanía que todos los muertos eran peligrosos criminales. En el hecho estaba una persona que compraba pañales y un empleado de la farmacia que era mensajera. Dos ejemplos en los que el sistema penal operó contra personas que no eran consideradas enemigas.

La única forma de saber quiénes han cometido delitos graves y merecen sanción penal es a través de un juicio justo, que se le conoce también como “debido proceso”. Sin juicio justo, son detenidos, procesados, condenados, cualquier persona, el que escribe estas líneas, el que lee estas líneas o cualquier ser querido nuestro. No es, pues, una cuestión de quiénes, la policía, el estado o los medios de comunicación dicen que cometen delitos. Es una cuestión que nos compete a todas las personas.

Las garantías tienen como objetivo evitar que cualquier persona que no ha hecho nada malo sea enjuiciada injustamente y peor aún condenada. También tiene como objetivo velar porque las personas que han cometido delitos sean tratadas como seres humanos y no como personas que, por cometer delitos, han perdido los derechos y dejan de ser humanos. En suma, las garantías protegen a todos, sin excepción. No es un asunto solo de los “malos” de nuestra sociedad. Sin garantías, por algún capricho del poder, cualquier “bueno” puede convertirse en “malo” y sentir el dolor que provoca el poder penal.

## **El garantismo no es un obstáculo para la justicia penal, sino una condición para su validez**

Unos creen, como ciertos políticos tanto de izquierda como de derecha, que gracias a las garantías los juicios son eternos, cargados de

---

87 Comisión de la Verdad, *Sin verdad no hay justicia: Informe de la Comisión de la Verdad. Ecuador 2010. Resumen ejecutivo*, Quito, Comisión de la Verdad, 2010, p. 268.

88 *Ibid.*, p. 115.



apelaciones, llenos de requisitos para que puedan acceder a la justicia, con miles de puertas para que salgan los delincuentes. Se confunde las garantías con la ineficiencia y la burocratización del sistema de justicia. Son dos cosas diferentes. Pero vamos por partes.

¿Realmente hay una contradicción entre garantías y eficiencia? Abordemos el tema desde otra perspectiva de la ya enunciada antes. Pongamos un ejemplo para entender el concepto. Hace algunos años la competencia en el mundo de la informática era tan fuerte que se vendían computadoras sin que hayan sido garantizadas. La eficiencia en la producción y en la venta en el mercado sacrificaba la calidad del producto. Al final, uno podía tener computadora pero a los dos meses estaba dañada. Para evitar esto, se tuvo que combinar la eficiencia con la garantía de calidad. Los productos tardan un poco más en salir al mercado, pero son de calidad. Guardando las distancias, algo similar sucede con los procedimientos penales. Un proceso penal que acaba condenando en poco tiempo es muy posible que, después de expedida la sentencia, se verifique que el condenado no sea el responsable o no cometió delito alguno. Para evitar sentencias improvisadas o injustas, que después tengan que ser revisadas, se requiere dotar de garantías al proceso. Con ciertas garantías, el acusado es escuchado, la fiscalía descubre al verdadero culpable, se dan cuenta que el hecho fue fortuito y no intencional. Las garantías ayudan a que la verdad se construya de forma justa y adecuada. Entonces, no hay contradicción verdadera entre la eficiencia y las garantías. Hay que ser eficiente con las garantías. El un extremo me lleva a la injusticia, el otro me lleva al juicio justo.

¿Puede haber realmente excesivas garantías? Cuando uno revisa el catálogo de derechos que están en nuestra Constitución y en los convenios y declaraciones que ha suscrito nuestro país, y lee uno por uno los derechos del debido proceso, podrá constatar en cada uno de los derechos, fatales violaciones actuales en nuestra realidad procesal. Por ejemplo, si el derecho dice que no hay que privar de la defensa en ningún momento del procedimiento, no está introduciendo por capricho a un personaje o burócrata dentro del procedimiento; lo que pasa es que en la realidad, cuando no hay defensor, es cuando se provocan las peores violaciones a los derechos de las personas y esto sucede, como relataremos posteriormente, en la detención, que es parte del procedimiento y no suele existir en los primeros momentos abogado o abogada. En el fondo, la discusión es entre excesivo poder o limitación del poder con las garantías. A menos garantías, más poder del estado y viceversa. Si uno lucha por los derechos de las personas más vulnerables,

sin duda tiene que estar del lado de la limitación del poder policial y punitivo del estado.

¿La culpa de la impunidad son las garantías? El sentido común nos dice que sí, pero en la realidad las garantías son normas y no actores. Quienes cumplen o incumplen los fines y las normas son seres humanos de carne y hueso. Las garantías por sí mismas no afectan el resultado de un proceso. Pongo otro ejemplo cotidiano. El fútbol está lleno de garantías para que el juego o partido sea justo. Entre otras garantías, están tres árbitros, hay una línea que no se puede pasar para jugar, que marca la cancha, no se puede insultar o golpear intencionalmente a otro jugador, no se puede meter un gol en posición adelantada porque se considera abusivo, no se puede meter gol con la mano. Si con estas garantías no se mete un gol no significa que las reglas sean malas sino que los jugadores no han tenido la habilidad para hacerlo. Algo parecido sucede con las garantías penales. Estas son reglas que ponen tiempos, condiciones, requisitos, tales como que hay que detener a una persona en delito flagrante o con boleta expedida por juez (que es como jugar sin camiseta y sin autorización), no se pueden presentar pruebas que han sido obtenidas mediante tortura (que es como meter gol amarrándole la mano al arquero), no se puede condenar sin escuchar la versión del acusado (que es como meter gol sin jugar con el otro equipo). Entonces, en el proceso penal los operadores de justicia y la policía tienen reglas que seguir. Si no cumplen las reglas es culpa de las personas, no de las reglas. Es fácil, cómoda e inaceptable excusa decir que hay muchas garantías o que la culpa es de otros. Estos suelen decir la policía cuando detiene arbitrariamente y las personas tienen que ser liberadas, los fiscales cuando sus acusaciones no son consideradas porque no tienen pruebas y las personas no son condenadas, los jueces cuando las cortes revisan sus fallos por no ser motivados. Es igual cuando un equipo de fútbol pierde y echa la culpa al árbitro, a la barra o al otro equipo. No se asumen las responsabilidades y lo más fácil es decir que las reglas son injustas y no que los jugadores o actores simplemente son pésimos operadores.

Así que el garantismo va contra corriente. El sentido común, los operadores de justicia incluidos la policía, los políticos nos quieren engañar y ocultar el verdadero problema. Las garantías son nuestros derechos, límites a la arbitrariedad y poder del estado y el verdadero problema es el mismo estado, que no funciona bien y no quiere respetar las garantías.

Pero ahora veamos con un poco más de detalle en qué consisten estas garantías. Es decir, respondamos a la pregunta “qué es el garantismo penal”.



## ¿Qué es el garantismo y para qué sirve?

Quizá nadie haya acuñado una expresión tan sencilla de expresar y de tan profunda comprensión como Ferrajoli, cuando definió a las garantías como “la ley del más débil”.<sup>89</sup> Esta breve frase nos pone ante dos conceptos “cuál ley” y “quién es el más débil”.

La ley a la que hace referencia Ferrajoli es aquella que Nino llamó un artificio inventado por el ser humano para evitar el dolor y combatir la injusticia<sup>90</sup> o que Bobbio consideró como el único progreso moral en la historia moderna de la humanidad: los derechos humanos.<sup>91</sup> Los derechos humanos los encontramos en múltiples instrumentos: la constitución, los convenios internacionales, las sentencias de los jueces que han protegido derechos, las resoluciones de los organismos internacionales que protegen derechos, los acuerdos que hacen los estados a favor de las personas, y hasta en las convicciones de todos y cada uno de los seres que habitamos este planeta (si es que creemos que los derechos son anteriores o superiores al estado). No es cualquier ley entonces. En primer lugar, la ley tiene por objeto la protección y realización de las personas y, en nuestro país, de la naturaleza. No son la “ley del más débil” aquellas que tratan de los bienes, de la propiedad, de los procedimientos, de las compras, de los movimientos financieros. Tampoco es “la ley del más débil” aquella que otorga potestades a favor del estado y que amplía su poder discrecional; de igual modo, tampoco es la ley que otorga facultades a los particulares para regular la conducta de los otros; en el primer caso estarían, por ejemplo, las leyes penales y en el segundo las facultades reglamentarias de una empresa.

“El más débil” es aquella persona que está en situación de vulnerabilidad. Los derechos humanos son mecanismos para proteger al que sufre la injusticia, el daño ilegítimo, la violación de sus atributos. Pongamos ejemplos. En una relación patriarcal, en la que solo el hombre tiene ventajas, es el fuerte, es el único que toma decisiones y ejerce su poder de forma violenta, la persona débil es la mujer, los hijos y demás personas que viven en esa casa, y estos tienen derechos frente al macho.

---

89 Para profundizar el concepto en el Derecho en general, recomiendo revisar su libro Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2003, 3a. ed.

90 Carlos Santiago Nino, “La relevancia de los derechos morales para la teoría y práctica jurídica”, en *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2005, 2a. ed., p. 20-25.

91 N. Bobbio, “La era de los derechos”, p. 154-173.

En una relación laboral, el empresario tiene dinero, es dueño de las máquinas, es que el recibe el producto de las ventas y el que da trabajo; en este caso la persona débil es la trabajadora; esta es la que tiene derechos frente al patrón. En una relación de ciudadanía, el funcionario público es el que puede atender, despachar, negar, postergar un trámite a un ciudadano; el ciudadano es el débil de la relación. Es decir, en una relación humana el “más débil” es aquella persona que está peor situada y normalmente no tiene más poder que el derecho establecido en la Constitución. El más fuerte no necesita de los derechos ni del Derecho para hacerse oír, satisfacer necesidades o tomar decisiones. Lo único que tienen los más débiles muchas veces es solo derechos; no tienen vivienda, salud, familia, alimentación adecuada, dignidad... solo derechos, que no es poca cosa en una democracia constitucional.

En el ámbito penal, que es el que nos interesa en este libro, Ferrajoli ha ubicado con claridad quién es el más débil y sus circunstancias:<sup>92</sup> 1. cuando se está cometiendo el delito, la persona más débil es la víctima; 2. cuando se está deteniendo, investigando o procesando, la persona más débil es el sospechoso, el procesado o el acusado; 3. cuando se ha condenado, la persona más débil es quien cumple sentencia. En estas tres relaciones el más fuerte ejerce poder y el más débil está sometido. En el delito, el criminal usa la fuerza y la violencia; en el proceso, la policía, el fiscal y los jueces pueden detener, privar preventivamente de la libertad y pueden acusar; en la condena, el estado tiene las cárceles o la vigilancia. Frente a ellos, los más débiles tienen derechos. La víctima tiene derecho a que no le priven arbitrariamente de la libertad, la integridad o la vida; el procesado tiene derecho al debido proceso; el condenado tiene derecho a que sus derechos no sean vulnerados más de lo inevitable por una condena. Los más fuertes no necesitan de derechos, simplemente ejercen poder.

En este punto conviene aclarar si las personas que no están en situación de vulnerabilidad, los que ejercen poder, tienen derechos. La respuesta es que sí tienen derechos y no podrían dejar de tenerlos. El punto a dilucidar es el ejercicio de esos derechos. Cuando el “macho” golpea a la mujer con la que vive, el patrón despide intempestivamente a su empleado, el burócrata niega una petición de información y el policía detiene a un individuo por andar en actitud sospechosa, no está ejerciendo

---

92 L. Ferrajoli, *Derecho y razón...*, p. 335.





derechos sino tomando decisiones de poder. Tampoco se le está violando derechos ni tampoco están siendo amenazados. En estas circunstancias, a quienes tienen poder y lo ejercen no se les está negando ni violentando derechos. En cambio, quienes están en situación de debilidad o vulnerabilidad, sí sufren las consecuencias de un acto que le provoca dolor o daño: golpe, despido, no información, detención. Teniendo los mismos derechos que quienes ejercen poder, a estos les están vulnerando sus derechos. Luego, a los “débiles” les corresponde ejercer los derechos. ¿Qué pasaría si el “macho”, el patrón, el burócrata, el policía, cuando salen de su casa, de su empresa, de su trabajo, se quitan el uniforme, y salen por la vida, se encuentran con otro macho, con otro burócrata y con otro policía que ejerce su poder? Estos, ahora, están en situación de vulnerabilidad y por tanto tienen que ejercer sus derechos.

Entonces, los derechos son para todas las personas y se ejercen cuando uno es el más débil. Todas las personas, en determinadas circunstancias, somos débiles y en otras ejercemos poder. Basta ver la cantidad de “máscaras” que tenemos en la vida y darnos cuenta de eso. En mis clases, como profesor, ejerzo poder; salgo y tengo que declarar impuestos y soy débil; camino por la calle y me permito piropear a una mujer e insultar a un mendigo y ejerzo poder; monto mi bicicleta y los autos no respetan mi vía, soy débil otra vez; llego a mi casa y mis hijas me obedecen aunque tomo decisiones equivocadas, hasta a veces grito y les doy miedo, entonces vuelve mi poder; voy a la tienda y me asaltan, soy débil; sale el plomero de mi baño y le pago cinco veces menos de lo que gano en una hora de clase, y vuelvo a ser poderoso... uno nunca sabe, pero a la vuelta de la esquina estoy débil y tengo derechos; y soy fuerte y alguien ejerce sus derechos contra mí. Esta es la lógica, todos tenemos derechos y todos ejercemos poder.

El último párrafo me permite aclarar el concepto de “ser” débil y “estar” débil o vulnerable. Los seres humanos no “somos” débiles. Si fuésemos débiles, como alguna vez se consideró por parte de las colonias europeas, entonces estaríamos biológicamente determinados a ser subordinados y al mundo no le quedaría otra que reconocer que hay seres humanos destinados a ejercer poder. Las personas peor ubicadas, que están en situación de vulnerabilidad o debilidad, están ahí porque hay alguien que les oprime, subordina, discrimina y les pone en ese lugar. Los derechos son

una herramienta para dejar las condiciones de vulnerabilidad. Los derechos permiten el cambio de situación.<sup>93</sup>

Ahora bien, nos toca responder la segunda parte de la pregunta de este título ¿para qué sirven las garantías? Hasta este momento hemos reconocido que hay personas en situación de debilidad o vulnerabilidad y otras que ejercen poder. También hemos dicho que quienes ejercen poder no están ejerciendo derechos, y que quienes están en situación de debilidad no les queda otra que ejercer los derechos. Cuando se ejercen derechos en contra de los más fuertes se deberían producir dos efectos, en los que nos permitimos insistir, que resumen la maravillosa teoría elaborada por Ferrajoli y constituyen un *leitmotiv* en sus escritos: limitar y vincular.

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

*Los derechos vinculan al poder.* Esto es, los derechos imponen obligaciones de hacer. Los estados y los particulares con poder deben actuar. Por ejemplo, deben capacitar profesores y construir escuelas, deben crear normas de procedimiento para sancionar, deben pagar cuando alguien ha cumplido su trabajo, lo deben detener si está cometiendo un delito. Se violan estas obligaciones de “prestación”, cuando quien ejerce el poder no hace algo que debería hacer. Entonces, se promueve el derecho brindando las condiciones para que las personas puedan ejercer sus derechos que, sin la intervención del estado o de quien ostenta el poder, no se podrían ejecutar.

---

93 Ramiro Ávila Santamaría, *Neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, UASB-E / Abya-Yala, 2011, p. 158.



## Los principios como garantías

El garantismo se aplica en todas las esferas de la vida, pública y privada, nacional e internacional, y en todo momento. Siempre que haya dolor o sufrimiento, hay un derecho que enmendar y una garantía que aplicar.<sup>94</sup> Pero en el ámbito penal tiene algunas características adicionales.

En lo penal, las personas y el derecho de los derechos humanos nos enfrentamos frente al poder más violento que ejerce el estado, que es la vigilancia, el control y la represión. El maestro Zaffaroni sostiene que sin garantías, el poder punitivo se desborda y se llega, como ha sucedido en varios momentos de la historia de la humanidad, al genocidio o al apartheid. A más límites y contención del poder punitivo, más respeto a las personas y mayor realización del estado constitucional de derechos y justicias.

La metáfora que utiliza Zaffaroni es la de los diques para explicar la lógica de las garantías.<sup>95</sup> En la metáfora hay tres elementos: el agua turbia, una isla y los diques. Si el agua turbia, que siempre tiende a arrasar con todo, se desborda, desaparece la isla. Si consideramos que la isla es importante y que merece ser preservada, tenemos que evitar que la cubra el agua. Para ello ponemos unos diques inteligentes. Los diques no pueden impedir el paso del agua, porque todos sabemos que tarde o temprano se romperían por la presión y se desbordaría el agua, con consecuencias fatales para nuestra isla. Por eso son diques inteligentes. Los diques dejan pasar el agua que es absolutamente necesaria para impedir la ruptura de los diques. Ni más agua, porque sería innecesario y afectaría a la isla, ni menos, porque se romperían.

Las garantías penales son los límites y los vínculos al poder punitivo, y tendrían el papel de los diques de nuestra metáfora; el agua turbia sería el poder punitivo; y la isla nuestro estado constitucional de derechos y justicia. El agua, el río, caudaloso y turbio, es la policía, el derecho penal subterráneo, las armas, los estados de excepción, las cárceles, los registros, los allanamientos de domicilio, el aumento de penas, el abuso de la prisión preventiva, la tortura, la ejecución extrajudicial, las sentencias sin motivación, la aplicación de tipos penales abiertos. La isla somos todas las

---

**94** Véase sobre la relación fines del derecho y dolor, Luigi Ferrajoli, "La crisis del paradigma constitucional", en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, edit., *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia (UEC), 2010, p. 145-155.

**95** E. R. Zaffaroni, A. Alagia y A. Slokar, *Manual de derecho penal...*, p. 65.

personas cuando estamos en situación de vulnerabilidad ante el sistema penal. Las garantías son los diques inteligentes que vamos a detallar en cuanto a sus principios constitutivos y a sus tres momentos: el delito, el juicio y la pena.

Si un estado tiene una constitución y en esta se reconocen derechos fundamentales, entonces el modelo de justicia penal no puede ser otro que el garantista. Si hay alguien a quien no le gusta la palabra, y es solo esto, pues no es grave y hay que usar otros términos. Si no le gusta el modelo, ahí hay que cambiar la Constitución y los instrumentos de derechos humanos, esto ya es más difícil. No es un capricho, no es una moda, no es un discurso. Se trata de un modelo de estado y de un modelo de democracia. No hay alternativas, tenemos que jugarnos por la construcción de un modelo garantista.<sup>96</sup>

Los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales son principios. Los principios son “mandatos de optimización”.<sup>97</sup> Es decir, el estado —y el obligado no estatal— cuando le corresponda según el derecho, tiene que hacer todo lo que está a su alcance para cumplir al máximo el derecho humano. Normalmente, para cumplir un principio, se pueden tomar múltiples y hasta inimaginables caminos, por eso Alexy caracterizaba también al derecho como un “haz de posibilidades”.

Por ejemplo, la Constitución establece que “en todo proceso en que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso”, luego establece otros principios que configuran con más detalle este derecho. Si consideramos que este principio es un mandato de optimización y que es un objetivo obligado a alcanzar, debemos mirar la forma de potenciarlo. Se dice en la norma que es en “cualquier orden”. Esto quiere decir que se aplica en procedimientos jurisdiccionales y administrativos estatales. ¿Puedo seguir optimizando el principio? Por supuesto, puedo considerar que se aplica en establecimientos privados, empresas y escuelas, en clubes y

---

96 Con palabras más elegantes y precisas, Ferrajoli sostiene que el estado constitucional de derecho configura la teoría general del garantismo. Véase L. Ferrajoli, *Derecho y razón...*, p. 23.

97 Los conceptos de Alexy, de primera mano, se encuentran desarrollados y ejemplificados en Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), 2008.



asociaciones, en organizaciones no gubernamentales y barriales. ¿Se puede optimizar más? Sí, también se puede aplicar en las relaciones sociales y familiares. En este último sentido, el principio podría guiar el sistema, que ahora es hartamente arbitrario, de sanciones a los niños y niñas. Previo, por ejemplo, a establecer una sanción, se debería discutir que normas merecen las sanciones, el derecho a ser escuchado y el tipo de sanciones que se imponen. El mandato de optimización también se refiere a los recursos que se invierten para hacer efectivo el derecho. Si se detecta que hay problemas en el ejercicio o que simplemente no se accede al derecho al debido proceso, entonces hay que dar los pasos para que se vaya realizando el derecho.

En cuanto al “haz de posibilidades” se refiere a los caminos que se pueden seguir y a las respuestas que se pueden dar. Para aplicar el debido proceso puede suceder que sea el mejor camino la oralidad en primera instancia y lo escrito en casación; puede ser que la policía divida en secciones y bajo la dependencia de la fiscalía sea más eficiente y tenga mejor control; puede ser que las penas bajas y alternativas ayuden a flexibilizar la rigurosidad procesal que demanda la búsqueda de verdad; puede ser que las penas reparatorias sean más justas que las represivas; puede ser que la formación en derechos humanos sea más efectiva que la formación en legislación civil cuando se capacita a operadores de justicia. El haz de posibilidades permite que el principio sea lo suficientemente flexible para adaptarse a cualquier realidad y también para que pueda ser configurado mediante un debate democrático o un riguroso proceso argumentativo.

El principio tiene varias funciones. Una de ellas es legitimar y dar validez sustancial a las reglas producidas legislativa y judicialmente. La otra función es inspirar el proceso legislativo y normativo en general. Otra es valorar el sistema jurídico formalmente vigente. Me detengo un rato en este último punto, que hace referencia con la relación entre principios y reglas.

Karl Binding, quien tituló a su libro *Las normas y su infracción*,<sup>98</sup> hace años ya distinguió la diferencia entre principios y reglas, claro, no con la claridad que tenemos ahora con la ayuda del “neoconstitucionalismo”.

---

98 Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2002, 2a. ed., p. 320.

Binding hablaba de normas y leyes. Cuando una persona comete una infracción lo que hace precisamente es cumplir con la ley, pero viola la norma. En aquel momento la norma era el bien jurídico que el legislador definía como “protegido”. Ahora podríamos decir con precisión que el bien jurídico solo podría ser un derecho humano constitucionalmente reconocido.<sup>99</sup> Si ponemos la tesis de Binding en lenguaje contemporáneo diríamos, entonces, que las normas penales están compuestas de dos elementos: la regla, que es la norma establecida en el Código Penal, y el principio, que es la norma que la legitima y que la encontramos en un derecho fundamental en la Constitución.

¿Cuáles son estos principios? Las clasificaciones pueden ser varias pero siempre llegan a los mismos enunciados en un estado constitucional de derechos y justicia. Ensayaremos, a lo largo del texto y en diferentes circunstancias, varias clasificaciones, que tienen sentido en tanto contribuyen a la comprensión y a la aplicación de los derechos. Los principios, de entrada lo decimos, no son taxativos. Los principios, o sea los derechos humanos, pueden aumentar, pueden precisarse y pueden expandirse. De hecho, la vigencia y perfeccionamiento de los principios son fruto del esfuerzo y de las luchas de las personas por limitar al estado y garantizar al máximo las capacidades de las personas y de los pueblos.

Por el momento, enunciamos la clasificación propuesta por el maestro Zaffaroni:<sup>100</sup>

Principios que derivan de la exigencia de legalidad, que son los siguientes: la legalidad formal, por el que los delitos deben estar taxativamente determinados en la ley; la estricta legalidad, por el que los tipos penales deben ser conformes con los derechos fundamentales; la irretroactividad, por la que las normas penales rigen a futuro; la máxima taxatividad legal e interpretativa, por la que el legislador debe hacer el máximo esfuerzo para determinar con precisión las conductas punibles; el respeto histórico al ámbito de lo prohibido, por el que el legislador debe tener en cuenta el contexto cultural y civilizatorio; por ejemplo, si el rapto en las comunidades indígenas es una forma de generar vínculos matrimoniales, no debería ser penalizado.

---

99 Sobre la discusión y la limitación de configuración del bien jurídico protegido, véase L. Prieto Sanchís, “La limitación...”, p. 261-298.

100 E. R. Zaffaroni, A. Alagia y A. Slokar, *Derecho penal...*, p. 110-153.



Principios contra groseras disfuncionalidades en los derechos humanos: la lesividad, que propone que las acciones que no dañan a nadie no generan conflicto, no pueden ser delito y deberían estar fuera del ámbito de la intervención estatal; la humanidad: exclusión de toda crueldad inusitada; la trascendencia mínima: las penas deben procurar, en su diseño y ejecución, al máximo, los efectos en terceras personas, como la familia; la prohibición de la doble punición: muchos hechos tienen más de una sanción que no está contemplada exclusivamente en el Código Penal; por ejemplo, la privación de la libertad con la imposibilidad de ejercer el derecho al voto; la buena fe y el *pro homine*: los derechos humanos no permiten sino excepcionalmente su restricción.

Principios derivados de la organización republicana de gobierno: el agotamiento material: se debe proscribir la inidoneidad del poder punitivo, como establecer la ley seca para combatir el alcoholismo o la ley de fuga para evitarlas; proscribir la grosera criminalización, como cuando no se paga la luz; superioridad ética del estado: se debe evitar los intereses del estado por sobre los derechos de las personas; saneamiento genealógico: hay muchos tipos penales que responden a ideologías autoritarias y que deben ser corregidas, por ejemplo aquel tipo penal que sanciona violaciones a la honra de las autoridades o el respeto a los símbolos patrios; culpabilidad: dentro de la teoría del delito, esta es la expresión máxima del respeto a la persona, que debe ser analizada en cada caso.

Estos principios, como todos los derechos en la teoría garantista, cumplen la finalidad de limitar al poder punitivo y de configurar la estructura de contención de este poder. El paraguas estructural para que los principios de apliquen o se vulneren, es el estado. En cuanto al acercamiento o al alejamiento de los principios, el modelo de estado varía y esto es lo que veremos en el siguiente acápite.

## Los modelos del sistema penal en función de los principios

Los principios configuran el modelo de estado. Los principios juegan el rol parecido a los criterios de construcción de una casa. En esto, vuelvo a tomar una metáfora del maestro Zaffaroni.<sup>101</sup> El maestro compara la

---

<sup>101</sup> E. R. Zaffaroni, A. Alagia y A. Slokar, "Límites a la construcción impuestos por su función política", en *Manual de derecho penal...*, p. 95-121.

necesidad de los principios tanto para la limitación como la configuración del derecho penal a la construcción y a la elaboración de planos. Zaffaroni sostiene que pese a la creatividad de los arquitectos, existen principios que no pueden vulnerarse. No se puede, por ejemplo, poner la puerta de entrada de una casa por el baño o diseñar un aula en un sótano. Los planos responden a una concepción del espacio y de la funcionalidad de ese espacio. Los planos son un medio para que se cumpla un fin. Asimismo el derecho penal. La Constitución Política determina los fines; el derecho penal es el camino o medio para cumplir los fines. El derecho penal no puede vulnerar los fines, los límites y la configuración constitucional.

Los modelos de estado que podemos configurar son dos, advirtiendo que en la realidad no existe un modelo puro y que los estados al configurar su sistema penal acercándose o alejándose de los principios constitucionales. El un modelo, alejado de los principios constitucionales, el maestro Ferrajoli lo denomina autoritario y Zaffaroni de policía; el otro modelo, respetuoso de los principios constitucionales, es el garantista o el del estado de derechos.

Los principios básicos del modelo garantista, que Ferrajoli los llama axiomas, son diez, y legitiman tanto al sistema penal como al modelo de estado constitucional.<sup>102</sup> Estos principios se relacionan a tres momentos básicos del derecho penal: la pena, el delito y el proceso:

*Principios de la pena:* retributividad (no hay pena sin delito), mera y estricta legalidad (no hay delito sin ley), necesidad (no hay ley sin necesidad).

*Principios del delito:* lesividad (no hay necesidad sin ofensa), materialidad (no hay ofensa sin acción), culpabilidad (no hay acción sin culpa).

*Principios del proceso:* jurisdiccionalidad (no hay culpa sin juicio), acusatorio (no hay juicio sin acusación), probatorio (no hay acusación sin prueba), contradictorio (no hay prueba sin defensa).

Veamos gráficamente estos principios de forma distinta:

---

<sup>102</sup> L. Ferrajoli, *Derecho y razón...*, p. 91-116.





## Modelo garantista

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

De la combinación lógica de estos principios, Ferrajoli llega a derivar 45 teoremas y 56 proposiciones. La lógica es relativa y aparentemente sencilla. En términos simbólicos, lo que hace Ferrajoli es aplicar la siguiente fórmula:

Si X, entonces W.

Si Y, entonces X.

Si Z, entonces Y.

Se puede concluir que si Z, entonces W.

Pongamos un ejemplo simple:

Si se alimenta a la planta (X), entonces la planta da frutos (W).

Si se moja el suelo (Y), entonces se alimenta la planta (X).

Si llueve (Z), se moja el suelo (Y).

De esto se puede deducir que si llueve (Z), se alimenta la planta (X), y la planta da frutos (W).

Lo mismo hace Ferrajoli con cada uno de sus principios y hace todas las posibles combinaciones. De tal modo que, por ejemplo,

Si no hay delito (X), no hay pena (W) (1),  
 Si no hay ley (Y), no hay delito (X) (2),  
 Si no hay necesidad (Z), no hay ley (Y) (3),

Luego, si no hay necesidad (Z), no hay delito (X) ni tampoco puede haber pena (W). Si seguimos con este juego de premisas, podríamos decir que no hay pena sin defensa, no hay acción sin delito, o no hay culpa sin prueba. Todo en Ferrajoli es rigurosamente lógico o, como el denomina a su metodología, analítico. Al hacer todas sus derivaciones, que de paso conviene afirmar que de eso se trata todo su libro *Derecho y razón*, y con la argumentación de cada premisa, Ferrajoli construye el modelo teórico del garantismo.

Con el modelo, Ferrajoli puede valorar un sistema abstracto, una ley, un sistema penal concreto y una práctica punitiva. De hecho, Ferrajoli dedica un capítulo completo a valorar el sistema penal italiano y otro capítulo a configurar el estado constitucional de derecho. No tenemos el espacio ni la intención para resumir todos los postulados del maestro Ferrajoli. Apenas nos permitimos dibujar los dos modelos que se desprenden del acercamiento o del alejamiento de los principios. Cuando la teoría o la realidad se alejan de los principios propuestos, tenemos el modelo contrario, y vasta ponerle el no al antecedente y quitarle el “no” al consecuente:

## Modelo autoritario

Categoría	Principio	Enunciado	No.
Pena irracional	Irracionalidad	Si no hay delito, hay pena	1
	Arbitrariedad	Si no hay ley, hay delito	2
	Vejatoriedad	Si no hay necesidad, hay ley	3
Derecho penal de autor	Sustancialismo	Si no hay ofensa, hay necesidad	4
	Inmaterialidad	Si no hay acción, hay ofensa	5
	Objetivismo	Si no hay culpa, hay acción	6



<b>Categoría</b>	<b>Principio</b>	<b>Enunciado</b>	<b>No.</b>
Proceso autoritario	Mera jurisdiccionalidad	Si no hay juicio, hay culpa	7
	Inquisitivismo	Si no hay acusación, hay juicio	8
	Decisionismo	Si no hay prueba, hay acusación	9
	Subjetivismo	Si no hay defensa, hay prueba	10

Para entender, el modelo, nos permitimos ejemplificar algunas de las típicas prácticas del sistema penal, que denotan el autoritarismo usual del poder punitivo.

### Modelo autoritario: ejemplos

<b>Categoría</b>	<b>Principio</b>	<b>Enunciado</b>	<b>Ejemplos</b>
Pena irracional	Irracionalidad	Si no hay delito, hay pena	Ejecución policial de un manifestante
	Arbitrariedad	Si no hay ley, hay delito	"Ley de fuga": guía penitenciario mata al que huye de cárcel
	Vejatoriedad	Si no hay necesidad, hay ley	Se pena a los familiares de la persona que no paga alimentos
Derecho penal de autor	Sustancialismo	Si no hay ofensa, hay necesidad	Se considera trata de personas aun cuando la persona ha consentido en ejercer la prostitución en otro país
	Inmaterialidad	Si no hay acción, hay ofensa	Tenencia de drogas
	Objetivismo	Si no hay culpa, hay acción	Se dicta la prisión preventiva con criterio de pre-pena, como si el delito hubiese sido comprobado por el solo hecho de la detención



Categoría	Principio	Enunciado	Ejemplos
Proceso autoritario	Mera jurisdiccionalidad	Si no hay juicio, hay culpa	La consideración de reincidencia. / Suspensión condicional del proceso
	Inquisitivismo	Si no hay acusación, hay juicio	La fase de indagación y de instrucción cuando tiene las formalidades de un juicio escrito
	Decisionismo	Si no hay prueba, hay acusación	Todos los casos de drogas en los que se condena con el parte policial
	Subjetivismo	Si no hay defensa, hay prueba	

## Los modelos de estado según los principios: estado garantista y estado autoritario

La derivación del modelo de derecho penal al modelo de estado es inmediata. Un estado democrático, constitucional y de derechos, no podría utilizar el modelo penal autoritario, y si lo usa, tendría mecanismos constitucionales para corregirlo (acción de protección, tutela o amparo, acción de inconstitucionalidad). El estado autoritario o policial, en cambio, se aleja radicalmente del modelo garantista y es el campo propicio para la violación de los derechos humanos.

El derecho penal, entonces, como enfáticamente lo pregona Zaffaroni, tiene una dimensión política e histórica inevitable,<sup>103</sup> que se relaciona directamente con el modelo de estado y el ejercicio de la autoridad. Intentaremos graficar estructuradamente las características de los modelos:

*La toma de decisiones.* En el modelo autoritario, que es el que tradicionalmente ha primado en la historia de la humanidad, las decisiones se toman sin consultar, desde la esfera de gobierno. El gobierno asume que su idea de ejercicio es la más adecuada y conveniente y que nadie puede ni debe intervenir. En el sistema penal esto se refleja en el uso arbitrario de los recursos del sistema penal, como el aumento de policías y

---

103 E. R. Zaffaroni, A. Alagia y A. Slokar, *Derecho penal...*, p. 41-42.



su poder de vigilancia, y su instrumentalización por parte de quien ejerce el poder. En el modelo garantista, las decisiones tienen un respaldo y una proyección en los derechos. El gobernante no tiene la discrecionalidad para tomar decisiones; está constreñido por procedimientos y por los resultados. Por los procedimientos, debe seguir ciertos pasos para garantizar la mayor discusión, y por los resultados, las decisiones promueven derechos. Los derechos humanos reducen al máximo la discrecionalidad en la toma de decisiones. En el ámbito penal, las autoridades son garantes de derechos y no pueden tomar decisiones que los violen o los restrinjan. La decisión que se toma sin otra consideración que el mero capricho, se llama decisionismo; en el modelo garantista, para tomar una decisión hay que conocer la realidad, a los actores, hay que tener información, hay que prever los resultados, y a esta forma se la llama cognitivista.

*La relación personas y la autoridad.* En el modelo autoritario, la relación de la autoridad con las personas es vertical. Quienes están en situación de vulnerabilidad no tienen posibilidad alguna de incidir en las decisiones. Las órdenes se cumplen. Si un policía decide detener, un juez ordenar la prisión preventiva, un fiscal acusar y un tribunal condenar, la mera voluntad es suficiente. En cambio, en el modelo garantista, la relación tiende a ser más horizontal. Las decisiones son frutos de procesos de decisión, en los que varios puntos de vista aportan para tener mejores elementos para llegar a una solución más justa. De esto se trata precisamente el modelo adversarial acusatorio. Si bien se puede tomar la decisión de detener, acusar o condenar, esta tiene que tener una base jurídica previa, después del debido proceso y debidamente motivada. Hay pues una diferencia abismal.

*La forma de concebir la justicia.* En el modelo autoritario el contenido y la forma de hacer justicia depende de las convicciones, creencias o intereses de quien ejerce el poder. Lo bueno es lo que hace y piensa la autoridad, y no puede cuestionarse. A esta forma de justicia se la conoce como formalista. En cambio, en el modelo garantista la justicia es procedimental y sustancial. Se parte de que todas las personas tienen iguales derechos y no pueden ser discriminadas. En este sentido, no puedo tomar una decisión porque creo que la otra persona no tiene condiciones para determinar su vida.

*La forma de entender al Derecho.* El derecho en el modelo autoritario es transpersonalista y trasciende lo humano, si es que la entrada fuere iusnaturalista; en esta vertiente, quien tiene el poder, tiene o busca

legitimidad para tomar decisiones, que puede venir de otra dimensión o de la razón. En la vertiente positivista, legitimando la posibilidad de hacer normas, cualquier regla expedida no podría ser cuestionada y debería ser cumplida. En cualquier caso, el derecho fortalece el poder y legitima su ejercicio. En cambio, en la vertiente garantista, cualquiera fuere el fundamento de la norma, el derecho solo tiene sentido si es que sirve para la realización del ser humano y sus derechos en su convivencia social.

*El relacionamiento con la ciudadanía.* La forma típica de relacionamiento de un sistema autoritario es el paternalismo. El que tiene poder enseña, otorga privilegios, entrega dádivas, perdona, hace creer que sin él, todo sería un caos. La esencia de este sistema es la relación asimétrica, uno tiene saber, medios, riqueza, bienes, poder; el otro carece de conocimientos, bienes y es pobre en todo sentido. La discriminación y la desigualdad son indispensables para que el sistema opere y se mantenga. En cambio, en el sistema garantista, la relación es equitativa y solidaria, que se resumen en lo fraternal. El ejercicio del poder está controlado democráticamente y cuando se lo ejerce, afecta lo menos posible. Al existir igualdad y no discriminación, las relaciones son horizontales.

*La forma de enfrentar al conflicto.* El conflicto, que es inevitable en toda convivencia, en un modelo autoritario, es considerado como un problema que hay que evitar, ignorar o eliminar. La mejor forma de evitar el conflicto es suspendiéndolo, como hace el sistema penal con el derecho de las víctimas y con el encierro de los victimarios, ignorándolo como si no existiera o no fuere necesario resolverlo, o eliminándolo, al quitar el protagonismo de uno de los actores o simplemente haciéndolo desaparecer. En el sistema garantista, el conflicto es una oportunidad para cohesionar a la sociedad, al conflicto se lo enfrenta con el diálogo y con una solución. El conflicto no es algo malo, sino algo que simplemente sucede y es inevitable.

*La forma de gobierno.* El autoritarismo, en su extremo, se manifiesta en una dictadura. No hay límites ni vínculos externos, las decisiones son irracionales y verticales, la fuerza es el medio de imponer las decisiones. La dictadura sin límites siempre acaba en genocidio, eliminando a todos, y o el *apartheid*, excluyendo a todos. El sistema garantista convive con la democracia sustancial, está vinculada y limitada por los derechos, de tal forma que las minorías no pueden ser oprimidas por las mayorías. El extremo de la democracia es un mundo sin dolor ni necesidades insatisfechas, porque todos los integrantes, como miembros individuales y



colectividades, tienen igual consideración y valor, y por tanto igual participación y ejercicio del poder.

*La extensión del poder punitivo.* El poder punitivo es un instrumento necesario y eficaz para oprimir y dominar, por tanto hay que expandirlo al máximo en la misma proporción en la que se disminuyen las garantías. A mayor poder punitivo eficaz, mayor control y represión. En cambio, en el sistema democrático el poder punitivo es el estrictamente necesario para evitar que la violencia social sean mayor a la que produce la intervención penal. El poder penal solo interviene para detener el uso de violencia o para evitar su desborde, no provoca violencia innecesaria ni tampoco la aumenta. En este sentido el poder punitivo existe pero es el mínimo necesario.

*Los derechos de las personas.* En el estado policial se vende la idea de que hay que combatir con todos los medios posibles a la delincuencia y no le importa sacrificar a inocentes con tal de hacer creer que todo encerrado es culpable. Se parte en este modelo de la presunción de culpabilidad. Las personas en este modelo no tienen derechos sino el privilegio de no ser estigmatizado o perseguido por el estado. En el modelo garantista, en cambio, se parte desde los derechos. Por uno de ellos, por ejemplo, la presunción de inocencia, la opción del estado garantista es evitar cometer injusticias y hasta sacrificar la posibilidad de que algún culpable no sea condenado. Los derechos y las garantías en el modelo autoritario son una molestia y un obstáculo por superar; en cambio, en el otro modelo, los derechos son una condición para el ejercicio del poder, son un medio y también el fin.

*La filosofía penal.* El derecho penal autoritario parte de la idea que hay dos clases de personas, los enemigos y los aliados. Los enemigos tienen que ser combatidos y los aliados protegidos, tal como sucede en una guerra. Para ganar la guerra hay que estar entrenados, bien armados y desconfiar del enemigo. El enemigo es malo por esencia y tiene que ser eliminado o neutralizado, no hay remedio si se quiere vivir en paz. En cambio, en el modelo garantista, se parte de la idea que hay conductas que pueden generar daño y que merecen ser afrontadas de forma extrema. Esas conductas pueden ser cometidas por cualquier persona y deben realmente provocar un daño grave. Los principios de legalidad y lesividad garantizan al máximo la libertad y la igualdad de las personas. A la primera escuela se la podría denominar positivista criminológica o funcionalista, y a la segunda liberal o garantista.

*La finalidad del estado.* El estado autoritario tiene como finalidad mantenerse en el poder y asegurar los intereses de las personas gobernantes. Para ello utiliza el derecho y el formalismo jurídico, el poder punitivo y la desvalorización de las personas. El estado garantista tiene como máximo deber el ejercicio y la promoción de los derechos de las personas; para ello utiliza el derecho para emancipar y transformar, la democracia y la revalorización del ser humano dotado de dignidad y llamado a vivir bien.

*El resultado.* El estado autoritario vive y permanece por la sistemática y generalizada violación de derechos. El estado garantista, en cambio, se legitima, se corrige y se realiza cuando las personas y las colectividades pueden desarrollar al máximo sus capacidades para ejercer derechos.

En el siguiente cuadro, se resumen estos postulados.

<b>Criterio</b>	<b>Estado autoritario</b>	<b>Estado garantista</b>
Toma de decisiones	Decisionista	Cognositiva
Relación personas y autoridad	Vertical	Horizontal
Justicia	Formal	Procedimental y sustancial
El Derecho	Transpersonalista	Personalista
Relacionamiento	Paternal	Fraternal
El conflicto	Problema. Hay que eliminar	Normal. Hay que afrontar.
Gobierno	Dictadura	Democracia
Poder punitivo	Máximo posible	Mínimo necesario
Los derechos	Obstáculo	Condición y fin
Filosofía penal	Positivismismo criminológico	Garantismo
Fin estado	Mantener poder	Realizar derechos
Resultado	Violación de derechos	Ejercicio y promoción derechos





## Los fundamentos del garantismo penal

El garantismo penal, según Ferrajoli, es legítimo en cuanto pueda superar adecuadamente algunas preguntas: si y por qué, cuándo y cómo, en relación a la pena, el juzgamiento y el delito. De la respuesta a estas preguntas, dependiendo del modelo de estado y de los principios aplicables, podremos saber si el sistema penal es consecuente con el garantismo o con el autoritarismo. Vamos a contestar estas preguntas en función de estos tres ejes del sistema penal y aplicando todos y cada uno de los principios o axiomas propuestos por Ferrajoli y que, afortunadamente, constan en la gran mayoría de las constituciones de la región.

### La pena

#### 1. Si y por qué castigar

Si y por qué la pena son preguntas centrales para el derecho penal, a tal punto que si no hubiese justificación alguna, simplemente habría que buscar otro sistema de solución de los conflictos sociales más graves y el sistema perdería total legitimidad.

Durante la historia de la humanidad, se han barajado varios argumentos para sostener que la pena y el sistema penal deben existir o no. Voy a concentrarme en seis: 1. el abolicionismo, 2. el retribucionismo absoluto, 3. el retribucionismo relativo (prevención), 4. el utilitarismo penal reformado, 5. el agnosticismo, 6. la reparación integral. El primero y el último realmente niegan la existencia del poder punitivo y son altamente utópicos.

*El abolicionismo* penal deslegitima cualquier tipo de coerción sobre el ser humano, bajo la premisa que la libertad es un derecho fundamental importante, base de la organización social y política. Todo orden y toda regla son sospechosas por establecer mandatos y prohibiciones que pueden transgredir la libertad. Con mucha más razón el sistema penal que se basa en la restricción y a veces anulación de la libertad. Por otro lado, los abolicionistas sostienen que la pena ha sido siempre funcional a los intereses de las clases dominantes. El abolicionismo tiene mucha influencia del anarquismo. El estado no es necesario porque el “ser humano nuevo” no necesitará de coerciones externas para poder

comportarse. En este sentido, no hay justificación para la pena y la pena siempre será atentatoria a la libertad.

Los abolicionistas aportaron al estudio del derecho penal desde dos vertientes. Por un lado, fomentaron la investigación sobre el real funcionamiento del sistema penal, vale decir que introdujeron el dato al derecho formal, y, por otro lado, con el dato denunciaron las manifestaciones dramáticas del poder punitivo.

Para Ferrajoli la propuesta del abolicionismo no solo es irrealizable sino que es imperdonable.<sup>104</sup> El abolicionismo propone un retorno a modelos arcaicos de justicia penal. Esto es, modelos irracionales, arbitrarios, desproporcionados y violentos. Ferrajoli se imagina una sociedad que es salvaje, caótica, dominada por el más fuerte y que se basa en el principio del egoísmo. También, en el otro extremo, la sociedad podría ser disciplinaria, en la que el orden estaría interiorizado y esto solo se lograría con un panoptismo social. Sin sistema penal, sin pena, la violencia, que es connatural al ser humano, se desbordaría y la venganza privada sería la regla.

*El retribucionismo absoluto*, cuando la pena es un fin en sí misma; y otro relativo, que tiene que ver con el utilitarismo, cuando la pena es un medio para lograr un fin, que veremos en el siguiente acápite. El esquema retributivo tiene relación directa con fundamentos religiosos. El famoso “ojo por ojo, diente por diente” tiene relación con una venganza proporcionada: no se podría hacer mayor daño que el ocasionado por el delito. La idea de la retribución es que vuelve el equilibrio en las relaciones sociales. Producido un hecho dañoso, tiene que haber una consecuencia medida en función del mismo daño. La retribución fue planteada, desde la ética, por Kant; y desde el derecho, por Hegel. En el primer caso, la ley penal tiene un valor moral en sí misma: que hay respetar la ley y no transgredir las prohibiciones. En el segundo caso, el delito es una violencia que solo la pena puede contrarrestar: la doble negación hace una afirmación.

Para Ferrajoli, el retribucionismo confunde el derecho con la moral, al mezclar el fin de la pena desde el punto de vista externo (religión, ética, sociedad) con la proporción de la pena. Además, al maestro italiano le parece insostenible que lo hecho por el delito pueda ser desecho por la

---

104 L. Ferrajoli, *Derecho y razón...*, p. 251.



pena, salvo que se crea en la magia. El daño es irreparable y la pena no puede repararlo.<sup>105</sup> En realidad, el retribucionismo es una opción autoritaria que puede consagrar la venganza privada mediante la intervención estatal.

*El retribucionismo relativo* tiene que ver con la justificación utilitarista, que pretende adecuar los medios a los fines sociales. El fin utilitario por excelencia es la prevención: máxima utilidad para el mayor número de personas posible. Existe cuatro derivaciones de la prevención: prevención general, cuando tiene como finalidad el bienestar de los asociados; especial cuando se relaciona a la persona; positiva cuando intenta corregir o integrar; negativa cuando neutraliza o intimida.

El utilitarismo debería tener aspectos positivos, tales como la limitación al poder punitivo. Dado que la pena tiene un fin (felicidad, seguridad, tutela), la pena no debería producir efectos no deseados. Sin embargo, a pesar de que puede sonar atractiva la teoría, tiene varios defectos según Ferrajoli.<sup>106</sup> Al dejar en manos del estado el establecer los medios y los fines, resulta ser la máxima seguridad del estado en lugar de los asociados y, por otro lado, es imposible medir el costo de las penas en función del daño.

La prevención especial positiva es la que se ha conocido como ideologías “re”, pretenden corregir, sanar, educar al perverso, al corrupto o al ignorante. Esta perspectiva tiene algunos problemas graves. La una es que presume que todo delincuente es inferior, las penas podrían llegar a ser indeterminadas porque son buenas, legítima a la cárcel por considerarla un factor de corrección, oculta la represión innata del encierro y ha sido la justificación predilecta para cualquier autoritarismo. Por otro lado, también presume que la sociedad es buena y que los encerrados son malos, y a estos malos hay que convertirlos a imagen y semejanza de los buenos que están afuera. Esta creencia desconoce el proceso de criminalización de las personas que están en condiciones de vulnerabilidad y también la inmunidad y la impunidad de los delincuentes que tienen poder. Por ser esta finalidad la adoptada por muchas de las constituciones contemporáneas de la región, dedicaremos un acápite específico a la doctrina de la “rehabilitación social”.

---

105 *Ibid.*, p. 255.

106 *Ibid.*, p. 260.

La prevención general positiva pretende restaurar la confianza colectiva en el sistema jurídico, que ha sido roto por el delito y que se corrige con la pena. La pena produce cohesión social, solidaridad y refuerza las normas que son consideradas útiles. En realidad lo que sucede es que se refuerza la fidelidad de las personas al estado y lo que se busca es la conformidad. La prevención general positiva no supera la objeción kantiana: nadie puede ser un medio para los fines de otros. El fin social justifica utilizar como medio a quien delinque.

La prevención general negativa se basa en la intimidación mediante la amenaza de una pena. El condenado es un ejemplo para los demás asociados. A mayor alarma social, más pena, y a más pena, menos delitos. La función de la pena es, entonces, disuasoria. Esta teoría expande el poder punitivo y no impide el “terrorismo” de estado. Si los delitos siguen ocurriendo, la lógica es aumentar las penas; si las penas aumentan progresivamente, el destino es la pena de muerte. Esta finalidad tiene una vocación autoritaria enorme y por tanto no es adecuada.

*El utilitarismo penal reformado* es el nombre que ha escogido Ferrajoli para justificar la existencia de la pena. El maestro italiano parte del hecho de que todas las argumentaciones anteriores tienen defectos metodológicos. Por un lado, se basan en falacias y confunden los discursos prescriptivos (normas jurídicas) con los descriptivos (ciencias sociales). La consecuencia de la confusión es que se justifica sin observación (nunca podrá existir rehabilitación en el cierto porque es imposible y no hay condiciones) o solo se observa sin proposición concreta (como es el caso de los abolicionistas).

Ferrajoli parte de algunos presupuestos para justificar la necesidad de la pena. El uno es que si no existiese sistema penal organizado y administrado por el estado, se podría correr el riesgo —como ha ocurrido a lo largo de la historia de la humanidad— de la imposición de penas injustas, de la maximización de la reacción frente al delito, del abandono a la tutela de los derechos de las personas victimarias, y la imposición de penas por intereses no justificados.<sup>107</sup>

La ley penal tiene sentido solo si disminuye la violencia y protege al más débil. Si no existiera la ley penal, entonces la reacción social sería más

---

107 *Ibid.*, p. 331 y s.



violenta. En este sentido, la pena es un mal menor necesario, solo a condiciones que sea efectivamente menor.<sup>108</sup> En este sentido, Ferrajoli se apunta en la prevención general negativa: la ley penal previene las penas informales, maximiza el bienestar de las personas que cometen delitos y de las víctimas, y minimiza el malestar de los participantes en el conflicto social; es decir, minimiza la lesión y maximiza la tutela. La forma que toma el derecho para lograr esta finalidad es lo que Ferrajoli denomina el “derecho penal mínimo”.

Los extremos, para Ferrajoli son: la venganza, las penas estatales sin garantías, el panoptismo social y la vigilancia total, todo esto producido por un control social o estatal salvaje, sin límites.

Forma de control frente al delito	Resultado
Control social salvaje	Venganza
Control estatal salvaje	Penas desproporcionadas sin garantías
Control social disciplinario	Panoptismo social
Control estatal disciplinario	Vigilancia total
Control estatal garantista	Limita poder estatal, reduce violencia social

La intervención estatal penal garantista es siempre condicionada. Condicionada a respetar los derechos de las personas que están en la relación producida por el delito, y a disminuir la violencia social. De tal forma que si las personas, víctimas o victimarias son más amenazadas por el poder estatal que por el delito mismo, el sistema penal pierde legitimidad. El derecho penal mínimo o garantista es la vara a través de la cual se justifica la existencia del sistema penal o se la deslegitima.<sup>109</sup>

*El agnostismo.* La teoría agnóstica de la pena, desarrollada por el maestro Zaffaroni, se basa en la introducción del dato de la realidad para evaluar la legitimidad de las teorías.<sup>110</sup> Zaffaroni analiza cada una de las justificaciones desde el aspecto teórico y también desde la realidad. En

---

108 *Ibid.*, p. 336.  
 109 *Ibid.*, p. 344.  
 110 *Ibid.*, p. 344.

ambos campos, Zaffaroni tiene buenos argumentos para sostener que, en teoría, las justificaciones lo que hacen es legitimar al poder punitivo y, en la práctica, violar intensamente los derechos humanos.

La teoría agnóstica o negativa de la pena, como también la llama Zaffaroni, parte del fracaso real de todas las teorías justificantes. Reconoce que el poder punitivo existe y que no debe legitimarse. El poder punitivo, como todo poder, tiende a expandirse, así como está organizado no resuelve conflicto alguno, más bien los suspende y muchas veces lo agrava. Como la teoría agnóstica “no come cuentos”, y está consciente que el poder punitivo condiciona el saber penal y a los operadores de justicia, lo que se trata es de contener al máximo al poder y disminuir su violencia mientras exista. De ahí que la metáfora del derecho penal a la violencia delincencial (estatal y privada) es como el derecho internacional humanitario a la guerra. No se justifica la guerra, pero como existe, hay que evitar al máximo su violencia, limitando los medios de guerra y protegiendo a las personas; de igual modo, el derecho penal limita la violencia y trata de proteger a las personas.<sup>111</sup> El derecho penal, de la mano con el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, protegen la dignidad de las personas en todo momento de intervención del poder punitivo. Todo el aparataje penal, a nivel sustantivo, procesal y orgánico, se monta en función de la limitación al poder punitivo.

*La reparación integral* por la producción de un daño fruto de una relación abusiva de poder es la teoría más desarrollada por el derecho de los derechos humanos. La pregunta es si se aplica esta teoría al derecho penal. Ferrajoli diría que no, que es una invasión de una esfera del derecho distinta, como es la civil o la constitucional, en ámbitos que tienen que ver con la violencia extrema social. Además, sostendría en su lógica de derecho penal mínimo, que si algo se puede solucionar por otra vía, el uso del derecho penal sería ilegítimo.

Por su parte, Zaffaroni advertiría sobre los peligros de introducir la reparación como pena. Para Zaffaroni, el discurso reparador sería tan atractivo que acabaría legitimando el poder punitivo dando la apariencia de que resuelve conflictos.

---

111 *Ibid.*, p. 52.



La reparación integral sin duda hay que tratarla con cuidado y requiere de algunas condiciones. Una de ellas es la intervención activa de la víctima real y concreta en el conflicto penal. La otra implica una reducción drástica de las penas. Finalmente, no se debería sacrificar las garantías penales bajo ningún concepto. Pero sin duda, la reparación integral va de la mano con el derecho penal mínimo y con la desconfianza innata en el poder punitivo.

## **2. Cuándo castigar: principio de legalidad**

En un sistema garantista, la pena es consecuencia del delito. Solo si hay delito, entonces podría haber pena. De esto se desprende que el delito es condición necesaria para que exista la pena. En un sistema penal autoritario, hay penas preventivas, penas sin delito, penas por “ser”, penas antes o fuera de un hecho delictivo.

Cuándo castigar está estrechamente vinculado con el principio de legalidad. La ley penal condiciona y está condicionada. Cuando la ley penal condiciona, que es el postulado de la mera legalidad, quiere decir que solo podrán ser considerados delitos aquellos hechos definidos en la ley penal. Este principio es el que tradicionalmente se ha aprendido en las escuelas de derechos. La mera legalidad no permite interpretar y criticar al sistema penal. Siendo importante, debe complementarse con el principio de estricta legalidad. La mera legalidad es de aplicación exclusiva del juzgador penal.

Quando la ley penal está condicionada, hablamos de la estricta legalidad. No cualquier conducta puede ser delito, sino aquella que respeta otros principios constitucionales, como el de lesividad o el de *ultima ratio*. Este principio, en cambio, nos permite interpretar y criticar al sistema penal. La estricta legalidad tiene estrecha relación con la labor del legislador, aunque el juzgador por su capacidad de aplicar directamente la Constitución, de manera excepcional y cuando fuere evidente la contradicción con la Constitución, podría aplicar el principio de estricta legalidad.

## **3. Cómo castigar: principio de necesidad y humanidad**

La pena y el delito son formas de violencia, la una provocada por el estado y la otra por una persona (que también puede ser un agente de estado). La diferencia entre estas dos formas de violencia consiste en que la pena es una violencia programada y organizada y que el delito es una

violencia irracional, desmesurada e impulsiva. Esto en teoría. En la práctica sucede, cuando no hablamos de sistemas garantistas, que la historia de las penas ha sido, comparativamente hablando, más horrenda e infamante que los delitos.<sup>112</sup> En este sentido la pena ha sido igual o peor que el delito.

Las formas de cometer delitos son inimaginables. Las penas, cuando se parecen a los delitos, de igual modo. En términos modernos, las penas tienen que estar determinadas en la ley y tienen que ser las mínimas necesarias.

Desde el siglo XIX la pena privativa de libertad ha sido considerada como la principal. Se ha considerado que es una pena medible en tiempo, abstracta y que puede aplicarse por igual a todas las personas. Sin embargo, la criminología y la realidad penitenciaria en cualquier país del mundo han demostrado que la privación de libertad es demasiado aflictiva, ineficaz, contraproducente, inútil e irracional.<sup>113</sup>

Urge ir hacia la abolición de la pena privativa de libertad, lo que no significa la abolición de la pena ni la no reacción frente a hechos que se consideran graves y violentos. El primer paso para la abolición es la reducción drástica de las penas privativas de libertad. Las penas más graves no deberían ser mayores a diez años. Ferrajoli sostiene que después de ese tiempo, los daños en la personalidad son irreversibles. Las aflicciones son físicas y psicológicas: soledad, ansiedad, afectividad, autoestima baja, problemas de identidad, y los daños son personales y hacia terceros. Empíricamente no se puede demostrar que alguien reciba alguna ventaja.

La segunda pena más reconocida por los sistemas penales comparados es la pecuniaria. La pena patrimonial, al igual que la privación de libertad considerada en tiempo, también es medible, puede ser aplicada por igual y puede ser proporcionable. Ferrajoli sostiene que las penas pecuniarias, en la práctica, afectan según el patrimonio de las personas, hay personas a quienes una pena pecuniaria les puede significar entrar en estado de necesidad y otras a quienes no afecta en absoluto. Por otro lado, la pena pecuniaria fácilmente se puede transformar en una sanción administrativa, lo que evitaría todo el estigma de un proceso penal.

---

112 L. Ferrajoli, *Derecho y razón...*, p. 385.

113 *Ibid.*, p. 410.





La pena mínima necesaria, que es la consecuente con un sistema garantista, tiene como fin frenar reacciones penales más afflictivas.<sup>114</sup> Si lo que se produce, al aplicar una pena, es la perversión del privado de libertad, la pena pierde legitimidad. La pena debe respetar a la persona y a su dignidad. ¿Cómo lo logra? El valor de la persona impone tres límites: debe ser necesaria, mínima y cierta. En consecuencia, una pena que genera más violencia que la que provocó el delito es innecesaria, una pena que degrada es máxima y una pena indeterminada es incierta. Por ejemplo, por microtráfico de drogas cuando el consumidor busca la compra de drogas y no hay daño, cualquier pena es innecesaria; una pena que se cumple en centros en los que hay hacinamiento y violencia constante es máxima; una pena en la que el tiempo de privación de libertad depende de funcionarios administrativos en la fase de ejecución es incierta.

Se debe tender en la lógica de penas necesarias y mínimas, a las penas que hoy se conocen como alternativas y que deben pasar a tener la categoría de principales:<sup>115</sup> arresto domiciliario, reclusión de fin de semana, semi-libertad, libertad vigilada, residencia obligada. Si las penas pueden ser determinadas exclusivamente en términos monetarios, se debe pensar en la despenalización de la conducta delictiva.

#### **4. Cuánto castigar: principio de proporcionalidad**

La determinación de la pena es uno de los momentos más difíciles del sistema penal que presenta varias dificultades. Siendo uno de los momentos más delicados, que requiere al máximo de racionalidad, es sin embargo uno de los menos tratados por los doctrinarios y por los juzgadores al momento de imponer una sentencia. Las dificultades se presentan en tres momentos: al momento de definir el tipo penal, al momento de dictar una sentencia y al momento de la ejecución de la sentencia.

La predeterminación legal corresponde al legislador. El esfuerzo que tiene que hacer el legislador de considerar la gravedad de un delito para determinar la pena es en abstracto. Aquí esta la primera dificultad. La realidad no puede ser aprehendida por el legislador y constreñida a un tipo penal. Hay dos parámetros para valorar la cantidad de pena: uno objetivo,

---

114 *Ibid.*, p. 396.

115 *Ibid.*, p. 418.

que tiene relación con el daño imaginado; y otro subjetivo: que tiene que ver con la culpabilidad. ¿Cuál debe pesar más al momento de definir una pena? Lo cierto es que los criterios suelen ser harto arbitrarios y no hay forma de hacer un rastro objetivo sobre los criterios que tuvieron los legisladores al momento de determinar las penas.

Las penas deben tener un máximo, un techo, sobre el cual la pena debe considerarse desproporcionada, y un mínimo, bajo del cual hay que considerar que la pena nunca debe ser peor que la violencia del delito. El máximo responde a la gravedad del daño ocasionado por el delito y el mínimo a la culpabilidad. El mínimo predeterminado legalmente puede ser considerado, desde la lógica de la culpabilidad, atentatoria de la culpabilidad. ¿Puede la culpabilidad llevarnos a un resultado menor que el mínimo establecido por la ley? Ejemplifiquemos. Supongamos que el delito de tráfico de drogas tiene una pena de 12 a 16 años. 16 años podría preverse por el tráfico internacional con agravantes y 12 años para alguien que trafica por primera vez. Pero ¿qué pasa si es que puedo determinar que la persona que trafica es una desempleada que no ha podido más que conseguir los medios de subsistencia mediante el microtráfico, ¿será que merece un año o ninguna pena de privación de libertad? Cuando se determina el máximo de la pena, se debe tener en cuenta las condiciones carcelarias, los efectos del encierro, la proporcionalidad entre el daño ocasionado por el supuesto delito y el daño que se produce en la cárcel. No hay que olvidar que “a mayor pena, más exclusión y más refuerzo a la identidad desviada”.<sup>116</sup>

La determinación judicial es uno de los ámbitos más problemáticos para el garantismo, que tiene como uno de sus objetivos disminuir la discrecionalidad y, por tanto, la arbitrariedad. Eliminar la discrecionalidad, en este ámbito, significaría establecer penas fijas, por una pretendida igualdad; sin embargo, esta medida eliminaría la posibilidad de analizar cada hecho delictivo y a cada persona, que son singulares e irrepetibles; sería poner en un molde a la persona y su conducta y esto sería inaceptable. Sin duda, poner límites máximos es una garantía. El juzgador tiene la obligación de connotar el caso (encontrar el tipo penal que se adecua al hecho), denotar el hecho (verificar la falsedad o veracidad de los hechos mediante el juicio) y determinar la pena. La mejor forma de controlar la discrecionalidad inevitable de esta fase es transparentando las

---

116 *Ibid.*, p. 406.



razones: las partes deben argumentar sobre la pena una vez declarada la existencia del delito; de ahí la necesidad de debatir exclusivamente sobre la pena; el juzgador debe motivar y explicitar las razones por las que pone determinada pena.

La tercera fase es la de la ejecución penal. En esta fase suelen suceder aflicciones y afectaciones a los derechos no previstos por el legislador en el tipo penal ni por el juzgador en el auto de prisión preventiva o en la sentencia condenatoria. También suele suceder que las penas se prolongan más de lo establecido en la sentencia y en la ley, o suelen reducirse arbitrariamente por razones no consideradas por el juez. Todas estas posibilidades son indeseables. Cuando las autoridades administrativas tienen competencia para rebajar o no las penas, se abre un espacio perfecto para la corrupción. El correccionalismo debe reducirse al máximo. Solo el juez, que ha podido connotar jurídicamente el caso y denotar fácticamente el mismo, tiene los elementos para determinar con más racionalidad la pena. Las autoridades administrativas conocen hechos que suceden después del juicio y que no merecen afectar la cantidad de la pena. La legalidad, si ha sido considerada en el tipo y en el juicio, se pulveriza cuando se les otorga facultades discrecionales a las autoridades penitenciarias. La conducta después del delito juzgado no debería afectar a la pena, si lo hace es absolutamente arbitrario; la administración penitenciaria debe distinguir con absoluta claridad las faltas disciplinarias, inevitables cuando se convive en lugares de alta conflictividad, de los delitos por los que las personas ingresaron al centro carcelario. Las faltas administrativas nunca podrían ser desproporcionadas o prohibidas, como aislar, encerrar en calabozos, privar de visitas o tratar de forma cruel, inhumana o degradante. La administración penitenciaria tiene que ejecutar la pena lo más cercanamente posible a la sentencia y garantizar que los derechos se afecten lo menos posible. La mejor forma de evitar la discrecionalidad es determinar la pena en sede judicial.

## **El delito**

### **1. Cuándo prohibir: principio de necesidad y de lesividad**

Solo se puede prohibir cuando se produce un daño grave en contra de un derecho fundamental. Pero esta afirmación merece algunas explicaciones. Tradicionalmente hemos aprendido que las leyes penales protegen y hasta tutelan bienes jurídicos. Al respecto, desde una teoría garantista, conviene

reforzar algunos conceptos: solo podrían ser bienes jurídicos los derechos fundamentales reconocidos en la constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos; la ley penal no tutela ni puede proteger los bienes jurídicos de las víctimas; la ley penal interviene cuando el daño es grave y pasado; el derecho penal tutela los derechos de los procesados y de las víctimas.

Los bienes jurídicos que permiten la intervención penal deben tener reconocimiento constitucional.<sup>117</sup> Estos bienes jurídicos, que no pueden ser otros que los derechos fundamentales, deben ser considerados tan importantes que sirven de fundamento y sustento al estado. En consecuencia, debemos descartar tipos penales que protejan bienes no contemplados en la constitución. La razón es sencilla, si los bienes no han sido catalogados como importantes, la intervención del sistema penal, que es la más severa y grave, simplemente no se puede justificar. ¿Cómo saber si el bien es importante? Hay que mirar la constitución. Solo pueden ser tipos penales aquellos que tengan un bien jurídico constitucionalmente reconocido, tales como la vida, la integridad física, la prohibición de la tortura, la libertad de movimiento. Ahora bien, esto no significa que cada derecho constitucionalmente reconocido, deba tener su tipo penal. Esto dependerá de las posibilidades de resolución del conflicto y de la gravedad del daño. Por ejemplo, el derecho a la honra o al medio ambiente sano, se protegen de forma más adecuada mediante mecanismos reparatorios y administrativos. Si alguien injuria a otro o contamina, es mucho más factible pagar por la calumnia y limpiar la afectación, que encerrar al autor.

Si solo los derechos fundamentales que están en la constitución pueden sustentar un tipo penal, según Ferrajoli, esta condición de legitimidad y fiabilidad de la ley penal obligaría a una “masiva deflación penal”.<sup>118</sup> Piénsese, por ejemplo, en todas las infracciones penales que no involucran perjuicio a los derechos, como infringir normas municipales, normas que sancionan la vagancia y la mendicidad, la mera tenencia de armas, el mismo tráfico de drogas.

---

**117** Sobre la discusión sobre la constitucionalización del bien jurídico, véase L. P. Sanchís, “La limitación...”, p. 261-298.

**118** L. Ferrajoli, *Derecho y razón...*, p. 476.



El principio de lesividad exige, para la intervención penal, un daño concreto y una persona de carne y hueso.<sup>119</sup> De tal forma que, si el daño es hipotético o lejano, como sucede en los delitos que se conocen como de peligro abstracto o la intervención penal como tutela preventiva, se viola agresivamente el principio de lesividad. Esto sucede, por ejemplo, en los delitos que tienen como bien jurídico el orden y la salud pública. Se supone que toda la sociedad se afecta cuando hay gente que vende drogas, pero el daño es imposible de cuantificar y de ubicar a la víctima concreta, con nombre y apellido (personalmente, como miembro de esta sociedad, nunca me he sentido particularmente vulnerado en mi salud cuando enjuician a una persona que ha intentado pasar drogas por el aeropuerto con destino a Europa).

Ahora bien, cuando el bien jurídico recibe, por el delito, un daño concreto y real, entonces se autoriza la intervención penal. ¿Esa intervención tutela el derecho? Nunca. La tutela o la protección del derecho tienen relación con la reparación integral y con la prevención. Es decir, producido el daño, la intervención estatal se encamina a enmendarlo. Veamos si esto sucede en el proceso penal. Se produce el daño y se autoriza al sistema a rehabilitar al autor del delito. La finalidad del proceso penal es la investigación de un hecho delictivo y concluye con la imposición de una pena. No es condición ni tampoco la finalidad del proceso la reparación. El derecho reparador es el civil y el constitucional, no el penal. La esencia del derecho penal es reprimir y “rehabilitar” en términos teóricos. Si se sostiene que el derecho penal tutela derechos, por un lado se miente, porque eso no se produce, y por otro lado se legitima al poder punitivo. En la práctica, al menos como está establecido el sistema penal, lo que se produce es la tutela del poder del estado. Siendo que el estado ha usurpado el conflicto de la víctima y se dice representante de los intereses de la ciudadanía, en la práctica se convierte en víctima.<sup>120</sup> Para evitar estos desvaríos teóricos legitimantes, lo apropiado es hablar de bien jurídico lesionado. Solo se interviene, una vez producido un daño.

El derecho penal tampoco podría intervenir para prevenir delitos o daños graves. Esto le corresponde al derecho administrativo y al constitucional cuando se usa la coacción directa para evitar la producción de un daño inminente y solo como mecanismo de protección de derechos.

---

119 E. R. Zaffaroni, A. Alagia y A. Slokar, *Derecho penal...*, p. 127.

120 *Ibid.*, p. 129.

Por ejemplo, se detiene a una persona que está a punto de ser linchada, pero para evitar su muerte; es decir, se le priva momentáneamente de su libertad para garantizar su derecho a la vida. La misma lógica se aplica en el derecho constitucional con las medidas cautelares: se interviene para evitar un daño, pero esta intervención es constitucional. Por ejemplo, el juez ordena que cese la tortura; no es un juicio, no se le atribuye responsabilidad al torturador, simplemente es un mecanismo de coacción para detener la violación de derechos. Por tanto, la intervención penal con fines preventivos no es necesaria y es inconstitucional si se produce.

El daño tiene que producirse y tiene que ser grave. El derecho penal interviene *ex post facto*, nunca antes; aun en la tentativa se exige que existan manifestaciones concretas y conducentes a la producción de un delito, es decir, hechos realizados. El daño, además, tiene que tener efectos de gravedad en el bien jurídico lesionado. En este sentido, no cabe iniciar un proceso cuando el daño no existe, es insignificante o se produce simplemente por intolerancia de la víctima o de quienes representan a la sociedad.

La tolerancia merece un comentario. La tolerancia es el respeto a las ideas, creencias y prácticas de las personas que son diferentes o contrarias a las propias. Una sociedad pluricultural, como cualquier sociedad global contemporánea, esta compuesta por grupos humanos harto diversos. La vida social en diversidad demanda tolerancia, al contrario de lo que sucede en sociedades homogéneas y autoritarias, en la que la intolerancia es una forma de mantener la cohesión y el orden. La tolerancia, además, es un requisito fundamental para la democracia y la democracia, a su vez, es la mejor forma de administrar la diversidad y la complejidad de una sociedad. En el derecho penal, a mayor intolerancia, mayor uso del derecho penal y viceversa. Lo que quiere decir que los umbrales de tolerancia es las sociedades contemporáneas deben ser mayores y, en consecuencia, la intervención penal debe ser excepcional.

Pongamos un ejemplo. Cuando algunos de nosotros, por los años 70, éramos niños y no se había expedido la Convención de los Derechos de los Niños, no se hablaba de que nuestros derechos podían limitar el poder de los adultos. La educación era particularmente autoritaria, vertical y se basaba en la transmisión repetitiva de los conocimientos de los maestros. En este modelo educativo autoritario, la intolerancia era una de las formas de relacionamiento. Uno no podía tener ganas de ir al baño en media clase, no podía opinar de forma distinta al profesor, tenía que hacer las letras dentro de las cuatro líneas, tenía que aprenderse de memoria y sin razonar



las tablas de multiplicar y los límites de los barrios de Quito, tenía que tener las medias del uniforme blancas con una línea roja si no, entonces venía el reglazo, la parada en el patio frente a una pared, la jalada de orejas como conejo, el cero en conducta. Años más tarde, aunque no de modo general, se podría decir que los derechos de los niños han aumentado los niveles de tolerancia de los adultos y las mismas conductas ya no provocan sanciones. Por ejemplo, en un modelo democrático y horizontal educativo, opinar de forma diferente al profesor no solo no es una falta sino que es altamente deseable.

Guardando las proporciones, lo mismo debería suceder en la organización social y en el derecho penal. Cuando las sociedades son autoritarias, caben figuras como el delito de desacato, de atentado contra el orden público, de amenazas al régimen de derecho, de perjuicio a la salud pública, el más mínimo robo es considerado un acto vandálico que debe ser castigado, que en Estados Unidos se denominó “*broken Windows*” (ventanas rotas), estrechamente asociadas con políticas criminales de “cero tolerancia” y seguridad y orden. La mínima infracción, como pintar un grafiti en las paredes de una calle, implica la intervención policial, la sanción penal y hasta la ejecución sumaria, como le sucedió al estudiante Paúl Guañuna. En sociedades democráticas, en las que el garantismo es el sistema que prevalece, la tolerancia es mayor: más libertad de expresión que delitos por atentado a la honra, más manifestaciones de protesta en las vías públicas que delitos de sabotaje o terrorismo, más soluciones reparadoras en casos de infracciones contra la propiedad que personas presas por el robo de un teléfono celular, más ejercicio del derecho a escoger la forma de planificar el número de hijos que delitos de aborto.

El punto que hay que destacar y recordar no es que la tolerancia significa olvidar el daño, por leve que sea, sino que hay que enfrentarlo de formas distintas a las penales.

El derecho penal, como hemos dicho, no tutela el bien jurídico de la víctima que ha recibido el daño por el cometimiento de un delito. Sin embargo, el derecho penal, de acuerdo con Ferrajoli, tutela la libertad y la igualdad de todas las personas.<sup>121</sup> Tutela la libertad en el sentido que, por el principio de mera y estricta legalidad y lesividad, evita la privación arbitraria e injustificada de la libertad. De igual modo, por estos principios,

---

121 L. Ferrajoli, *Derecho y razón...*, p. 464.

tutela el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación. Si las personas no pueden ser enjuiciadas y peor condenadas por lo que “son” (derecho penal de autor, propio de un modelo autoritario), sino por lo que “hacen” (derecho penal de acto, propio de una democracia garantista), la ley en teoría no mira las caras sino que valora los actos. Esto en principio es una forma de garantizar la igualdad. Por otro lado, el sistema penal, por los límites y vínculos de derechos fundamentales, tiene la obligación de minimizar al máximo el daño que produce la intervención penal y nunca superar al daño producido por el delito. En este sentido de administración de la violencia, el derecho penal tutela la dignidad de las personas acusadas de infracciones por medio de las garantías penales, procesales y orgánicas.

Comentario aparte merecen los procesos de criminalización, estigmatización y etiquetamiento que se producen por el funcionamiento del sistema penal. El poder punitivo opera de forma intrínsecamente discriminatoria por el proceso de selectividad. Pero esto es un defecto operativo, que no invalida el presupuesto teórico, y que lo vamos a profundizar en el siguiente capítulo. Los derechos deben servir para valorar una práctica e intentar detenerla y no reproducirla. Si es imposible, entonces se impone la eliminación del sistema que viola inevitablemente el derecho.

## **2. Cómo prohibir: principio de regulatividad y taxatividad**

Las técnicas de control social vía penal deben ser compatibles con los derechos fundamentales. El legislador, a lo largo de la historia moderna, ha utilizado dos tipos de normas para establecer delitos: normas constitutivas y normas regulativas.<sup>122</sup>

Las normas constitutivas son aquellas que establecen mecanismos de control social basados en una esencia o identidad personal. En este tipo de normas, el comportamiento, la conducta o los hechos producidos por la persona, son irrelevantes para la aplicación de la norma. Estas normas son propias de un estado autoritario. Las normas atentan a la dignidad, por irrespetar al diferente o su naturaleza humana, por desagradable que nos parezca; y atenta contra la igualdad, porque hay un grupo de personas con determinadas características que serán reprimidas y otras, con diferentes

---

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 502-509.





atributos, que serán inmunes a la ley penal. Algunos ejemplos podemos encontrar que nos da la misma criminología: los desviados, los delincuentes natos, los inferiores, los colonizados, los indígenas, las mujeres. El delito llega a ser simplemente un síntoma de la personalidad peligrosa del delincuente.

El uso de las normas constitutivas, contrario a lo que podría pensarse, es parte del paradigma contemporáneo y dominante del derecho penal. Piénsese, por ejemplo, en la reincidencia (el reincidente “es” un delincuente frecuente, no importa lo que haga), en el sospechoso (tiene una actitud que indica que pronto cometerá un delito, está donde no le corresponde, tiene cara de delincuente, hay que detenerle para prevenir), el peligroso (tiene todas las características físicas y psicológicas para delinquir), el rehabilitado (era un dañado y había que corregirle para que pueda vivir en sociedad), el vago y el mendigo (molesta, da mal ejemplo, como no tiene trabajo, tarde o temprano robará).

Las normas regulativas son aquellas que permiten, prohíben o mandan y producen efectos jurídicos. Las normas penales, dentro de un marco garantista, son normas declarativas. Cuando se aplican, cambian el estatus de las personas: declaran culpabilidad, ordenan prisión preventiva, inician una investigación penal.

<b>Criterio</b>	<b>Autoritarismo</b>	<b>Garantismo</b>
Tipos de normas	Constitutivas	Regulativas
Delito	Síntoma debilidad/estado peligroso	Conflicto, lesión, acción humana
Ser humano	Determinado por la biología o la sociedad	Libre y digno
Pena	Adecuada a perversión	Proporcional y mínima
Culpabilidad	Por “ser”/ reproche existencia	Por hacer / reproche por conducta
Derecho penal	Autor	Acto

Las normas regulativas tratan al máximo de reducir la discrecionalidad y la arbitrariedad de los agentes de estado. Ferrajoli llama a este modelo “cognitivista”. Las normas declarativas se basan siempre en la cognición

previa. La cognición previa exige algunos pasos: 1. denotación: elección e interpretación de normas en función de hechos. 2. comprobación probatoria; esto es, se deben comprobar hechos para que se produzca el efecto regulador. Las normas penales, en este sentido, son siempre una garantía de las personas. Tiene que haber un hecho que haya provocado un daño grave demostrado (materialidad de la acción) y tiene que haberse demostrado la culpabilidad (capacidad para comprender y querer). 3. Connotación, que es un momento valorativo y equitativo de los hechos con el derecho. Y 4. disposición, que es la decisión en relación a un caso concreto. El modelo autoritario, que se basa en normas constitutivas, simplemente decide y se salta la denotación, comprobación y connotación, que son el sustento de la argumentación jurídica y de la motivación.

Desde otra entrada, las normas constitutivas son propias del derecho penal de autor,<sup>123</sup> que considera que el delito es un síntoma de la debilidad moral del autor, que demuestra su condición peligrosa. En este tipo de consideración, el ser humano no tiene libertad para elegir el estado sino que es un sujeto predeterminado por su esencia y constitución. La pena va a depender del nivel de perversión del acusado y en función de ella, podría disciplinarse al individuo o eliminarse. Se reprocha, en suma, la mera existencia.

Las normas regulativas, en cambio, tienen relación directa con el derecho penal de acto. Cuando el sistema penal se concentra en los hechos dañosos graves, mira los conflictos, las acciones y no a las personas. El ser humano no es un parásito, una cosa, un demonio o simplemente un delincuente sino que es un ser digno, autónomo, con capacidad para ejercer la libertad. La pena se mide en función de la gravedad del hecho y se atenúa en función de su culpabilidad.

## El proceso

Las garantías procesales son de trascendental importancia porque establecen el mecanismo a través del cual las garantías normativas, que abordan el delito y la pena, se pueden materializar. Un juicio mal concebido puede hacer imposible la consideración de un delito y el establecimiento de una pena justa. El juicio será siempre, desde la lógica garantista, un instrumento para alcanzar la justicia. También, desde la óptica opuesta, un

---

123 E. R. Zaffaroni, A. Alagia y A. Slokar, *Derecho penal...*, p. 65.



juicio puede ser el instrumento para fortalecer un estado de policía y autoritario.

Las garantías del juicio justo se conforman de dos componentes: las garantías orgánicas y las procesales. Las primeras tienen relación con la formación del juez y su colocación frente al estado (independencia) y las partes (imparcialidad); las garantías procesales tienen relación con la concepción y el diseño del juicio. Hay tres preguntas claves para comprender el modelo garantista de enjuiciamiento: cuándo juzgar, qué juez y cómo juzgar.

## **1. Cuándo juzgar: principio acusatorio**

Solo puede iniciarse un juicio si es que hay acusación. El principio de acusación exige varios actores, distribución de funciones, procedimientos públicos.

Tiene que haber un juez, independiente e imparcial, de quién hablaré en el siguiente acápite, un acusador que represente los intereses de las víctimas concretas y de carne y hueso, un defensor y un acusado.

El acusador es el ministerio público o la fiscalía. Nunca el acusador podría ser el juez, porque esto alteraría de forma inevitable la necesidad de ser imparcial. El acusador tiene que estar estrechamente vinculado con la víctima. No es concebible que la fiscalía represente los intereses generales de la sociedad. Cuando esto sucede, la fiscalía se vincula con un ente abstracto con el que no tiene posibilidad de relacionarse. Cuando no hay vínculo, entonces no hay compromiso. La “sociedad” es al mismo tiempo todos y nadie. Tres efectos: no hay forma de ejercer control sobre la actividad del fiscal en cada caso, puede ejercer la acción penal de forma totalmente distinta a los intereses de las víctimas y acaba el fiscal siguiendo sus impulsos y convicciones morales (lo cual es un retorno sutil a la moral en la esfera más riesgosa del derecho). Mientras más se separe el fiscal de la persona de carne y hueso, menos legitimidad tendrá su acción y acusación.

Ahora bien. ¿Qué sucede cuando la víctima no quiere ejercer la acción o no existe?, ¿quiere decir que no tiene legitimidad el fiscal? Esto sucedería, por ejemplo, cuando encuentro un cadáver que ha sido asesinado de forma violenta y con claras huellas de un delito grave. Hay ciertos casos, que deberían ser excepcionales, en los que el fiscal debe

ejercer la acción penal, pero pensando siempre, de buena fe, en los intereses que tendría la víctima en función de la justicia penal. En el resto de casos, cuando los delitos tienen que ver con daños cuyas víctimas pueden imaginar las formas de reparación no punitiva, el fiscal debe estrechamente estar vinculado a la víctima. Esto es evidente, por ejemplo, en los delitos relacionados a la propiedad, a la intimidad y a la autonomía de la voluntad. ¿Qué sucede cuando la voluntad de la víctima en relación a la acción penal está viciada por la fuerza o la presión? Lo mismo que sucede en la teoría de los contratos cuando hay vicios de consentimiento: el consentimiento no tiene validez. Esto porque a veces se objeta, en particular con los delitos sexuales producidos intrafamiliarmente, que las mujeres siempre están presionadas. Pero cabe pensar que, en estos delitos, ¿pueden existir intereses superiores a meter preso al marido (amor, necesidad, vínculos familiares, trabajo, que el derecho penal definitivamente no resuelve ni le interesa resolver)?

Al pensar en las víctimas, ¿cabe ampliar la posibilidad de delitos perseguibles solamente por querrela, es decir por iniciativa de la víctima sin contar con la fiscalía? Me parece que no es conveniente, aunque pueda sonar conservador. Si es que no interesa al derecho penal, simplemente hay que descriminalizar la conducta, no ponerla en segundo plano. Las personas no tienen las condiciones para la búsqueda de la verdad que tiene el estado y que requiere la investigación de delitos. No se puede dejar a la fortuna o condiciones de las víctimas la posibilidad o no del éxito procesal. No es justo. Toda víctima tiene derecho a tener un abogado, pagado por el estado, para que le defienda. El defensor de las víctimas se llama fiscalía. Se podrán imaginar mi inconformidad con la idea de que la defensa pública defienda los intereses de las víctimas. Esto es contraproducente e inadecuado. La defensa pública tiene que especializarse y darle dos roles opuestos generaría una esquizofrenia indeseable: un compañero de oficina tiene que litigar contra otro, un día acusa y otro defiende. Es inadecuado además, porque la víctima es la mejor persona para controlar la calidad del servicio que ofrece la fiscalía. La estrecha relación víctima-fiscalía fortalece la institución y la aterriza.

La ficción de la defensa de los intereses de la sociedad es parecida a la ficción de la restricción de los derechos por el orden o la salud pública. En el fondo, al no poder materializarse, acaban siendo formas de legitimación del poder del estado en general y del punitivo en particular. Esto es, se defienden los intereses de quienes gobiernan o tienen el poder, y no los intereses de las víctimas o de las personas de carne y hueso.



El defensor es imprescindible en un juicio que tiene que ser adversarial. Como se verá, la búsqueda de la verdad necesita, como un presupuesto de la dialéctica, las dos versiones posibles. Si esas dos versiones no existen, el juicio es parcial. La verdad surge de las dos perspectivas, del que busca una pena y del que busca la consideración de un hecho no delictivo o atenuado.

El acusado, como insiste Ferrajoli, es el más débil en la relación jurídica durante el juicio. Por ello, para compensar esa debilidad frente al estado, hay que dotarle de ciertos derechos y garantías que vinculen a los operadores. Quien no crea en esa debilidad, tiene que leer el proceso de Kafka e interiorizar lo que significa ser juzgado por extraños, estar expuesto a un sistema que no se entiende y es insensible, y poder ser sancionado con la privación de derechos. El estado, cuando la persona es sujeto de enjuiciamiento, tiene muchas potestades: citar, detener, privar preventivamente de la libertad, impedir salir del país, condenar a la cárcel, considerar delincuente a un individuo. Frente a estos poderes, los derechos. Pero hay uno que se debe destacar, y que marca la diferencia con otros modelos de enjuiciamiento criminal: la presunción de inocencia.

La presunción de inocencia es una garantía de la libertad. Si la inocencia no se protege, la libertad está en serio peligro. El sistema inquisitivo se basó en la presunción de culpabilidad y se pudo simplemente condenar sin prueba, con la sola denuncia y por puros prejuicios. La presunción de inocencia es la apuesta por un sistema democrático y por la inmunidad de los ciudadanos ante el poder punitivo. Sin la presunción de inocencia la privación de libertad, como sostiene Voltaire, es un simple asalto por parte de un bandido. Algunas consecuencias de la presunción de inocencia: hay que considerar y tratar como inocentes a las personas mientras no tengan sentencia, la carga de la prueba es de la acusación y mientras no haya prueba no puede haber trato de culpable, el corolario es que la prisión preventiva es un atentado a la presunción de inocencia: hay pena, privación de libertad, sin prueba, por más que se quiera justificar fines cautelares o procesales.

La prisión preventiva contradice los presupuestos de estricta legalidad y jurisdiccionalidad. Se priva de libertad sin saber si se cometió delito o no y sin tener conocimiento sobre la verdad de los hechos. Es,

como dice Ferrajoli, un “fraude de etiqueta”.<sup>124</sup> Es decir, una violación de derechos con justificación jurídica. Ferrajoli sostiene que las justificaciones procesales no son suficientes y además produce efectos indeseables. Entre las justificaciones están el alterar las pruebas y el peligro de fuga. Si un procesado requiere alterar las pruebas lo va a hacer mediante un tercero; pero aun si tuviera sentido, tendría que practicarse la prueba que podría alterarse y liberarse a la persona (hacer el reconocimiento de la escena del crimen, que tiene que ser inmediato, y liberar al procesado). En cuanto al peligro de fuga, las personas se fugan más por temor a la prisión preventiva que a la pena; si existiría certeza que no hay prisión preventiva, los acusados se defenderían y exigirían de su defensor eficacia para evitar la pena. Finalmente, los efectos de la prisión preventiva escapan al cálculo que se pueda hacer de las ventajas procesales: la cárcel siempre es infamante, obstaculiza la defensa técnica, permite por el encierro del acusado dar ventajas al acusador en cuanto a la búsqueda de la prueba, da inseguridad física y emocional al acusado, es aunque no quiera dársele ese nombre, una pena anticipada y grave sin fundamentos. Por lo tanto, un sistema garantista requiere procesos sin personas privadas preventivamente de libertad.

Las funciones entre los operadores deben ser diferenciadas y claras. En primer lugar, el juez nunca debe acusar. El juez debe ser garante del debido proceso, permitir las restricciones a los derechos cuando hay justificación, cerrar o abrir las puertas de las etapas procesales. Cuando hay acusación, no le corresponde al juez verificar o no si hay hechos que prueben si existe o no infracción y si hay demostración de culpabilidad, esto sería hacer un juicio previo. Lo que le corresponde es verificar la existencia de una acusación. Otra función, distinta e importante, es constatar que las garantías sean efectivas y que se produzca lo más posible el acercamiento a una verdad procesal. Esto quiere decir que el juzgador debe ser activo en el juicio, debe preguntar cuando sea necesario y debe corregir las deficiencias procesales. No me parece un exceso, cuando el juez verifica que el defensor tiene serias deficiencias técnicas y pide la suspensión de la audiencia; lo que no debería suceder cuando el fiscal fuere deficiente, por la presunción de inocencia y la limitación al poder punitivo.

El fiscal está encargado de la acusación. La acusación debe tener elementos de prueba (no prueba) suficientes para poder predecir que

---

124 L. Ferrajoli, *Derecho y razón...*, p. 556.



podría lograr una condena. La búsqueda de elementos de prueba no tiene que realizarse del mismo modo que se hace una investigación en un sistema inquisitivo. Este es un grave error y una terrible desnaturalización del procedimiento acusatorio. Resulta que en la fase de indagación y de instrucción, el fiscal se convierte en una especie de juzgador *ad hoc*, pide pruebas, las personas se defienden, se forma un criterio, hace un juicio pero que puede ser largo y de consecuencias desastrosas: continúa el proceso y hay otra fase de pruebas. El fiscal, aunque no tenga ese nombre, se torna en juez y parte y rompe con la lógica del proceso adversarial-acusatorio. No hay que tener certeza ni pruebas para formar una acusación; hay que tener elementos de prueba y elementos que me hagan prever que podría haber una condena. Entonces, debe investigar, pero no judicializar la investigación y peor hacer un expediente escrito y solemne, que es la introducción del sistema inquisitivo burocrático, y debe acusar. Por otro lado, la fiscalía debe tener compromiso con las víctimas y con la búsqueda de la verdad que satisfaga sus intereses.

El defensor tiene que ofrecer una defensa técnica. Esto no es fácil cuando el estado se ha burocratizado al igual que la fiscalía y, como sostenía Weber, tiende a insensibilizarse.<sup>125</sup> Los defensores deben tener ciertas características: compromiso con la limitación del poder punitivo, conciencia de la selectividad del poder punitivo y la solidaridad con la población más vulnerable, escuchar activamente, representar los intereses de los acusados, garantizar el debido proceso mediante una defensa técnica aceptable. Supongo que la rutina burocrática suele ser un enemigo de la defensa técnica y que el compromiso hay que renovarlo periódicamente, algo así como el psicólogo clínico debe cada cierto tiempo hacer terapia para poder renovar su capacidad de escucha y su objetividad.

El procedimiento debe ser público y oral. Mientras más se aleja de la publicidad y se acerca a lo escritural, el secreto cobra importancia. Cuando los juicios son secretos, no hay forma de controlar el ejercicio de las potestades de los operadores jurídicos; cuando no hay como controlar, el campo se propicia para la mediocridad y la corrupción. En procesos públicos, en cambio, se transparentan los criterios, se exponen los argumentos, se controlan las intervenciones. Hay que tener cuidado de las actividades públicas que dan forma a los acuerdos secretos, como cuando previo a la audiencia se ponen de acuerdo defensor, juez y acusador, nada

---

125 E. R. Zaffaroni, A. Alagia y A. Slokar, *Derecho penal...*, p. 357.

más atentatorio a la imparcialidad de los operadores frente a los intereses de las partes en conflicto. Cuando el procedimiento es escrito, el juicio se compone de muchas microaudiencias que no se registran y que van formando el criterio del operador. Piénsese, por ejemplo, todo el diálogo que se produce entre una parte y la declaración que se introduce en fase indagatoria, que no consta en acta ni cuenta con la presencia de la persona a quien afectaría esa declaración. En la práctica procesal, la fase de indagación suele ser un procedimiento inquisitivo, escrito, burocratizado, secreto y sin posibilidades de defensa efectiva. La indagación preprocesal solo debería ser de hechos; en el momento en el que aparecen supuestos involucrados, debe iniciarse la instrucción fiscal.

<b>Criterio</b>	<b>Juzgamiento autoritario</b>	<b>Juzgamiento garantista</b>
Forma de juicio	Inquisitivo	Acusatorio
	Secreto	Público
	Escrito	Oral
Rol operadores	Confunde funciones	Rígida separación funciones
	Predominio acusación	Igualdad procesal
	Presunción culpabilidad	Presunción inocencia

## **2. Qué juez: principio de independencia e imparcialidad**

Para Ferrajoli son importantes las garantías orgánicas. El juzgador, que se materializa en una persona que ejerce una función pública institucionalizada, tiene dos funciones delicadas: comprender una verdad y tutelar la libertad.

El perfil del juzgador está estrechamente ligado al modelo de juicio y a su vez al modelo de estado. Si el juicio es una forma de manifestación del poder, como sucede en el juzgamiento inquisitivo, el juzgador es un instrumento de poder que actúa de oficio y busca afirmar en casos concretos lo que el poder ha decidido con anticipación; si el juzgador es simplemente un espectador, hablaríamos de un sistema acusatorio burocratizado; un sistema garantista, en cambio, exige un juzgador que sea independiente e imparcial.





El juzgador está sujeto a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la verdad procesal. En consecuencia, no está sujeto a poder alguno. Este sometimiento al derecho y a la verdad es lo que le da legitimidad. Por otro lado, conviene aclarar que el juzgador no representa a nadie; aunque juzga a nombre del pueblo, no representa a la mayoría y mucho menos a la parte con la que se identifica en un proceso. Es más, debe tutelar a la minoría y al más débil que tiene derechos.<sup>126</sup>

La independencia es una garantía de la justicia y de la no sumisión de un poder a otro. La independencia puede ser externa e interna. Externa cuando el juzgador impide la influencia de poderes ajenos a la función judicial. La independencia es interna cuando impide la influencia de actores de la misma función judicial. Suele ser común, la incidencia interna cuando existe la amenaza de control disciplinario frente a resoluciones que puedan incomodar al poder político. Para evitar esas influencias indeseables, el juzgador tiene poder otorgado por la Constitución para enfrentarse a otros poderes. De ahí, que el juzgador debería constituirse en un obstáculo serio, sólido y perpetuo contra los abusos de poder. El mejor sistema de garantía de independencia es la distancia que debe tener la selección, el funcionamiento y la cesación de funciones de otros poderes políticos que pueden y de hecho son parte en procesos judiciales. El sistema más adecuado es el de méritos, la formación continua y la separación del cargo mediante resoluciones de órganos administrativos también independientes e imparciales.

La imparcialidad opera en las relaciones procesales. Existe al menos un triángulo siempre: en la base las partes procesales y en el vértice el juzgador. Las dos partes deben gozar de iguales derechos y posibilidades para conseguir los elementos de prueba y la prueba. Por ejemplo, cuando la defensa debe pedir actos para buscar elementos de prueba a la fiscalía, hay un desequilibrio intolerable. De igual manera, hay desequilibrio cuando la acusación realiza actos como si fueran funciones judiciales, como sucede en la búsqueda de elementos de prueba durante la indagación y la instrucción. No cabe tampoco que la fiscalía administre el sistema de peritajes, también desequilibraría la relación de igualdad que debe existir durante un proceso. El juzgador debe intervenir para vigilar la igualdad procesal y para garantizar a la defensa la posibilidad de refutación. El juzgador no debe tener interés privado en el resultado de un proceso. Si lo

---

126 L. Ferrajoli, *Derecho y razón...*, p. 580.

tuviere, debe excusarse o deben recusarlo, sino se pierde la imparcialidad. La imagen del árbitro en un partido de fútbol, una vez más, conviene traerla como ejemplo a colación. El árbitro no debe ser hincha ni nacional de uno de los equipos, el árbitro debe aplicar las reglas por igual, el árbitro debe apreciar los hechos de buena fe y creer que conoce la verdad cuando sanciona. De lo contrario, el “árbitro vendido” ofende a la justicia deportiva.

El juzgador, además de independiente e imparcial, debe ser competente. La idea es que el juzgador y las reglas que aplica deben ser anteriores a los casos que juzgan. Esto parecería ser obvio pero es una constante de los estados autoritarios. Pone juzgadores después de sucedido el hecho, crea estados de excepción, nombra comisiones administrativas (muy común cuando se trata de migrantes o niños y adolescentes infractores).

Finalmente, algunas reflexiones en relación a la responsabilidad de los juzgadores. Ferrajoli distingue dos tipos de responsabilidades: jurídica y social.<sup>127</sup> La responsabilidad jurídica tiene relación con la sujeción al ordenamiento jurídico o a la imposición de sanciones si es que no lo hace. La responsabilidad puede ser de carácter administrativo-disciplinario, cuando no cumple con los tiempos asignados o no cumple tareas propias de acuerdo a sus funciones; la responsabilidad penal, si es que se demuestra que el juzgador favoreció a una de las partes por interés propio (corrupción, pago, influencias); en cuanto a la responsabilidad civil, conviene no establecerla. Según Ferrajoli, es inapropiada y perversa y hay que evitarla, porque puede constituirse en un obstáculo para el ejercicio de la función pública judicial, corre el riesgo de involucrar al juez con las partes y mete a la actividad judicial en la lógica del mercado y de los negocios.

La responsabilidad social es la más importante si es que se relaciona el ejercicio del poder de juzgar con la democracia. El control ciudadano y la publicidad de los procesos ayudan a que las normas sean conocidas y cuando son aplicadas, refuerzan el sentimiento de vivir en un estado de derechos. Los juzgadores están obligados a motivar, a garantizar públicamente los derechos de los más débiles y de formar opinión pública informada. Esto no quiere decir que los medios de comunicación tienen el derecho de opinar y presionar a los jueces para que resuelvan en

---

127 *Ibid.*, p. 593-603.



determinados sentidos. Los medios de comunicación son un poder y deben ser frenados y controlados por el poder judicial.

### 3. Cómo juzgar: el principio probatorio y contradictorio

El proceso es una garantía para conocer la verdad y para preservar la libertad.<sup>128</sup> La historia de los juicios, según afirma Ferrajoli, es una historia de horrores y errores. Por eso, en un sistema garantista, el proceso debe ser entendido como una técnica de minimización del dolor y de la equivocación. La finalidad del proceso no puede ser otra que la tutela del derecho del inocente a no ser considerado culpable y el castigo al culpable. En el sistema inquisitivo, las normas se basaban en la confianza del poder, en la presunción de culpabilidad, y en que el poder punitivo no se podía equivocar y cualquier sanción era considerada legítima. En cambio, en el sistema garantista, hay que desconfiar del poder, hay que presumir la inocencia y hay que buscar de forma reglada la verdad.

Ferrajoli distingue dos tipos de garantías durante el proceso: garantías procesales primarias, y garantías procesales secundarias.

Las garantías procesales primarias son tres: la formulación de la acusación, la carga acusatoria de la prueba y la defensa.

La formulación de la acusación es una actividad que el sistema jurídico debe asignar a un sujeto que nunca puede ser el juzgador, y que normalmente es la fiscalía. La acusación es el acto mediante el cual se delimita el juicio y los hechos que serán motivos de juzgamiento. La acusación debe ser unívoca, basada en indicios que lleven a la probabilidad de una declaratoria de culpabilidad, completa y oportuna. Cada uno de los indicios deberá ser conocido y refutable.

El interrogatorio tiene una perspectiva totalmente diferente entre el sistema inquisitivo y el acusatorio. En el primero, la confesión no solo era indicio sino que era la prueba principal y suficiente, de ahí que la tortura sea el método por excelencia de búsqueda de la verdad procesal. En el acusatorio, en cambio, la versión del acusado es un medio de defensa, por el que se refuta y se presume su veracidad a menos que exista prueba en contrario. De esto se desprende la prohibición y lo inadecuado de los

---

128 *Ibid.*, p. 603-622.



procedimientos que exigen la colaboración del procesado para agilizar la investigación o atenuar la pena. Simplemente estos procedimientos desplazan la carga de la prueba, confunde los roles, y constituye un retroceso a los sistemas inquisitivos.

La prueba tiene relación con la búsqueda de la verdad. El actor que tiene el peso de demostrar la verdad es el acusador. Si no lo hace o lo hace de forma defectuosa, se presume que el acusado es inocente. Ferrajoli pone mucho énfasis en este aspecto.<sup>129</sup> La verdad tiene dos matices, el uno es la verdad fáctica y el otro es la verdad jurídica. Por la primera, se tiene que demostrar que se cometió un hecho y por la segunda que es delito. La verdad procesal es aproximada, no tiene que existir una total correspondencia, porque es un nivel imposible de lograr. Se tiene que considerar verdadero por lo que procesalmente se conoce. La verdad se prueba, no se demuestra. Por ello, el operador debe inducir de hechos procesalmente incorporados al proceso. Si tendríamos que graficar el proceso de elaboración de la verdad diríamos que: los hechos relevantes se introducen mediante prueba, la prueba es razonada y finalmente valorada. Mientras más saber procesal existe, menos posibilidades de error y decisión.

<b>Autoritarismo</b>	<b>Garantismo</b>
Inquisitivo	Acusatorio
Decisionismo	Cognitivismo
Valoración subjetiva	Comprobación
Prueba en el acusado (tortura)	Prueba fuera del acusado (objetiva)
Voluntad del juzgador	Razonamiento del juzgador
Poder punitivo	Saber judicial

Finalmente, no podría considerarse que exista una verdad procesal si el acusado, mediante su defensa, no ha dado su versión de los hechos y no ha podido contradecir las pruebas en su contra. Es decir, no hay prueba sin defensa. Toda prueba tiene que tener la posibilidad de ser refutada. Para

---

129 *Ibid.*, p. 45 y s.



ello, las partes deben tener igualdad de armas y las mismas capacidades y poderes para presentar su verdad. Esta garantía solo se realiza en un procedimiento y juicio adversarial.

Las garantías procesales secundarias son cuatro: la publicidad, la oralidad, la legalidad de los procedimientos y la motivación.

La publicidad, como ya hemos mencionado, asegura el control por parte de las partes, la ciudadanía y de la opinión pública. La publicidad ayuda a frenar los abusos y en ella se funda la confianza necesaria para el juzgamiento.

La oralidad es el mejor medio para garantizar la inmediación y la contradicción, que tiene que producirse en un mismo acto. El juzgador está presente en todo momento y ante todo incidente, dialogando de forma directa con las partes. Permite, además, que la prueba se produzca el momento del juicio. El sistema escrito obliga a la prueba anterior al juicio y es un serio obstáculo para la contradicción.

La legalidad de los procedimientos tiene que ver con los ritos formales, que deben estar concebidos como garantías adicionales para que las primarias se produzcan. Las formas procesales condicionan la validez de la prueba. No se puede, por ejemplo, obtener prueba violando derechos, a menos que el juzgador autorice la restricción de forma expresa, como sucede, por ejemplo, en el caso del allanamiento de domicilio. No se trata de complicaciones inútiles para que los procedimientos sean lentos o con trabas. Se trata de garantizar derechos importantes sin los cuales el proceso sería parcial, tales como la presencia de abogado, la notificación a la parte contraria, el tiempo para preparar la defensa, la autorización judicial.

Finalmente, la motivación. La motivación garantiza que el juzgamiento sea cognitivo. La motivación demuestra la vinculación activa del juzgador con los hechos introducidos al proceso, con los argumentos de las partes y con la convicción del juez al resolver una causa. La motivación vincula la prueba con el derecho. El juzgador demuestra que las pruebas han sido refutables y enseña la verdad construida judicialmente. La fundamentación de la decisión permite, por otro lado, el control judicial y social de los hechos construidos, de las pruebas valoradas y del derecho aplicado. Si no hay motivación, es difícil demostrar que una decisión es justa; por otro lado, sin motivación, no se llega a aplicar el concepto de estricta jurisdiccionalidad. Es decir, sin motivación, no hay juicio justo.

## La teoría del delito por principios garantistas

La teoría del delito es una garantía más para evitar que el inocente sea juzgado y condenado, y para sancionar de forma justa a quien ha cometido un delito. Por ello, el maestro Zaffaroni sostiene que “la teoría del delito está destinada a operar como un sistema inteligente de filtros para contener racionalmente las pulsiones del poder punitivo”.<sup>130</sup> No voy a intentar describir toda la complejidad de la teoría del delito, las escuelas, las excepciones, que han inspirado a los penalistas a escribir miles de páginas y decenas de tomos de libros. Simplemente quisiera esquematizar dos formas de analizar la teoría del delito. La idea es encontrar un mecanismo más de garantía, que sea práctico y contenga al poder punitivo. Si el mecanismo facilita la expansión del poder punitivo, entonces no es adecuado y debe desecharse.

El sistema se ha graficado, y en esto hay consenso académico, como gradas o peldaños, a las que hay que subir una por una para llegar a la pena. La grada y la subida hay que entenderla como una dificultad que hay que superar. Hay otro sistema que se parece a las puertas, que tiene sentido en la lógica de los principios y también de los obstáculos para imponer una pena.

### El sistema como gradas

El punto de partida es un sustantivo: la conducta humana. Si no hay conducta humana, luego hay que quitarse de la escalera, no permitir “entrar” al poder punitivo. De ahí se desprende que los pensamientos, las actitudes, las apariencias, la forma de ser, el pasado de una persona, no cuenta para pararse al frente del sistema penal.

En este sentido, tampoco cabrían las formas ficticias de actuación de las personas jurídicas, pero sí las actuaciones de los seres humanos que están detrás de la administración de una persona jurídica.

Los peldaños siguientes son adjetivos que le califican a la conducta. El primer peldaño es la tipicidad: la conducta humana debe ser típica. La conducta humana que se ha manifestado mediante actos materiales, debe

---

<sup>130</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *Estructura básica del derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2009, p. 57.



estar prohibida por un tipo penal. En otras palabras, la conducta está descrita en un artículo de la ley penal. Recordemos que las leyes penales son reglas hipotéticas compuestas por una condición o hipótesis de hecho y una consecuencia que suele ser la pena. En este peldaño, la conducta debe adecuarse a esa hipótesis de hecho o condición fáctica.

Este peldaño, dependiendo de los elementos que lo contienen, suele ser más fácil o difícil subir. Es como que unas escuelas penales suben en escalera eléctrica y son menos garantistas, y otras ponen cemento de contacto para que sea difícil el siguiente paso. Los de la escalera eléctrica son los funcionalistas y suelen usar la teoría que se denomina causalismo. Los garantistas son los otros, porque quieren al máximo evitar injusticias y asegurarse que se cumplan rigurosamente las exigencias de cada peldaño.

Para los causalistas, la tipicidad es una simple descripción del proceso causal. Una persona hace algo y se produce una consecuencia que es delictiva. Si hay relación entre una acción y el resultado, estamos frente a la tipicidad en el causalismo. La tipicidad, entonces, tiene un carácter objetivo.<sup>131</sup>

Para los finalistas,<sup>132</sup> en cambio, la tipicidad no es un proceso causal sino final, “lo que significa que el actuar humano se determina desde el fin perseguido por el autor sobre la base de su experiencia causal”.<sup>133</sup> La tipicidad tiene, entonces, un carácter objetivo pero también subjetivo, puesto que recoge valorativamente el proceso de la conducta o acción humana desde el fin. Por ello, la gran diferencia con el causalismo es que el dolo y la culpa en el finalismo están en el tipo penal, mientras que en el causalismo es la base de la culpabilidad.

Para los causalistas simplemente no hay como subir la grada si es que no hay tipo penal. Para los finalistas, no hay como subir la grada si es que no hay tipo penal o cuando habiendo tipo penal, hay ausencia de dolo.

---

**131** Juan Bustos Ramírez, *Derecho penal. Parte general*, vol. II, Quito, Ed. Jurídica del Ecuador, 2008, p. 564.

**132** El tratadista ecuatoriano que ha profundizado más sobre la teoría finalista del delito es Alfonso Zambrano Pasquel, *Manual de derecho penal. Parte general*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), 2008, p. 1-32.

**133** J. Bustos Ramírez, *Derecho penal...*, p. 567.

Cuando la conducta humana ha sido considerada típica, entonces subimos el siguiente peldaño, que es la antijuridicidad. Una conducta típica es antijurídica cuando el sistema jurídico no permite o prohíbe la conducta. Esto sucede cuando la conducta no está justificada jurídicamente. El ejemplo de conductas típicas que no son antijurídicas son la legítima defensa, el ejercicio de un derecho (como la protesta pública) y el cumplimiento de una responsabilidad social o pública (por ejemplo, la práctica de la medicina).

Tercer peldaño: la conducta típica y antijurídica debe ser culpable. La conducta debe poder reprochársele a la persona que ha cometido el hecho o ha actuado. Hay muchas situaciones en las que no se puede reprochar una conducta a una persona, por ejemplo cuando hay perturbación de la conciencia o cuando hay un error de comprensión. La culpabilidad, por otro lado, es importante para establecer la proporcionalidad de la pena y la adecuación de una pena a una persona concreta.

## El sistema como puertas

El punto de partida también es un sustantivo, pero no la conducta o la acción, sino el bien jurídico. La base del sistema de puertas son los principios.<sup>134</sup> La metáfora no es ya el ubicarse al frente de la escalera, que representa al sistema penal y cuya alfombra es la conducta. En el sistema de puertas, estoy parado al frente de puertas, que es el sistema penal.

La alfombra que me ubica ante el sistema es el principio de lesividad, que hace alusión directa a la teoría del bien jurídico. No podría existir la posibilidad de enfrentarme al sistema penal si es que no hay un daño concreto y materializado, que sea de tal magnitud y gravedad que merezca la intervención penal.

El daño tiene que, además, ser producido por una persona. Si no lo es, estaríamos frente a la responsabilidad objetiva que es un gran defecto de los sistemas autoritarios.

---

**134** Sobre la construcción enteramente de una dogmática penal basada en principios, véase A. Binder, "El derecho penal como conjunto de límites a la violencia del estado: principios y garantías", en *Introducción al derecho penal*, p. 95-106.





El principio de legalidad tiene dos dimensiones, la una formal y la otra estricta. En la formal la condición es que exista una ley previa expedida de conformidad con el sistema jurídico reconocido por el estado. En lo sustancial, esa ley tiene que guardar conformidad con los derechos reconocidos en la Constitución. El defecto del legislador, si es que ha tipificado un daño irrelevante o no constitucionalmente protegido, puede ser corregido por el operador de justicia.

El principio de autotutela tiene relación con la imposibilidad del estado de proteger un derecho que ha sido lesionado y que permite al titular del derecho garantizarlo, pero de forma proporcional y siempre que sea necesario.

El principio de coherencia normativa tiene relación con la conducta, el bien jurídico y el sistema normativo. No puede el sistema normativo propiciar una pena cuando está ordenando la conducta que la ley considera prohibida. Esto ocurre, por ejemplo, cuando una persona ejerce la libertad de expresión y un operador de justicia inicia una investigación por ese ejercicio que considera abusivo.

El principio de culpabilidad está estrechamente vinculado al derecho a la libertad y, en el campo penal, significa que las personas tienen la posibilidad real de cometer una infracción penal. Esto quiere decir que si es que se demuestra que no hay libertad, no se le puede a una persona imputar un delito. Las personas no comprender la ilicitud penal, no tienen conciencia ni voluntad para cometer un delito.

Los esquemas del delito sirven de guía para evitar cometer injusticias y abusos usando el sistema penal. El sistema de gradas es el más común y aceptado, y quizá por ser un sistema que ha merecido la atención por múltiples juristas que han hecho esfuerzos por contener al poder punitivo, sea el mejor estructurado y aconsejable.

Sin embargo, si se lograra conseguir los fines propuestos, el sistema de puertas podría ser más práctico y fácil de manejar. Cuando se trata de excluir la ilicitud penal, no importa cuál puerta atravieso, sino simplemente atravesarla por donde sea más evidente cuando tengo un hecho por delante. Por ejemplo, en los casos de protesta pública, cuando se tiene el convencimiento de estar frente al ejercicio de la libertad de expresión, lo más evidente es cruzar la puerta de la coherencia normativa y no tengo que preguntarme si la protesta pacífica y la ocupación de un espacio público o privado está tipificado o no.

En el sistema de gradas tengo que pisar todas y cada uno de los escalones para considerar que existe un delito y que este merece pena. En el sistema de puertas tengo que intentar atravesar todas las puertas y cuando es imposible abrirlas, entonces podemos hablar de la posibilidad de excluir o limitar la responsabilidad penal por un ilícito.

En el fondo son dos formas de llegar a lo mismo. En términos jurídicos, conviene utilizar la metáfora que ayude de mejor manera a proteger al inocente y a evitar un juicio injusto al acusado de un delito.

## Las garantías normativas penales

Con toda la doctrina que hemos repasado, inspirada en la normativa constitucional, se impone la reforma penal. La necesidad de esta reforma, entra dentro de la lógica de las garantías normativas, que también tiene su desarrollo jurídico y doctrinario.

Luigi Ferrajoli, consecuente con la teoría constitucional y con el garantismo, considera que todo el estado es una garantía para que se cumplan los derechos humanos. Ferrajoli clasifica las garantías en dos. Garantías primarias y secundarias.<sup>135</sup> Las garantías primarias son aquellas que se refieren al sistema jurídico. Las normas jurídicas constituyen una primera garantía para las personas. Las normas establecerían el marco a través del cual los organismos y los funcionarios del estado tienen determinadas sus competencias y las personas son titulares de derechos. Los derechos humanos, a su vez, limitan al estado, de tal modo que si se exceden violarían derechos, y vinculan, de tal forma que los funcionarios de estado tienen obligaciones con cada persona. Las garantías secundarias son, a su vez, de dos clases. Las políticas públicas, que emanan del poder administrativo o ejecutivo, que se concretan en planes y proyectos; y las garantías técnicas, que son todas aquellas que emanan de los jueces que ejercen justicia constitucional, a través de las acciones constitucionales, tanto de control de normas como de actos violatorios a los derechos humanos. A un resultado parecido llega Gregorio Peces Barba cuando distingue a las garantías en función del órgano del poder del estado. Así, por ejemplo, existen garantías de control, de ejecución, de justicia, de

---

<sup>135</sup> Luigi Ferrajoli, "Derechos fundamentales y garantías", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, España, Trotta, 2001, p. 45-56.



definición. En suma, la idea fuerza es que todo el estado es garante de los derechos humanos. Nos interesan, por el momento, las garantías que tiene que ver con la creación de normas jurídicas de carácter legislativo.

Las garantías primarias o legislativas tienen como destinatarios al parlamento o congreso, sea este ordinario o constituyente. Los constituyentes deberán definir los derechos humanos de conformidad con los estándares internacionales y del desarrollo progresivo de los derechos humanos acorde con la historia constitucional de un país. Los legisladores deberán adecuar los principios contenidos en instrumentos internacionales y en la parte dogmática de la Constitución a la legislación ordinaria y secundaria.

La Constitución de 2008, consistente con esta doctrina, de forma clara y determinante vinculó a todo el estado a la promoción y respeto de los derechos (Art. 3.1 y 11.9). Esta obligación se especifica para todas y cada una de las funciones del estado y para los servidores públicos que la conforman (Art. 426). Las funciones y los funcionarios de estado se manifiestan mediante distintos actos jurídicos. Así, en términos generales, la función ejecutiva debe elaborar políticas públicas, reglamentos y actos administrativos; la función judicial expide autos y sentencias; la función legislativa produce leyes; la función de transparencia y control social produce actos administrativos; y la función electoral también participa de la expedición de actos administrativos y hasta de sentencias. Si todas estas manifestaciones son respetuosas de los derechos, se cumple con las garantías que se conocen en la doctrina como primarias.<sup>136</sup> Esto es, el estado y sus funcionarios acatan los mandatos constitucionales y promueven mediante sus actos los derechos fundamentales.

Cualquiera que fuese la forma de manifestación del poder, si no se encuadra dentro del marco de los derechos, puede ser impugnada. Por ejemplo, si las emanaciones del poder violan derechos y producen daño concreto, tenemos la acción de protección; si las leyes violan la constitución, tenemos la acción de inconstitucionalidad; si las sentencias o autos definitivos violan derechos, tenemos la acción extraordinaria de protección.

---

136 *Ibid.*

Por estas relaciones y vinculaciones entre el estado y los derechos es que la Constitución puede ser calificada como garantista. Nos interesa centrar la atención en las garantías normativas, que es una de las novedades en el constitucionalismo ecuatoriano y latinoamericano. La Constitución, en su artículo 84, textualmente dispone:

La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad... En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

Brevemente analicemos esta disposición constitucional. En primer lugar, la norma va dirigida a toda autoridad que tiene la competencia constitucional o legal para dictar normas. Así, las leyes las expide la Asamblea, los reglamentos el Presidente, las ordenanzas los consejos municipales, los acuerdos ministeriales los ministros. Todos ellos tienen la obligación, previo a expedir una norma, de observar los derechos y expedir normas que los respeten o desarrollen.

La fuente de los derechos que las autoridades deben observar previamente son la Constitución, los tratados y los demás instrumentos jurídicos que contengan derechos, como por ejemplo declaraciones internacionales, normas secundarias (como leyes). Si no hay esa observancia previa a lo desarrollado nacional o internacionalmente se corre el riesgo de hacer una ley incompleta o contraria a los derechos.

La adecuación formal quiere decir que hay que respetar las normas que garantizan un debate deliberativo. Esto, en particular con los órganos colegiados, quiere decir que tiene que existir información previa, varios debates, consulta previa cuando fuere el caso. La adecuación material tiene relación con la observancia estricta a los derechos. No se los puede violar, restringir, limitar sino, al contrario, expandir, desarrollar, respetar, proteger, promover.

La relación entre derechos y normas jurídicas es estrecha. En muchos derechos, tales como la propiedad, los derechos de participación y las libertades, la Constitución hace referencia a posteriores desarrollos



legislativos. Por ejemplo, el derecho a transitar libremente por el territorio nacional “cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley”.<sup>137</sup> En otros tantos, como en los derechos del buen vivir, el enunciado del derecho es bastante general y ambiguo. Por ejemplo, que significa el derecho a un hábitat “seguro y saludable”.<sup>138</sup> En ambos casos, el desarrollo normativo mediante un proceso legislativo podría mejorar la comprensión, el ejercicio y la exigibilidad de los derechos. Sin que esta afirmación signifique que los derechos dejen de ser directamente aplicables.<sup>139</sup> Pero expliquemos un poco más estas afirmaciones.

Por un lado, no se requiere desarrollo normativo para exigir derechos. Si alguien considera que su derecho a la propiedad o su derecho al hábitat han sido vulnerados, tiene todo el poder que le otorga la Constitución para poder comparecer ante una autoridad pública o ante el juez y demandar su cumplimiento, se haya o no expedido una ley al respecto. En algunos casos, dependiendo de la violación y del caso concreto, la autoridad competente otorgará el derecho y configurará su contenido en el caso concreto. En otros casos, por ejemplo en aquellos que se requieren políticas públicas, pensemos en la necesidad de un plan de vivienda para un sector de la población que lo necesita, la autoridad ordenará a la autoridad competente que expida una política pública para reparar la violación. En suma, todo derecho tiene dimensión de exigibilidad, cuando el daño es concreto, debe haber reparación individual; cuando el daño es abstracto o generalizado, debe haber una política pública para abordar el problema. En ambos casos no se requiere de una ley y la Constitución es directamente aplicable.

Por otro lado, el desarrollo normativo puede ayudar significativamente para precisar el contenido de los derechos, aclarar los mecanismos de cumplimiento, especificar las condiciones de plena satisfacción, destinar recursos progresivamente para su cabal disfrute, establecer normas procedimentales para garantizar su ejercicio. Por ejemplo, en relación a la alimentación adecuada, una ley puede designar la autoridad encargada de velar por el cumplimiento del derecho, puede precisar un contenido nutritivo a nivel escolar, pre escolar o maternal, puede establecer mecanismos administrativos para corregir las deficiencias en la ejecución de las políticas

---

137 CPE, Art. 66 (14).

138 *Ibid.*, Art. 30.

139 *Ibid.*, Art. 11 (3).

públicas. En este sentido, la ley ayuda al ejercicio de derechos y aclara el contenido de los mismos. Exigirlos ante un juzgador puede ser más fácil y el mismo juzgador tendrá parámetros más objetivos para resolver el asunto.

Legislar sobre derechos fundamentales significa desarrollar “de manera progresiva” el contenido de los derechos.<sup>140</sup> Si el legislador, en cambio, restringe los derechos, estaría violando la norma suprema. De ahí, que la Constitución considere que “será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de derechos”.<sup>141</sup> Conviene, por tanto, distinguir entre “regulación” y “restricción”. Cuando la ley promueve el ejercicio de derechos, esta actividad pública es de “regulación” y absolutamente válida y necesaria. Si es que la ley obstaculiza o reduce el contenido de derechos fundamentales, esta actividad es de “restricción” y, por lo tanto, está prohibida constitucionalmente.

En este sentido de regulación es que las normas de carácter legislativo se constituyen en una garantía para el ejercicio de derechos. De ahí que la Constitución de la República del Ecuador conciba al desarrollo normativo como una garantía fundamental. En un estado verdaderamente constitucional de derechos y justicia,<sup>142</sup> los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, deberían ser una fuente de inspiración para la actuación. No podría, al menos en teoría, existir otra motivación que no sea el desarrollo de los derechos fundamentales.

Estas distinciones doctrinarias también las encontramos en los instrumentos jurídicos internacionales. Casi sin excepción, los convenios internacionales recogen en sus artículos primeros las obligaciones generales de los estados: respetar y hacer respetar. La primera implica, en cualquier tipo de derechos, un deber de abstención.<sup>143</sup> El estado no puede realizar actos que puedan violar los derechos humanos. El “hacer respetar”, en cambio, obliga al estado a realizar acciones, ya para evitar que terceros violen los derechos humanos, ya para promover

---

**140** *Ibid.*, Art. 11 (8).

**141** *Ibid.*

**142** *Ibid.*, Art. 1.

**143** Sobre la intervención positiva –de participación– o negativa –de abstención– del Estado, véase Isaiah Berlin, *Cuatro ensayos sobre libertad*, Madrid, Alianza, 2000.



positivamente la realización de los derechos humanos. La Convención Americana de Derechos Humanos la enuncia de la siguiente manera:

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.<sup>144</sup>

Este artículo bastaría para encuadrar la obligación de legislar como parte del enunciado de “garantizar su libre y pleno ejercicio...”. Sin embargo, como para resaltar la importancia de la obligación de legislar en general, que tiene un estado, también se enuncia la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno:

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

La adecuación, como se desprende del texto, no es exclusivamente legislativa. Se refiere al poder del estado de normar, cuando menciona que las medidas podrían ser “de otro carácter”, esto es, por ejemplo, reglamentar, expedir acuerdos, planes, programas o proyectos.

En teoría del derecho una de las ideas fuerza es la del sistema normativo. El sistema de normas debe ser coherente y esa coherencia, entre otros filtros, se logra por el principio de jerarquía, en virtud del cual todas las normas de carácter secundario deben ser conformes con las normas constitucionales. Finalmente, en el constitucionalismo moderno, el sistema jurídico se hace material o sustancial. El contenido de las normas, y no solo el procedimiento, debe ser rematerializado en función de los derechos humanos.

Particular atención merece, en cuanto a la configuración, algunos avances conceptuales en cuanto al derecho penal internacional: la

---

<sup>144</sup> Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 1.

adecuación de los tipos penales a las infracciones que se consideran más graves en el derecho internacional, las leyes de amnistía, el derecho penal y el género.

El derecho penal internacional ha tenido relevancia particular a partir de la aprobación de convenios internacionales que establecen delitos, crímenes o infracciones graves, que obligan a actualizar algunos tipos penales en función de bienes jurídicos que se consideran que son de relevancia en cualquier lugar y en cualquier tiempo.<sup>145</sup> El consenso internacional es que esos delitos son cuatro: el genocidio, los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra y la agresión. Las normas de derecho interno deberán adecuarse a estos tipos penales configurados internacionalmente.

Las leyes de amnistía han sido consideradas por el sistema interamericano de derechos humanos como una violación a las garantías judiciales que tienen las personas, por imposibilitar el acceso a la justicia y por la promoción de la impunidad. Cuando se impide la tramitación de juicios penales y, a la postre, la sanción penal, las víctimas de las violaciones a sus derechos humanos, que tienen protección penal, no tienen derecho a la tutela efectiva. En estos casos, las amnistías desfiguran las políticas contempladas constitucionalmente para el ámbito penal. Sin embargo, no toda amnistía puede ser considerada perniciosa. En el Derecho Internacional Humanitario (DIH), por razones de justicia transicional, o sea, para conciliar la necesidad de paz social y la tutela efectiva de derechos, siempre que durante un conflicto armado se hayan respetado las normas del DIH, se recomienda procurar conceder la amnistía a los excombatientes.<sup>146</sup> Se supone, en estos casos, que los combatientes no hicieron daño a la población ni a los bienes civiles y que sus objetivos eran políticos y afectaban directamente al estado.<sup>147</sup>

---

**145** Convención para Prevenir y Sancionar el Genocidio (1948), Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura (1978), Los cuatro convenios de Ginebra (1949) y sus dos protocolos adicionales (1977) y, entre otros, el Estatuto de Roma (1998).

**146** Protocolo Adicional No. 2 a los Convenios de Ginebra (1977), Art. 6 (5) "A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado".

**147** Un caso aberrante, contrario a lo mencionado, es la aplicación en Colombia de la Ley de Justicia y Paz (Ley N. 975 de 2005), donde se ofrecieron concesiones jurídicas a grupos paramilitares que violaron notoriamente el DIH.





Usualmente, se escucha cada vez que existe un movimiento que denuncia una violación generalizada a los derechos humanos, que deben incluirse figuras penales y hasta aumentarse las penas. El movimiento de mujeres, que tiene perspectiva liberal o diferencialista, reivindica la penalización de cualquier abuso sexual. Zaffaroni nos advierte que estas reivindicaciones son contradictorias. Los movimientos de género luchan por la eliminación de una cultura patriarcal, que discrimina con particular énfasis a las mujeres. El monumento mejor logrado del sistema patriarcal, por sus características y por los efectos autoritarios, excluyentes y violentos, es el sistema penal. Si se quiere luchar contra el régimen patriarcal, no se lo puede hacer desde una estructura que lo legitima. De ahí que las reivindicaciones de género no deberían jamás realizarse a través del sistema penal.<sup>148</sup>

El Código Penal tiene que ser mirado con los lentes de la Constitución y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. No cabe ya que el Código Penal sea considerado como un ente autónomo, que se basta a sí mismo por el solo hecho de ser distinto al Código Civil. Si al mirar el Código Penal a la luz de la Constitución y del DIDH encontramos diferencias, entonces, se impone una reforma legal. Con estas perspectivas jurídicas, si uno mira la legislación penal, la primera constatación será inevitablemente encontrar un sistema penal incoherente y sin un eje articulador; los siguientes hallazgos tampoco serían sorpresa: normas inconstitucionales, caducas, insuficientes, inadecuadas y contradictorias en todos los componentes del sistema penal.

## **La ejecución de penas en el garantismo penal: la rehabilitación no rehabilita**

Siempre creí que el sistema de rehabilitación social es la idea más adecuada, actual y acabada para tratar a una persona que ha cometido una infracción penal. Me sonaba tan lógico como natural. Algo así como se piensa que toda pastilla recetada por un médico es intrínsecamente la mejor opción para sanar. Lógico, porque algo y positivo hay que hacer con los condenados, y natural, porque qué más puede pedir un delincuente que cambiar para bien. Pero no siempre lo que se cree es lo mejor. Con un poco de información se puede saber que las pastillas a veces provocan peores

---

148 E. R. Zaffaroni, "El discurso feminista...".

daños de los que pretenden curar y que la rehabilitación es un concepto inadecuado desde los derechos.

Pensaba que la rehabilitación era un sistema humano y motivador. Humano porque parte de la idea de que las personas han cometido errores y pueden enmendarlos. Motivador, porque para poder rehabilitarse el estado está en la obligación de elaborar políticas para conceder rebajas a las penas, que es el mecanismo por excelencia para rehabilitar, y que a través de un sistema de estímulos se incentivaba el cambio; nada mejor para una persona que saber que si hace un esfuerzo podría disminuir sus penas. Rehabilitar, además, implica la existencia de un régimen progresivo. El recuperar la libertad es algo así como pasar del estado líquido al gaseoso y volver al estado líquido; siendo lo líquido la sociedad y lo gaseoso el proceso de rehabilitación. En algún lugar leí (no me hago el misterioso, la metáfora es de Jorge Zabala Baquerizo, en *El proceso penal*) que así es también como se pierde la presunción de inocencia y se tiene, mediante un proceso, la certeza de culpabilidad en la sentencia. Poquito a poquito se va perdiendo la inocencia, como poquito a poquito una persona condenada se va rehabilitando. Entonces, en el régimen progresivo se pasa de una condena dura, digamos dieciséis años, a obtener rebajas de las penas, libertad condicional, prelibertad y la ansiada reincorporación a la sociedad. Todo esto me sonaba bien y que así tenía que ser. Lo que tenemos ahora, al fin, es el resultado de un proceso largo de construcciones teóricas. Si funciona mal, no es culpa de la teoría, sino de un puño de funcionarios corruptos o por la falta de recursos del estado. Por último, será tan cierto y adecuado la teoría de la rehabilitación que la mayoría de países del mundo, incluso los “civilizados”, la han adoptado en sus políticas y legislaciones. Más de una vez hemos escuchado que los centros de rehabilitación social son mal llamados así porque más bien son una escuela del delito; afirmando, en el fondo, que serían bien llamados si rehabilitaran; o sea, sosteniendo que el problema no es la teoría sino la forma cómo se ejecutan y aplican las normas en la práctica.

No es casual, entonces, que la Constitución, aun la más avanzada y garantista que ha tenido Ecuador, proclame como finalidad de la pena la rehabilitación social y que los centros donde se depositan a las personas se llamen de rehabilitación.

¿Tanta gente, tanta institución, tanta legislación, tanta doctrina se pueden equivocar?



La respuesta, obviamente, es no, dependiendo de la teoría desde la que se conteste. Si una persona se ubica en las clásicas escuelas de la defensa social o positivistas, la verdad es que no estaría equivocada. Sin embargo, desde la perspectiva que inspira un sistema jurídico que pretende ser coherente entre los derechos y su ejercicio, entre las normas secundarias y las que reconocen derechos humanos, la respuesta es que sí, y esto quisiera desarrollar inmediatamente. Me encantaría convencer, persuadir, agradecer al responder la siguiente pregunta: ¿se debe rehabilitar a una persona?

Tengo algunos argumentos (prestados y apropiados, de más decir que de Ferrajoli) para afirmar que nadie, peor el estado, tiene derecho para rehabilitar a una persona: La rehabilitación atenta a la dignidad de las personas; La rehabilitación atenta contra los fundamentos del garantismo; La rehabilitación vuelve al derecho penal de actor; La rehabilitación permite la discrecionalidad y por tanto la arbitrariedad; La rehabilitación no rehabilita.

El famoso principio de la dignidad, formulado por Kant, ha sido reiteradamente invocado por autores latinoamericanos y por personas garantistas. Entre ellos, el filósofo Arturo Roig<sup>149</sup> y Luigi Ferrajoli. El principio de dignidad podría ser utilizado como un parámetro para evaluar cualquier derecho en función de su ejercicio o violación. Lo he utilizado en múltiples oportunidades y, la verdad sea dicha, me ha sido terriblemente útil. ¿Pero qué dice el principio?

Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otra, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio.<sup>150</sup>

Esto quiere decir que nadie puede ser utilizado como un medio: regla uno. Solo puede una persona ser un medio cuando al mismo tiempo es un fin: regla dos. Ejemplos al paso. En la esclavitud, las personas eran utilizadas como un medio para los fines del patrón; los fines de la persona esclava eran irrelevantes. En la tortura, el cuerpo de una persona es el medio para obtener una información; el fin del policía no es compartido por

---

**149** Véase Arturo Andrés Roig, "La dignidad humana y la moral de la emergencia en América Latina", en *Ética del poder y moralidad de la protesta: La moral latinoamericana de la emergencia*, Quito, UASB-E / CEN, 2002, p. 53-70.

**150** I. Kant, *op. cit.*, p. 261.

el de la persona torturada. Ejemplo positivo, en el que pasando el filtro kantiano, en cambio, se constata dignidad. El padre tiene como fin tener una hija pero, al mismo tiempo, al promover las libertades de la hija, se convierte en un medio; la persona que realiza un trabajo, en el que se siente satisfecho salarial y profesionalmente, cumple su fin y, al mismo tiempo, es un medio al satisfacer las necesidades de una empresa.

Apliquemos el principio de la dignidad al problema de la rehabilitación. La idea es que la sociedad, a través de los mecanismos legales, establece un fin a las personas que han cometido delitos que es el de rehabilitarlas. Puede ser que este fin social sea compartido por las personas que han sido condenadas penalmente, en cuyo caso no hay problema alguno. El problema surge cuando la persona condenada no comparte el fin social de rehabilitar. Si se acepta que es irrelevante la opinión del condenado, en términos teóricos, estaríamos retornando a las teorías utilitarias de la organización social. No importa la voluntad del individuo en tanto sea útil para la sociedad. Desde esta perspectiva, no tendríamos problema alguno. Pero resulta que las teorías utilitarias no se armonizan con la dignidad. De esto y con autoridad, J. Rawls, en su *Teoría de la Justicia*, se dedicó a demostrar en la primera parte del libro que el utilitarismo no es adecuado para tener una organización social justa.<sup>151</sup> El fin de la sociedad no puede imponerse al individuo; en otras palabras, no puedo sacrificar a un individuo a pretexto de la utilidad de su sacrificio para la sociedad. Desde el análisis kantiano, la sociedad impone un fin y la persona es un medio para cumplir ese fin, pero la rehabilitación para el condenado no es el medio y peor el fin al mismo tiempo; luego, la rehabilitación atenta contra la dignidad. Estamos sugiriendo, entonces, que la rehabilitación solo puede operar si es que está conforme con la voluntad de la persona rehabilitable. La primera y convincente argumentación en contra de esta primera conclusión es que la persona condenada está sufriendo las consecuencias por haber infringido una norma que socialmente se considera grave. Pero, esta persona podría argumentar que las consecuencias de la infracción se agotan, por el principio de legalidad, en la pena prevista en el tipo penal. Escuchemos un diálogo ficticio de dos personas que seguramente han leído a L. Ferrajoli:

---

**151** Véase Roberto Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Barcelona, Paidós, 1999.



- Te condeno, por haber delinquido, a que te vayas preso y a que, después de tu encierro, salgas como una persona útil para la sociedad —dice el estado, tuteándole al delincuente—.
- Acepto su condena, Señor, me voy a la cárcel, pero no acepto que, además, usted me obligue a algo que no quiero, replica el condenado.
- La ley es la ley, enfatiza el estado.
- Pero la ley dice que, por hurtar, tengo que cumplir una pena de tres años y punto.
- En otro lugar distinto al código penal, encontrarás que dice que el fin del sistema es rehabilitar, y ese lugar es nada menos y nada más que la Constitución, que quienes editan este tipo de libros dicen que es lo máximo y además es vinculante, rígida y no se qué cosas más, así que salado.
- Pero la misma Constitución dice que se respetan los derechos, y que estos se derivan de la dignidad y que ustedes deben desarrollar nuestras capacidades. Lo cierto es que la pena establecida es la privación de la libertad y, como dije antes, con el poco respeto que se merece, debo cumplir con lo establecido en la ley, por último, si se duda, como yo lo hago ahora, hay que resolver en favor de la persona y no del sistema o del estado. Punto.

En este ejercicio poco imaginativo de diálogo, en el que no solo las partes conocen la Constitución sino también uno ejerce el derecho de resistencia, encontramos dos problemas. Escuchemos otra vez a los actores:

- Desde el análisis formal —argumenta el estado— tengo razón. El fin de la pena, que efectivamente no está en el código penal, está en la Constitución y, por la interpretación sistémica del derecho, se incorpora al derecho penal. El fin, además, es loable tanto para la persona como para la sociedad. Esto suena a un argumento utilitario, de acuerdo, pero esa apreciación es ajena al derecho y es propia de la filosofía, se respeta pero lamentablemente, por mi condición de garante, no me queda otra que ejecutar lo prescrito.

- Resulta, sin embargo de lo acotado por usted, que simplemente si quiero delinquiré, no quiero estar privado de libertad y, si logran condenarme, no quiero rehabilitarme. Nadie me ha prohibido hurtar y no lo podrían hacer porque tengo derecho a ejercer mi libertad como quiero, si no fíjese que el tipo penal no comienza diciendo “prohibido hurtar” sino que establece las consecuencias de un hecho que libre y voluntariamente decido hacerlo; tampoco pierdo mi titularidad para ejercer mi libertad de movimiento cuando me encierran y por eso cuando me fugue no podrían sancionarme por ello; luego, en esta línea de pensamiento, tampoco podría perder mi libertad para decidir cómo quiero vivir antes o después de la cárcel. Así que le sugiero que vaya ponderando en estas terribles contradicciones de la Constitución y resolviendo a favor de las personas.

Sin duda este preso leyó a Ferrajoli y el estado a Bentham. Pero, más allá de escuchar a estos filósofos irreales, ¿Qué significa rehabilitar? ¿Cuál es el modelo de personas habilitadas? ¿Y habilitadas para qué? Y las respuestas a estas preguntas agravan el problema. Cuando uno piensa en los programas que existen de rehabilitación, uno podría concluir que la sociedad es un grupo de personas carpinteras, costureras, agricultoras, mecánicas, lo que no solo no es cierto sino que estamos pensando en oficios marginales para gente obviamente marginal (y digo obviamente marginal porque ahí están todos los que deberían sino que están las personas más excluidas de la sociedad, y para esto recomiendo un libro que, en su momento, marcó mi vida jurídica, que se llama *Criminología crítica y crítica al derecho penal*, del gran Alessandro Baratta. Por otro lado, si todas las personas que cometen infracciones penales fueran unas deshabilitadas carpinteras, costureras u otras, tendría sentido el término. En la práctica la rehabilitación es una ficción a través de la cual impongo un fin vano, una vocación no deseada, un oficio marginal a personas que puede no interesarle ni servirle.

La sanción penal es la privación de la libertad, no está tipificado como sanción el impedir el libre desarrollo de la personalidad. Las personas condenadas (medios) son rehabilitadas para que la sociedad tenga paz y seguridad (fin). Las personas no tienen dignidad y por eso pueden rehabilitarlos al buen querer y entender de las autoridades penitenciarias. Esta última interpretación no se compadece con los derechos de las personas.



El garantismo, según Ferrajoli, se asienta sobre dos grandes fundamentos conceptuales: 1. el principio de estricta legalidad, y 2. el principio de jurisdiccionalidad. Por el principio de estricta legalidad, los delitos, el procedimiento y las penas están predeterminadas por el sistema jurídico, y estos son respetuosos de la Constitución. No se tolera, por ejemplo, tipos penales abiertos, procedimientos largos e inefectivos y penas desproporcionadas y discrecionales. Por el principio de jurisdiccionalidad, las autoridades que ejercen competencias penales deben verificar que los hechos existan y que esos hechos correspondan a los tipos penales establecidos en la ley.

En la fase de ejecución de penas se violan los dos principios. Las conductas de las personas que merecen premio para las rebajas de penas o castigo por el régimen administrativo de disciplina, están plagados de conductas que podrían considerarse como tipos en blanco; conductas tipo: “faltar el respeto a la autoridad”, “tener actitud hostil”, “no demostrar deseos de superación”; los procedimientos no tienen plazos determinados o simplemente no hay procedimientos; y las sanciones son discrecionales, que van desde la pérdida de las rebajas hasta el encierro en calabozos. De este modo se viola el principio de estricta legalidad.

Las conductas mantenidas en los centros de privación de libertad, que merecen sanciones, no son investigadas por una autoridad imparcial e independiente ni tampoco son verificadas mediante una resolución motivada. Los informes tienen parámetros subjetivos o basados en la simple no realización de actos considerados reprochables. Se tiene buena conducta por no haber demostrado mala conducta. Se tiene mala conducta por haber hecho algo que no está conforme con las categorías positivas de los guías o de los instructores.

Los principios enunciados, que son celosamente cuidados al momento de juzgar a una persona, son patéticamente descuidados al momento de ejecutar las sentencias condenatorias. Como que se entra a un régimen, en términos espaciales y materiales, de excepción. De pronto, las garantías no son efectivas ni vinculantes porque, simplemente, no son importantes y no tiene sentido aplicarlas.

Las dicotomías son necesarias aunque odiosas. Necesarias porque ayudan a entender y, además, como solía decir mi profesor de lógica simbólica, parecería que es parte de la matriz conceptual del ser humano (por eso de que todo puede reducirse al p y no p). Odiosas porque —y este es un defecto adquirido por haber leído algo de teorías sobre género y

derecho— la vida parecería que no puede reducirse a una lucha de opuestos (en el caso de género es aquello de masculino y femenino, bueno y malo, positivo y negativo, yin y yan), sin términos medios y tan poco diversa. Sin embargo, por cuestiones teóricas, retomamos los paradigmas valorativos: estado autoritario/policial y estado garantista/democrático.

Entre las muchas diferencias que tienen los dos paradigmas, que ya lo hemos explicitado antes, nos interesa la concepción que se tiene de la persona y el delito. En los regímenes autoritarios, absolutistas, policíacos, se sanciona a la persona, que es lo que en la dogmática se denomina “derecho penal de autor”. No importa lo que haga la persona, tiene que ser sancionada: si no ha hecho algo, porque hay que prevenir; si ha hecho algo porque hay que reprimir. No solo que no hay que cometer infracciones sino que no hay que parecer que se cometan, parafraseando aquella máxima patriarcal referida a las mujeres (la mujer del César no solo tiene que ser honesta sino parecerlo). Atrás de esta teoría que es harto atractiva para las personas que se creen que jamás cometerían delitos y que son las que sienten la inseguridad ciudadana, existe una concepción intolerable desde los derechos humanos. Esa concepción intolerable se llama prejuicio y el prejuicio lleva a la discriminación.

Norberto Bobbio escribió un maravilloso ensayo traducido al español como “La naturaleza del prejuicio”.<sup>152</sup> En este ensayo, Bobbio describe el origen de las discriminaciones: a) Hay diferencias entre los seres, que no son buenas ni malas *per se*; b) A las diferencias se les otorga una valoración, que son buenas o malas según los valores de los grupos humanos, y c) Las diferencias determinan conductas discriminatorias. En lo que nos toca, hubo una escuela jurídica que se conoce como el positivismo penal, a través de la cual se llegó a clasificar a los delincuentes en función de sus rasgos y que tuvo una influencia enorme en lo que se denomina como el *darwinismo social*. En sociedad existen seres humanos que son diferentes, tanto física como culturalmente (a) de Bobbio, esas diferencias son valoradas, unas personas tienden a delinquir y delinquen y otras no (b), a las primeras hay que encerrarlas y a las otras hay que protegerlas de las primeras (c). Con esta lógica, que ha sido la predominante en la historia del derecho penal, se ha sancionado a las personas por *ser*. Entonces, en el régimen nazi estaban en situación particular de vulnerabilidad los judíos;

---

<sup>152</sup> Norberto Bobbio, *Elogio de la templanza y otros escritos morales*, Madrid, Temas de Hoy, 1997.





en la época del Ku Kux Klan, los afroamericanos; en nuestras sociedades patriarcales, racistas y adultocéntricas, las mujeres, los indígenas y los niños y niñas; en un régimen autoritario, los disidentes. Así se explica también que una sociedad que valora la libertad de mercado y el trabajo, se sancione a quienes se consideran vagos. De esta manera, una clase social, la más poderosa, se impone a otra, que es la marginal, la somete, la excluye y hasta la elimina. Intolerable desde los derechos humanos. Solo por ejemplificar con un chiste popular el peso del prejuicio: un hombre blanco que corre es atleta, un hombre negro que corre es delincuente. Si esa idea está en la cabeza de un policía o un juez, ya se pueden imaginar las consecuencias.

Cuando se instituye el principio de igualdad y no discriminación, las personas no pueden ser penalmente sancionadas por *ser* sino por *hacer* algo que se considera penalmente como reprochable. Esto que suena y se enuncia de manera fácil es el gran salto cuántico de un modelo a otro. Las personas son irrelevantes para el derecho penal; los hechos delictivos sí importan. Entonces, un pobre, una mujer, un niño, un judío, un afroamericano, un indígena, no pueden ser sancionados por lo que son sino por lo que hacen, cuando su conducta está prevista en un código penal; de igual modo, un adulto, un hombre, un rico, un blanco, una persona que ejerce poder no son impunes por lo que *son*, sino que pueden también ser sancionados por lo que hacen. Acá el famoso axioma de la igualdad ante la ley. Esto se llama *derecho penal de acto*. Si ahora existe algún tipo penal de autor, éste, con el marco sustancial que brindan los derechos humanos reconocidos en la Constitución, sería inconstitucional y, por tanto, jurídicamente inválido. El derecho penal de acto va de la mano con el principio de lesividad. Todo acto juzgable tiene que producir un daño grave a un bien jurídico constitucionalmente relevante. Lo más seguro es que si no hay daño, estamos ante resquicios del derecho penal de actor.

El derecho penal vigente establece el derecho penal de acto. Los jueces y tribunales tienen prohibición de juzgar a las personas sino que deben juzgar la gravedad de los hechos. Este avance significativo en el derecho penal, sin embargo, no es parte de toda la lógica del sistema penal.

El derecho de ejecución de penas se basa, aunque nos cueste creer y sea fácil demostrar, en el derecho penal de actor. Existe una especie de desdoblamiento o esquizofrenia. La mitad del sistema penal es garantista y democrático y la otra mitad es represivo y policiaco.

Tan pronto como una persona es condenada y llevada a un centro de privación de libertad, el acto por el que se condenó a la persona se torna totalmente irrelevante y el actor se encontrará bajo estudio científico. Lo primero que van a hacer es clasificar a la persona según su *peligrosidad*, y entonces puede ocurrir el absurdo que la persona entra por el robo de un vehículo y se encuentre en el pabellón de máxima seguridad, o al revés, de haber asesinado a sangre fría a alguien y estar en un lugar de mínima seguridad. Entra y se le clasifica. Durante la permanencia se va a valorar el comportamiento del individuo. Mientras mejor se porte, que quiere decir que mientras más se adapte al sistema de privación de libertad, tendrá una serie de privilegios y premios: rebajas de penas, prelibertad y libertad condicional. Si una persona no se adapta a la privación de libertad, que parecería desde mi perspectiva la más normal (¿quién vive encerrado en su cuarto, aula u oficina con felicidad?), tendría mayor tiempo de privación de libertad y no se le aplicaría el famoso régimen progresivo, sin importar —insistimos— el acto cometido por el que se le puso sentencia.

Extrañamente, el derecho penal de autor resucita, cobra vida, se lo aplica y nadie lo cuestiona. “Hasta la sentencia, señor delincuente, usted vive en un estado democrático y de derecho, con todas las garantías y es tratado respetando la igualdad y la prohibición de discriminación por la identidad; desde la condena, muy a nuestro pesar señor, usted vive en un estado policíaco, autoritario, racista, sin garantías y es tratado según el prejuicio dominante”.

Muchos descuidos de la teoría del derecho por parte de las personas que se consideran promotoras de regímenes respetuosos de los derechos. Un descuido lo hizo notar Bobbio al manifestar que debemos apuntar a pensar en las garantías de los derechos y que Ferrajoli expresó que era un déficit en relación con los derechos sociales; otro descuido es el derecho de ejecución de penas. Hagan una prueba. Vayan a una librería de derecho y pregunten por los libros de derecho penal. En los estantes van a encontrar mil y una variación sobre todos y cada uno de los temas de la dogmática penal sustantiva: el acto ilícito, los tipos, la responsabilidad, la antijuridicidad, las eximientes de responsabilidad, el delito informático, el derecho penal internacional; pero no van a encontrar o si los hay, contados, sobre la ejecución de penas.

La rehabilitación fue asumida como la forma única y, si hay otras, la más adecuada para atender a la persona condenada. Como se ha afirmado, la forma de abordar el problema de qué hacer con el condenado después de la sentencia, no solo que es olvidada por la doctrina sino



también por el estado y por la sociedad. ¿Para qué pensar en la pena de alguien que no vale la pena? Esta pregunta no cabe desde los derechos y la respuesta que se ha dado no ha sido la adecuada.

La gran obsesión del garantismo es disminuir los ámbitos de discrecionalidad de la autoridad en el ejercicio de su poder. La historia demuestra que mientras más discrecionalidad, más autoritarismo. Del mismo modo, se mide el poder por la amplitud del ámbito para tomar decisiones; a mayor capacidad de decidir y menos controles, más poder. La reacción del estado liberal frente al estado absoluto fue por el excesivo poder de la autoridad; de hecho, el principio de legalidad es un principio limitador de poder. En el ámbito penal, cada garantía penal responde a un abuso de poder. Veamos:

- No hay pena sin ley: las penas eran fijadas en función del humor de la autoridad.
- No hay pena sin procedimiento: el procedimiento era sumario.
- No hay delito sin ley: la autoridad definía, según su capricho, lo que era una infracción que merecía castigo.

Y así podríamos seguir con las garantías del debido proceso y con los demás principios del derecho penal que hemos venido aplicado a lo largo de este libro.

La policía, el juez, el fiscal y el defensor están sometidos a la mera legalidad (código penal) y a la estricta legalidad (constitución, verdad procesal, responsabilidad del autor). El marco de acción —la cancha diría un deportista— está clara y necesariamente marcada; de lo contrario el juego sería tan arbitrario como lo es el ejercicio de la potestad penal de juzgar. Los actores estatales que intervienen están sujetos, amarrados, determinados por los derechos, que les vinculan y les limitan. Los vínculos están dirigidos a maximizar los derechos de las personas privadas de libertad, y los límites tienen como objetivo minimizar las violaciones.

Esta lógica, extrañamente, desaparece en el régimen de ejecución de penas. La ley, en lugar de establecer vínculos y límites, otorga competencias. O sea, en lugar de restringir el poder, otorga poder. Las autoridades en la ejecución, no importa si son judiciales o administrativas, deciden cómo, a quién y cuándo dar privilegios. Así como en la época de los estados policíacos o autoritarios, los jueces de la inquisición y los

policías tenían competencias para disponer de la libertad, integridad y hasta la vida de las personas sin mucho argumentar, motivar, justificar, así también en el régimen de ejecución de penas. Las autoridades otorgan certificados, papeles, porque, según su criterio médico o especializado, se merecen. No hay control garantista sino más bien controles burocráticos: importan los papeles no las personas.

Las personas privadas de la libertad, como en la peor época del positivismo penal, están al arbitrio de las concepciones “científicas” de médicos, psicólogos, pedagogos, burócratas y de su calificación profesional (ahí el poder).

El garantismo tiene que, a través de la lógica y del discurso de los derechos, como venimos enfatizando, imponer vínculos y límites. Las personas en la cárcel tienen todos los derechos humanos salvo el ejercicio de la libertad de movimiento y no deben ganarse privilegios.

Finalmente, la rehabilitación no rehabilita. Se puede demostrar empíricamente que las personas no se rehabilitan por el hecho de cumplir una pena y que el sistema penal no puede ni podrá garantizar la rehabilitación de los condenados. Me parece haber leído en un libro de Elías Carranza denominado *El preso sin condena en América Latina*, una frase que resume el argumento de este acápite: es tan inútil enseñar a vivir en sociedad a una persona encerrándola, como inútil resulta enseñar a jugar fútbol a un equipo en un ascensor. Resulta obvio. Así como se suele decir que la mejor forma de curar las fobias es enfrentándolas, solo se puede convivir en sociedad estando en la misma sociedad. La cárcel tiene las características propias de un baño: es unisex, se encuentran las peores suciedades de los seres humanos, es siempre estrecho, es un lugar del que todos quieren salir lo más pronto posible, tiene limitadísimos servicios, no es adecuado para otras actividades que no sean evacuar lo que no se necesita, es de paso, no es bonito, no tiene infraestructura adecuada para vivir, uno se encuentra consigo mismo, para hacer para lo que fue creado hay que cerrar la puerta y poner seguro. La vida no es así y no puede ser así, como si una casa estuviera restringida a un baño y solo en ese lugar se pudieran agotar las posibilidades de existencia. Un aforismo dice “nadie da lo que no tiene”. La cárcel, lugar de encierro “donde todas las penas humanas tienen cobijo”, no puede enseñar a vivir en libertad.

Las estadísticas seguramente comprueban lo afirmado. Los índices de reincidencia son altos, las condiciones de vida en los centros de privación de libertad son infrahumanas, existe hacinamiento, los



programas de rehabilitación exitosos no son proporcionados por el estado y son marginales, y, como suele decir la gente, “son escuelas del delito”. Permítanme rememorar a dos personas que, creo yo, reflejan, en pocas escenas, la calidad de vida en la privación de libertad.

De mi vida de estudiante, cuando hice prácticas en la cárcel de la calle Ambato que marcaron la opción preferencial de mi vocación jurídica hacia los derechos humanos, recuerdo el caso de dos clientes: Jhonny Mina y David Espín. Jhonny Mina entró a la cárcel por tener en el talón de su pie un gramo de cocaína y fue condenado a doce años de reclusión mayor; David Espín estuvo cuatro años y seis meses por haber robado un reloj. En los varios años que trabajé en la cárcel pude ver cómo físicamente estas personas iban degradándose y cómo se iban volviendo cada vez más violentas. Ambos acabaron en el pabellón denominado de polillas. Jhonny me sorprendió un día cuando casi mata a puñaladas a un compañero de celda por haberle insultado a su madre (“hijueputa”, le habían dicho en un juego de cartas, “y eso no se puede tolerar, pues Ramirito” me justificaba); eso le costó el cambio de celda a una donde lo normal era resolver los problemas a puñaladas. David hizo dos cosas que no puedo olvidar. La una fue poner sus excrementos en su cabeza para llamar mi atención un día; y la otra fue simular un ataque epiléptico para que lo llevaran al departamento médico y así tomar agua y acostarse un rato en un colchón. David también, el día que llegué con la boleta de libertad, me puso los pies sobre la tierra y me demostró lo irreal de la rehabilitación. Yo tenía la costumbre de dar un sermón moralista cuando llevaba la boleta de libertad (por su parte, mi madre solía tratar como gente importante a los liberados en su primer día de libertad dándoles un banquete en la mesa de comedor y con la mejor vajilla que tenía). Mi discurso decía algo así:

—David no te he cobrado un centavo y ¿sabes cuál es la forma de pagar por mi trabajo?

—No Ramirito, diga usted nomás lo que hay que dar.

—La paga de mi trabajo es que me jures que no vas a volver a robar.

David, como nunca otra persona me había dicho antes (siempre me juraban que no iban a robar y, por supuesto, siempre me mintieron y yo siempre les creí), mirándome firmemente a los ojos, me dijo:

—Ramirito, míreme, míreme —mirando hacia a sus zapatos, pantalones y camisa— esto que ve usted es todo lo que tengo en la vida, además de

esta cicatriz en la cara y este color negro que me jode. Yo le prometo a usted no robar, salgo ahorita a buscar trabajo y le juro que no lo encuentro. Y déjeme preguntarle ¿si mañana a la noche no puedo conseguir trabajo, contésteme, qué hago?

No tenía respuesta y tenía ganas de llorar. Dosis de realidad, pues.

— ¿Qué hago, Ramirito? Dígame, pues, ¿qué hago?... No me queda otra que robar.

De ahí en adelante nunca más volví a decir mi cantaleta del mandamiento que dice “no robarás” y, más bien, me atrevía a decir que, como Robin Hood, solo roben a ricos. De ahí en adelante, también tengo que reconocer, no tengo ningún reproche —salvo cuando lo hacen de forma violenta— con las personas que me roban cosas que no disminuyen en absoluto mi patrimonio ni mi forma de vida.

Todo este cuento solo sirve para demostrar, con dos historias de vida, que el centro de rehabilitación no puede rehabilitar.

En “la casa del jabonero el que no cae, resbala”, como solían llamar a la cárcel, hay gente que cambia y para bien, pero esos cambios no se producen porque el sistema rehabilite sino por condiciones de carácter personal o por aprendizajes que surgen por lo terrible de la cárcel y no por su ambiente o sus programas rehabilitadores. Se dice que cuando se pierde lo que se tiene, se valora. Sería tan ridículo llamar a este cambio en ese espacio rehabilitador como apreciar de igual modo la experiencia de una persona que migra a otro país donde no tiene familiares ni amigos, se habla otro idioma y donde, además, te explotan. En ningún caso se justifica que el cambio se deba a un enunciado legal de rehabilitación, cuando el ambiente propicia exactamente un ambiente de vida ajeno al que se predica.

En conclusión, la idea de la rehabilitación está reñida, por principio, a la concepción de dignidad. Con este solo argumento bastaría para replantear la palabra y la forma de intervención después de la condena. Si analizamos los derechos, que según unos se derivan del principio de dignidad, uno por uno constataremos que son violados o seriamente amenazados en los lugares de encierro. Pero el problema es más dramático si nos restringimos a los principios y derechos directamente aplicables al régimen penal. Ahí encontramos un mundo bicéfalo. Por un lado encontramos intolerables esferas de inobservancia del principio de



legalidad y jurisdiccionalidad, y, por otro lado, encontramos cuidadosos desarrollos para su respeto. Esas esferas de irrespeto las encontramos al principio, cuando interviene el poder ejecutivo a través de la fuerza pública, y, al final, cuando el mismo ejecutivo interviene en la ejecución de penas. Urge igualar tanto la doctrina como la práctica particularmente en el segundo momento, que es lo que hemos tratado de describir.

Si hay un avance que destaca en el cambio de paradigmas, es aquel de haber superado en la dogmática el derecho penal de actor y pasar al derecho penal de acto. Sin embargo, toda la práctica y teoría desarrollada y aplicada (de modo deficiente además) en la ejecución de penas es puramente derecho penal de actor. Es como sucedía con los derechos de los niños y niñas ante las garantías del derecho penal aplicado para personas adultas, simplemente un régimen de excepción para los niños y niñas. Debemos universalizar los principios a todas las fases de la aplicación del derecho penal. La condena, para el derecho penal, no debe agotarse con la expedición de la sentencia sino con su cumplimiento bajo los límites y vínculos de los derechos.

En el contexto actual, entonces, en el que la ejecución no está protegida por el garantismo, consecuencia lógica, existe un margen amplio de discrecionalidad. De esto se deriva un margen también amplio de arbitrariedad. Ahí donde no hay derechos que contengan el poder, la arbitrariedad se desborda. Esto lo apreciamos en la calificación de las personas, la distribución de las celdas, el ingreso a los programas y en el reparto de los privilegios de las rebajas, prelibertad y libertad controlada.

Finalmente, cabría mencionar los estudios cuantitativos y cualitativos realizados en las cárceles, pero por el momento he asumido que no hace falta, porque en el sentido común de la gente está que los centros de rehabilitación son “mal llamados” así porque simplemente no funcionan. No conviene mantener una ficción que sabemos que en la práctica es terriblemente destructora de personalidades, de integridades, de familias, de vidas. Las ficciones en el derecho importan en cuanto son ideales que ayudan a apreciar realidades que develan prácticas que son deslegitimadoras. No conviene lo contrario: tener ficciones que en la teoría ni en la práctica funcionan. Por eso continuemos con los hechos probados y tratemos de mirar la cara oculta por los discursos en relación al real funcionamiento del sistema penal.

## La criminología cautelar<sup>153</sup>

Uno de los últimos libros escritos por el maestro Eugenio Raúl Zaffaroni, que toma el nombre de *Criminología cautelar*, tiene varias virtudes que merecen ser destacadas: resume varios años de seria y profunda investigación, que uno puede descubrir sus trazos desde sus libros de los años 90 hasta los recientemente publicados;<sup>154</sup> utiliza, después de hacer una reflexión sobre la necesidad de comunicarse con grandes públicos y salir del guetto de académicos, un lenguaje accesible y hasta, con no poca ironía, hace chistes para comprender de forma didáctica ideas profundas; hace uso de la caricatura, que también refuerza sus ideas de forma distinta; y expone magistralmente sobre la propuesta de criminología cautelar frente a la criminología mediática, que permito alevosamente sintetizar. Concluyo este libro con este capítulo no solo por ser una obra recientemente publicada en el periódico público y en formato libro, sino también porque trae una propuesta muy pertinente, un llamado oportuno y una mirada latinoamericana.

Los muertos no tienen otra cosa que el cadáver. Y el cadáver dice mucho. Durante toda la vida de la humanidad en la que ha existido una autoridad y la fuerza para hacer cumplir su mandato, se ha usado el poder punitivo. Zaffaroni constata que nadie se pregunta por qué existe el poder punitivo sino que simplemente se asume naturalmente su existencia. Algo de esto ya hemos hablado con anterioridad y baste afirmar que es un poder vertical, autoritario, que decide sobre un conflicto social sin resolver, que usurpa el conflicto de la víctima, que encierra y vigila, que se reproduce mediante el conocimiento lleno de ficciones, crea enemigos y los neutraliza o elimina, con el consentimiento y complicidad de los medios de comunicación y de la sociedad misma.

El poder punitivo ha funcionado de tal forma que ha ido regando, a lo largo de la historia y en todos los lugares, cadáveres. No solo tierra les ha cubierto, sino también el olvido. Ese cadáver oculto además ha tenido máscara, que es el discurso del poder, que normalmente ha sido elaborado

---

**153** Todas las ideas de este capítulo se encuentran desarrolladas en Eugenio Raúl Zaffaroni, *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*, Buenos Aires, Ediar, 2011; y en E. R. Zaffaroni, *La cuestión criminal*.

**154** *En busca de las penas perdidas* (1999); *Criminología. Aproximación desde el margen* (1998); *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (2002); *Manual de Derecho Penal* (2005), y, sobre todo, *La palabra de los muertos* (2011).





por la criminología. Los primeros rastros de legitimación del poder punitivo, Zaffaroni los encuentra en el siglo XV, cuando describe el famoso *Malleus Maleficarum*. Lo triste de este libro, que afirma la necesidad de un discurso, de una emergencia para intervenir como si fuera necesario, la invención de un enemigo y el fin de salvar a la humanidad, es que su guión se repite a lo largo de la modernidad y se va actualizando. Tuvo ese discurso fachada contractualista, fatalmente positivista y siempre pretendiendo ser científica. Por el contractualismo aceptamos que el estado es necesario para evitar que nos comamos entre nosotros (Hobbes) o que unos ejerzan su libertad oprimiendo a otros (Locke), y cedimos al estado parte de nuestra libertad, que se refleja en su capacidad de encerrarnos cuando él cree que hacemos algo mal. Por el positivismo, se estereotipó al delincuente nato o determinado biológicamente, y al que no le quedaba otra que delinquir y a la sociedad que defenderse, y encerrarlo, aun antes de que cometa delitos. Por el pretendido científicismo de la teoría de selección natural aplicada a lo social, se determinó que hay sociedades subdesarrolladas, sin historia (Hegel), débiles, involucionadas, primitivas, condenadas a ser dominadas por los más fuertes (Spencer).

Todas las escuelas criminológicas que han legitimado el poder punitivo han tenido tres características fundamentales: buscar las causas del delito en la persona criminalizada, han sido funcionales para mantener sociedades discriminatorias y excluyentes y han fortalecido una organización social vertical y autoritaria.

Poco a poco la criminología fue mirando el problema desde otra perspectiva, y esto les debemos a los norteamericanos. Zaffaroni divide en cinco escuelas importantes, que van descubriendo el rol de la sociedad y del poder punitivo estatal: la teoría de la desorganización social, que parte de la idea de los roles y de los grupos humanos; cuando uno asume un rol no adecuado o esperado, comienza la desorganización. La asociación diferenciada, que nos habla del aprendizaje de la conducta desviada, las subculturas distintas a la dominante y nos devela que también los ricos cometen delitos (White collar crime) (luego, poner más escuelas para pobres no elimina los delitos, o al menos no todos los delitos). Las teorías del control, que proponen que las instituciones, como la familia y la escuela, son mecanismos que procuran el conformismo; uno de esas técnicas es la punitiva. Las teorías de la tensión social, que nos hablan de la desproporción entre medios y metas (se ofrece el sueño americano, pero no las formas de alcanzarlo) y varias personalidades según se adaptan o no a las metas y medio: normal que se adapta a ambos, burócrata si se adapta a los medios y no a las metas, vago sino se adapta a nada,

revolucionario si no se adapta y además propone nuevas metas y medios, y el delincuente que se adapta a las metas pero no a los medios. Finalmente, las teorías del conflicto que parte de la idea de la existencia de diversos intereses y grupos en sociedad, que compiten entre sí.

La teoría que confronta directamente al poder, y pone el punto sobre la “i”, es la criminología crítica o criminología de la reacción social. Esta escuela desarrolla ideas importantes que hacen replantear la concepción del delito y del estado. La “desviación” se produce por la imposición de una pena y por el comienzo de una carrera criminal. El “interaccionismo simbólico”, por el que nosotros actuamos en función de las expectativas de otros y la sociedad se convierte en un verdadero teatro. El “etiquetamiento”, por el que ciertas personas, que son arbitrariamente seleccionadas por el sistema penal de forma discriminatoria, se les pone una etiqueta que no podrán sacarse.

La criminología crítica derivó en una tendencia radical, que criticó agudamente a la cárcel y sus efectos deteriorantes en las personas. Una tendencia fue el abolicionismo y otra fue el minimalismo, y crearon conceptos como el de “dolor”, “padecimiento”, “disciplinamiento”, “vigilancia”, “idolatría”, “explotación”. Lo cierto es que introdujo el dato en el análisis del fenómeno criminal y puso el acento ya no en la causa individual del delito, sino en el origen estatal de problema, que define qué es delito y quién es delincuente. Después de la criminología crítica, vino lo que Zaffaroni llama “el desbande”, en tanto constata que hay perplejidad, diversidad de objetos e intereses en la investigación, pero lejos de ser un caos, se trata de que la criminología va por más.

<b>Categoría</b>	<b>Defensa social</b>	<b>Reacción social</b>
<b>Delito</b>	Manifestación del mal	Definición estatal
<b>Delincuente</b>	Peligroso	Determinación estatal
<b>Víctima</b>	El estado	El titular de derechos
<b>Rol derecho</b>	Legitimar el estado	Limitar el poder del estado

Contrario a la tendencia crítica, se ha desarrollado en el mundo un neopunitivismo y la criminología mediática, que es el rostro actual que legitima el poder punitivo y oculta los cadáveres. Estas máscaras van de la



mano con un sistema económico neoliberal, que profundiza la exclusión social, precariza los derechos de los trabajadores y desmonta el estado de bienestar. Ante esto, el aparato punitivo debe controlar, reprimir y vigilar, de lo contrario se revertiría esta realidad. Zaffaroni cita, como ejemplo, las cifras del modelo neopunitivista por excelencia, que es el norteamericano: 1/3 de afrodescendientes en prisión, 1/100 está encerrado, 3/100 están vigilados policialmente por tener sujeción al sistema penal, la condena penal inhabilita de por vida los derechos políticos, el más alto índice de brutalidad policial, condena sin prueba (*plea bargaining*), compra de testigos y un gran etcétera que tiene relación con la consideración de la cárcel como una industria que da trabajo a mucha gente y espacio a quien no tiene trabajo.

La criminología mediática es la visión construida por los medios de comunicación masiva en relación a la criminalidad. Esta visión considera que el mundo está dividido entre dos grandes grupos de personas, los unos que son decentes y honrados, y los otros que son una gran masa de delincuentes. Los delincuentes, que son los “otros” o los “ellos”, como los denomina Zaffaroni, tienen estereotipos muy marcados, relacionados con la maldad-fealdad. La policía está encargada de aplicar el estereotipo y de dar la apariencia de seguridad a los “honestos”. Para luchar contra éstos, la policía no debe tener límites. La criminología mediática va a seleccionar a los más “perversos”, que son los más vulnerables ante el poder, y que normalmente son los delincuentes que cometen infracciones de forma torpe. Estos seleccionados con “chivos expiatorios”, que permiten dar la apariencia de lucha contra el delito. En el fondo, los medios que instrumentan a la policía no hacen otra cosa que legitimar la venganza. En esta búsqueda de enemigos, que cambian según las circunstancias: jóvenes consumidores de drogas, pandilleros, terroristas, conspiradores, inmigrantes, a veces se cometen errores, que son considerados necesarios e inevitables (daños colaterales). Las garantías, los jueces garantistas y quienes tengan un discurso alternativo, serán un obstáculo y también serán considerados enemigos. Al final, la criminología mediática crea una gran industria de la seguridad, de la que se benefician los medios con el rating, las empresas de seguridad con mayor demanda de productos, los policías públicos y la seguridad privada, los políticos oportunistas, que a veces ganan elecciones prometiendo “mano dura”.

Los “ellos” en nuestra región tienen una suerte más dramática que en el primer mundo. Primero no son minorías sino la gran masa de la población. Segundo mueren en masacres en un acto o también en masacres por goteo. Los pocos delitos publicitados, que despiertan el

morbo de la gente común y corriente, ocultan otros delitos violentos: las muertes prevenibles con simples vacunas, las muertes realizadas por el poder punitivo, la violencia doméstica, las muertes producidas en las cárceles, y los grandes delitos de cuello blanco. La criminología mediática va a infundir el pánico moral para ampliar el poder punitivo y para desmontar el estado social de derecho. Los efectos reales son dos: se potencia el control de toda la ciudadanía y se reducen las libertades de todas las personas. Los políticos aprovechan de los fenómenos mediáticos y del pánico moral, para ofrecer “mano dura”. Finalmente, se instaura la política del espectáculo. No importan las vidas sacrificadas, lo que importa es el rating y los negocios. Nada más.

La criminología al final se torna negacionista: niega los millones de muertos, niegan las responsabilidades de las agencias mediáticas y punitivas, niegan el poder contenedor de los jueces y juristas, niegan los verdaderos daños, niegan a las víctimas, niegan los reales fines. Esta lógica de negación, se debe superar porque naturaliza la violencia, la discriminación, la exclusión y la injusticia. La propuesta del maestro Zaffaroni es la criminología cautelar.

La criminología cautelar, al igual que el garantismo penal, tiene la obligación de poner límites al poder punitivo y mediático. La cautela, según el origen etimológico de la palabra, significa prestar atención, percibir, actuar con inteligencia. Y de esto se trata. La criminología cautelar tiene tres roles: debe estar atenta de las primeras manifestaciones violentas del poder punitivo que pueden desencadenar masacres; debe constatar los daños reales producidos por el poder punitivo; y debe proponer medios eficaces para reducir la violencia, con base a investigaciones y a la acción.

La metodología necesaria es el diálogo con toda la comunidad, bajo la premisa de que todos los seres humanos son proveedores de conocimientos (no solo el expediente, el académico o el abogado prestigioso saben lo que sucede), incluso los propios policías y las víctimas más pobres; el diálogo rompe la compartimentalización del sistema penal; rompe los prejuicios y advierte a los políticos sobre la pérdida de la democracia si persistimos en seguir los lineamientos de la criminología mediática.

La criminología cautelar requiere personas militantes, activas, que estén siempre atentas y que asuman el arduo rol de enfrentarse ante los guerreros mediáticos y el riesgo de ser estigmatizados. En el fondo los criminólogos mediáticos son personas que creen profundamente en la



democracia: diálogo, el poder de los más vulnerables y sus derechos, la igualdad sustancial y la no discriminación, el acceso a la información y la creación de discursos emancipadores.

Otro requisito fundamental es la investigación con las técnicas que ofrecen las ciencias sociales. Así como quienes hacen marketing usan métodos de investigación social que les ayuda a conocer la realidad para utilizar estrategias adecuadas para vender productos, así deberían ser los científicos sociales preocupados por el tema de la violencia y la represión. Hay que conocer la realidad para saber qué hacer. La criminología mediática la oculta y es enemiga de los datos, que, si fueren públicos, deslegitimarian el sistema penal. Zaffaroni pone el ejemplo del modelo sanitario. No tiene sentido poner un tomógrafo donde no hay corriente eléctrica, poner vacunas donde no se necesitan, mandar medicinas para enfermedades que no existen, construir un hospital donde no hay enfermos. De igual modo, la prevención de delitos, la seguridad ciudadana y la contención del poder punitivo requiere de cifras para desenmascarar la realidad y enfrentarla. Por otro lado, no tiene sentido poner sistemas penales represivos donde no se necesitan.

Zaffaroni no deja de lado el rol de la policía ni el de la cárcel. La policía tiene que tener una estructura democrática y lo más cercana a lo comunitario, debe estar dividida por funciones, estructuras y especializaciones. Poder concentrado y numerosos miembros es un poder que tiende a inadmitir el control democrático. Los policías deben tener formación civil universitaria, no militar y autónoma, y deben contar con condiciones de satisfacción de derechos mientras trabajan: salud, seguridad, dignidad, libertad de expresión, sindicalización. La selección y la evaluación del personal policial deben ser con base a su eficacia preventiva y no a la “meritocracia estadística”.

De igual modo, la prisión debe ser reestructurada y se debe evitar que sea un espacio de degradación personal. La finalidad de la cárcel no puede ser el perfeccionamiento de una carrera criminal sino al contrario la posibilidad de salir de la condición de vulnerabilidad. Si el estereotipo es que la persona tiene que ser ladrona, por ejemplo adquiriendo una carrera profesional la persona podría identificarse más con una ingeniería que el rol de un ladrón.

Zaffaroni propone una institucionalidad mínima. La una es un centro, ministerio o instituto que monitoree la violencia social sin dejar de lado la violencia estatal, que tenga presupuesto para la investigación y para la

elaboración de políticas públicas de seguridad dentro de un marco de estado de derechos. La otra, en relación a la cárcel, es la creación de la clínica de vulnerabilidad, que tiene como objetivo elevar la autoestima de las personas privadas de libertad y procurar sacar la etiqueta puesta por el poder punitivo.

En el siguiente cuadro resumimos y contrastamos la criminología mediática y la cautelar.

<b>Criterio</b>	<b>Criminología mediática</b>	<b>Criminología cautelar</b>
<b>Estado</b>	Autoritario/policia	De derechos y justicia
<b>Agencias</b>	Mediática/policial	Jurídicas
<b>Reproductor de discurso</b>	Medios/políticos asustados	Universidades
<b>Tácticas</b>	Calumnia Extorsión Creación chivo expiatorio Publicidad vindicativa Fomento estereotipos	Contención Investigar Neutralización prejuicios Entrenamiento comunicacional Organización social defensiva
<b>Juicio penal</b>	Show mediático	Debido proceso
<b>Jueces</b>	Burocratizados Temerosos Cómplices Funcionales	Asume riesgos Garantista Independiente e imparcial
<b>Modelo</b>	Autoritario	Democrático
<b>Discurso académico</b>	Teorías puras normativas Neutralidad Negacionista	Ciencias Sociales Compromiso militante Devela realidad
<b>Sistema penal</b>	Aumenta/se triplica Subterráneo A disposición ejecutivo	Se minimiza Público y transparente A disposición contención violencia
<b>Derechos humanos</b>	Violados masivamente	Limitan y vinculan
<b>Investigación</b>	Secreta y superficial	Pública y profunda
<b>Violencia</b>	Banalizada Multiplicada Venganza Ilimitada	Daños reales Múltiples violencias afrontadas



Finalmente, quisiera concluir con la metáfora recurrente en Zaffaroni de comparar el rol del derecho penal y de la criminología cautelar al poder punitivo con lo que es el derecho internacional humanitario (DIH) a la guerra. Efectivamente, el DIH no se propone eliminar la guerra, que es un hecho político del que no puede tener control, pero sí disminuir el dolor que ella provoca. De ahí que el derecho establezca muchas prohibiciones a los medios inútiles para lograr el objetivo militar o que causen un dolo innecesario, y muchas protecciones a favor de quienes no tienen que ver con las causas del conflicto armado o que ya no pueden provocar actos hostiles, como los niños, las mujeres, los heridos, los rendidos, los prisioneros de guerra. Al derecho se acompaña una institución, que se llama Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), que está encargada en tiempos de paz de prevenir el conflicto y en tiempos de guerra de intervenir de forma neutral para evitar lo más que se pueda el dolor provocado por la guerra.

El derecho penal cumple una función parecida. No puede eliminar al poder punitivo, pero puede disminuir el dolor que provoca por la represión, la vigilancia y la cárcel. Entonces establece prohibiciones como la no tortura para investigar o la no detención si no hay delito, y también reconoce derechos para proteger a los más débiles en la relación jurídica, que son las víctimas, los procesados y los condenados. Así como la CICR, el rol lo tenemos todos los juristas y con más razón los fiscales, defensores y juzgadores, que tienen que enfrentarse en esta “guerra” contra la delincuencia contra el poder mediático y punitivo. El DIH y el derecho penal al final son normas que dependen de las personas para garantizar su cumplimiento. A mayor formación y conciencia, a mayor militancia y compromiso con la vida, menor dolor y menos muertes, tanto en los conflictos armados como en la guerra contra la delincuencia. El rol no es menor y tiene una importancia enorme. Se trata de vidas humanas y no de ficciones.

¿El sistema penal, el derecho penal y la criminología, con estas características, es realmente nuevo? En términos teóricos casi todo se ha dicho, incluso de forma más radical. En términos prácticos, en cambio, el sistema penal sigue siendo violador sistemático de derechos, el derecho penal continúa siendo (y parece que por mucho tiempo) un derecho penal atomizado, autorreferencial, violento, inútil, hegemónico y legitimado por el sentido común, los políticos conservadores, los medios de comunicación y hasta por los movimientos sociales, y que responde de manera simbólica y torpe a las demandas provenientes de los sentimientos de inseguridad ciudadana, y la criminología seguirá legitimando al poder punitivo.

Por ello, nunca hay que descansar en multiplicar las voces y en repetir y reactualizar los discursos para no olvidar los efectos perniciosos de la expansión del poder punitivo. El estado constitucional y democrático contemporáneo requiere teorizar, legislar y aplicar un derecho penal plural, diferente, integrado, más humano, interdisciplinario, legitimado por su respeto a los derechos humanos, conciliador, útil y plural. En suma, un mecanismo más para enfrentar la violencia y proteger los derechos de las personas más débiles, que lo único que tienen es derechos fundamentales.





## **Los hechos: el funcionamiento del sistema penal**

Los discursos son importantes porque inciden en la realidad. Sin los discursos, o mejor dicho sin teoría, las transformaciones ni las revoluciones se producirían. Sin embargo, el discurso debe responder a una realidad, ya sea para mantenerla o para cambiarla. Lo mismo sucede si es que hablamos del derecho, que a fin de cuentas es un discurso privilegiado porque a veces cuenta con el poder del estado para que se cumpla o para que se irrespete. El dato de la realidad es importante. Si el dato se observa, puede este a su vez alterar el discurso, porque puede hacernos notar que es un discurso falso o mentiroso, o porque es un discurso que no acaba de realizarse. En esta sección nos interesa recoger algunos datos de la realidad para demostrar que las teorías que legitiman el poder punitivo lo que están haciendo es ocultando o enmascarando el funcionamiento del poder punitivo. Desde mi perspectiva, la idea es deslegitimar con los datos el discurso securitista y funcionalista, y procurar utilizar el discurso garantista para poder valorar la realidad, que es violatoria a los derechos fundamentales, y transformarla.

### **El sistema penal opera contra las personas más pobres y marginales de la sociedad**

La iniquidad que produce y reproduce el sistema penal está dentro de un contexto mayor de desigualdad. De hecho, la justicia penal es el reflejo de la situación social. Brevemente describiremos la situación de exclusión general y la que se presenta en el sistema penal. Enunciaremos, ejemplificativamente, la situación de algunos países de la región para sostener, como un hecho demostrado, que el sistema penal es excluyente y que opera contra las personas más vulnerables y débiles de la sociedad.

La pobreza global se ha expandido y es severa. Sin ánimo de enunciar todas las cifras que lo demuestran, simplemente mencionemos que de 6.373 millones de personas, 850 millones carecen de nutrición adecuada,



1.037 millones no tienen acceso al agua potable, 2.600 millones están privados de condiciones sanitarias esenciales, más de 2.000 millones no tienen acceso a medicamentos esenciales, 1.000 millones viven sin una vivienda adecuada, 2.000 millones no tienen electricidad, dos de cada cinco niños tienen problemas de crecimiento, 179 millones de niños están involucrados en las peores formas de explotación infantil, 799 millones son analfabetos, un tercio de todas las muertes humanas (50.000 mil diarias) se relacionan con la pobreza.<sup>155</sup>

Latinoamérica es la región más inequitativa del mundo. De los 15 países con mayor inequidad, de acuerdo al índice Gini, de un total de 173 países, 8 de ellos se encuentran en Latinoamérica (El Salvador, México, Guatemala, Honduras, Colombia, Paraguay, Nicaragua, Brasil).<sup>156</sup> Según el PNUD, “los problemas centrales en este plano son la pobreza y la desigualdad, que no permiten que los individuos se expresen como ciudadanos con plenos derechos y de manera igualitaria en el ámbito público, y erosionan la inclusión social. Los indicadores muestran que todos los países de la región latinoamericana son más desiguales que el promedio mundial”.<sup>157</sup>

Elías Carranza, después de analizar múltiples informes y cruzar variables, sostiene que en la globalización se “distribuye inequitativamente no solamente el ingreso y los beneficios del desarrollo, sino también la criminalidad”.<sup>158</sup> En otras palabras, la realidad de exclusión y pobreza se refleja en el sistema penal: “la cárcel reproduce en grado máximo la injusticia social”.<sup>159</sup>

De acuerdo a esta lógica, las personas más pobres están peor situadas en la sociedad, y uno de los lugares donde ello sucede es la cárcel.

---

**155** Thomas Pogge, “Propuesta para un dividendo sobre recursos globales”, en *Sur. Revista Internacional de derechos humanos*, año 4, No. 6, Sao Paulo, RUDH, 2007, p. 147.

**156** M. B. Durá, *op. cit.*, p. 146 y 311.

**157** PNUD, 2004, en *ibid.*, p. 147.

**158** Elías Carranza, “Criminalidad, política criminal y participación de la sociedad”, en E. Rosales y L. Aniyar de Castro, comp., *Cuestión criminal y...*, p. 112.

**159** Elsie Rosales, “Sistema penal y Estado constitucional en Venezuela”, en E. Rosales y L. Aniyar de Castro, comp., *op. cit.*, p. 245.

¿Quiénes están sometidos al sistema penal y encerrados en sus cárceles? Hay muchas fuentes para contestar esta pregunta. El sentido común es una de ellas, que suele ser muy útil la mayoría de las veces, aunque a veces atrofiado por los medios de comunicación.<sup>160</sup> Cuando alguien se imagina las personas que entran, permanecen o salen del sistema penal, inmediatamente se representa al malo de la calle, de acuerdo con nuestros estereotipos: personas pertenecientes a grupos marginales, pobres, en su mayoría hombres, afro descendientes, jóvenes y mal encarados. A estos les vemos en los periódicos, en los noticieros y muchas veces les identificamos como nuestros agresores. Nuestro estereotipo suele coincidir con el de la policía, fiscales y jueces. Efectivamente, ellos están en las cárceles. Esto no significa que personas de otras características o clases sociales no puedan entrar en el sistema penal, sino que simplemente son la minoría que entra al sistema por razones distintas a las que explican la exclusión social.

El sistema penal opera contra los pobres (selectividad) o sectores más humildes de nuestras poblaciones. Esto lo afirman todos los cientistas sociales críticos de la región y de los países centrales.<sup>161</sup> Por ello, no es casual que la mayoría de las personas privadas de libertad vivan en situaciones de precariedad económica, cultural y social. Por la primera, las personas cuentan con poco presupuesto familiar por ser desempleadas o subempleadas; en lo cultural, estas tienen bajos niveles de escolaridad, que tiene consecuencias en sus habilidades sociales y su comportamiento individual; en lo social, las personas privadas de libertad suelen provenir de familias que han experimentado situaciones críticas propias de su situación de exclusión social: abandono, maltrato, trabajo infantil, violencia física o psicológica, consumo de droga o alcohol, que incide en un desarraigo social y afectivo.<sup>162</sup>

---

**160** Manuel Iturralde, *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*, Bogotá, UA / Siglo del Hombre, 2010, p. 21, 34 y 302.

**161** Véase Rosales (2007), p. 244; Larrandart (2007), p. 186; Durá (2009), p. 152; Vilhena (2007), p. 43; Aniyar de Castro (2009), p. 28; Zaffaroni (1998), p. 26, 60, 157; Zaffaroni (2009), p. 109; Ramm (2005), p. 17; Mathiesen (2003), p. 52; Pavarini (2009), p. 178; Iturralde (2010), p. 47; Cole (1999), p. 66, 141, 177, y Dufour (2009), p. 97.

**162** A. Ramm, *op. cit.*, p. 20-26.



## **El sistema penal viola sistemáticamente los derechos humanos**

No solo que nuestros conciudadanos más pobres están mayoritariamente bajo el control represivo del estado mediante el sistema penal, sino que también son terriblemente mal tratados, lo cual agrava la situación del sistema penal en un estado constitucional de derechos. Para analizar el tratamiento del sistema penal a las personas más vulnerables, pasaremos revista a tres momentos de su intervención, que responden a tres agencias penales distintas: la detención y toda actividad previa al proceso, que está bajo responsabilidad de la policía y en algunos casos también del ejército; el proceso, en el que intervienen operadores judiciales (jueces, fiscales, defensores, abogados litigantes); el encierro, ya sea dentro de un proceso penal o después de obtener condena, cuya responsabilidad corresponde a los operadores penitenciarios (guardias penitenciarios, direcciones de cárceles con su burocracia).

### **La detención y la actividad previa al proceso**

En la fase de detención, que suele ser una de las más críticas para la violación de derechos humanos, por estar exento de control judicial y ciudadano, es donde se produce detenciones arbitrarias, ejecuciones extrajudiciales y tortura.

Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos están plagadas de casos relacionados con detenciones arbitrarias, que se producen sin los requisitos establecidos en las constituciones y en los convenios internacionales. Por mencionar algunos ejemplos, en el caso Tibi contra Ecuador, el señor Daniel Tibi, ciudadano francés que circulaba en su vehículo por una calle de Quito, fue detenido por agentes de policía que se hicieron pasar por funcionarios de migración, sin boleta constitucional, le dijeron que era un trámite migratorio de rutina y le involucraron, con base a un testimonio obtenido mediante tortura, en un caso de tráfico de drogas.<sup>163</sup> En el caso de Colombia, basados en

---

<sup>163</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Caso Tibi c. Ecuador, 2004, párr. 76a.

información oficial, solo el 17% de las detenciones fue con orden judicial y en más del 50% de las detenciones se basaban en “sospechas”.<sup>164</sup>

En cuanto a las ejecuciones extrajudiciales, que son difundidas como noticias en las que se enfrentan los policías con los delincuentes y estos últimos son abatidos, el fenómeno en la región es escandaloso. Esto lo testifica tanto el relator de Naciones Unidas sobre Ejecuciones Extrajudiciales, en sus informes de Brasil, Colombia<sup>165</sup> y Ecuador,<sup>166</sup> como un informe dirigido por el profesor Zaffaroni sobre el derecho a la vida y los sistemas penales.<sup>167</sup>

## La tortura

La tortura es un fenómeno cotidiano en los centros de detención en nuestra realidad latinoamericana. Solo por mencionar algunos ejemplos, extraídos de los hechos probados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos contenciosos: el 24 de agosto de 1994, en horas de la tarde, en las calles de Bogotá, un Coronel de la Policía Nacional y su primo detuvieron y condujeron al sótano de las instalaciones de un organismo policial al Sr. Gutiérrez Soler. En el sótano fue esposado a las llaves de un tanque de agua y sometido a torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, consistentes en quemaduras en los órganos genitales y otras lesiones graves durante tres horas, hasta que se autoinculpaba de un hecho delictivo.<sup>168</sup>

En el caso Baldeón García contra Perú, la Corte describe los tratos que eran sometidas las personas detenidas: agotamiento físico, obligación de permanecer de pie durante largas horas (de espalda contra la pared, vendada en un pasadizo, etc.) o en posiciones incómodas (de cuclillas, con

---

<sup>164</sup> M. Iturralde, *op. cit.*, p. 263.

<sup>165</sup> Por citar un ejemplo, la Corte IDH condenó a Colombia por atentar contra el derecho a la vida del Sr. Caballero Delgado, quien fuera detenido arbitrariamente por el ejército colombiano y posteriormente desaparecido. Corte IDH, Caso Caballero Delgado y Santana c. Colombia, 1995, párr. 63.

<sup>166</sup> Véase Philipp Alston, Relator especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, Informe 2011 sobre Ecuador, en <[http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A-HRC-17-28-Add2\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A-HRC-17-28-Add2_sp.pdf)>, consulta: mayo de 2013.

<sup>167</sup> Véase Eugenio Raúl Zaffaroni, *Muertes anunciadas*, Bogotá, Temis, 1993.

<sup>168</sup> Corte IDH, Caso Gutiérrez Soler c. Colombia, 2005, párr. 48.



los brazos hacia atrás, sentadas y con la cabeza entre las piernas, etc.). Una de las modalidades de tortura por asfixia más frecuentes era la conocida como el “submarino”, que implicaba introducir a la víctima con los pies y manos atados y en posición de cabeza a tierra en un cilindro con líquido mezclado con sustancias tóxicas.<sup>169</sup> También se afirma que, entre 1998 y el año 2000, sobre 6.443 actos de tortura y tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes registrados, el porcentaje más alto (75%) corresponde a acciones atribuidas a funcionarios del Estado o personas que actuaron bajo su autorización o aquiescencia.

En todos los informes de las comisiones de la verdad en nuestro continente, se relatan con cierto detalle prácticas de tortura ejecutadas en el período conocido como “guerra fría”, cuando se libraron conflictos armados internos. Lo triste fue que, cuando se acabó el enemigo comunista, el sistema penal siguió operando contra otros “enemigos”<sup>170</sup> y las prácticas de tortura continuaron. El informe de la Comisión de la Verdad de Ecuador, que no restringió su mandato a la época de represión contra grupos armados, sino que investigó todo el período democrático hasta nuestros días, confirma esta afirmación. El informe registró 2.066 hechos de tortura y en cada una de las víctimas se utilizó un promedio de cinco tipos de tortura. Entre los tipos de tortura, se verificaron golpes, vendaje de ojos y capuchas, amenazas y simulacros de muerte, violencia sexual, privación de alimentos, incomunicación, asfixia, privación de sueño y descanso, insultos y humillaciones, electricidad en el cuerpo, guindada, desgonzada, descoyuntada, presenciar o escuchar torturas a terceros, exposición a temperatura extrema, quemadura de cigarrillos, aplicación de pesos...<sup>171</sup>

Podríamos agravar el panorama si se trata, además, sobre la corrupción policial,<sup>172</sup> que es un hecho grave aun en nuestra región, y que se manifiesta en esta fase procesal.

---

**169** Corte IDH, Caso Baldeón García c. Perú, 2006, párr. 72.

**170** E. R. Zaffaroni, “Buscando al enemigo...”, p. 295.

**171** C. de la Verdad, *op. cit.*, p. 97.

**172** Lucila Larrandart, “Política criminal y Estado de derecho: ¿Tolerancia cero?”, en E. Rosales y L. Aniyar de Castro, comp., *op. cit.*, p. 171; Eugenio Raúl Zaffaroni, “Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal”, en Carlos Espinosa y Danilo Caicedo, edit., *Derechos ancestrales: Justicia en contextos plurinacionales*, Quito, MJDHC, 2009, p. 109.

## El proceso

En el juicio penal se violan las garantías básicas del debido proceso: derecho a la defensa técnica, juzgamiento en el plazo razonable, motivación en la sentencia, condena a penas proporcionales.

La defensa no tiene comparación con el aparato de acusación y depende su calidad de los recursos económicos. Una persona privilegiada socialmente suele también serlo en su defensa por tener medios para acceder a una defensa de calidad. Los defensores públicos suelen defender en tribunales sin entrevistas ni investigación previa.<sup>173</sup>

Los juicios en los que están involucradas personas pobres suelen demorar y exceder del plazo razonable. El caso paradigmático, que desarrolló la teoría del plazo razonable en el sistema interamericano, es el del señor Suárez Rosero. El señor Rosero pasó en prisión preventiva el doble de tiempo del que debería haber estado si le condenaban oportunamente.<sup>174</sup>

En cuanto a la motivación de la sentencia, muchos casos se basan simplemente en los partes policiales, particularmente los casos de drogas y de delitos flagrantes. Lo que hace que el juicio sea irrelevante y las pruebas de descargo inútiles. De igual modo sucede en otros ámbitos procesales. La producción penal, por influencia del sistema escrito, es muy baja: se resuelven 3,66 casos por semana en los juzgados y dos sentencias por mes, y la productividad entre los años 2002 y 2008, no han mejorado. Es crítico saber que el parte policial es determinante en la sentencia, que las pruebas se sustentan en una intervención policial, que las penas en ciertos delitos, como drogas, son desproporcionadas, como lo afirma Luis Pásara. Desde el lado de la percepción ciudadana, la justicia ofrece un servicio deficiente e insatisfactorio.<sup>175</sup> En el proceso, Fundación Esquel ha denunciado que en el 80,4% de los casos se dicta prisión preventiva, que es una cifra alta y que vulnera la presunción de inocencia; de igual modo se afirman las deficiencias en los modelos de gestión y en la necesidad de

---

**173** David Cole, *Equal Justice. Race and Class in the American Criminal Justice System*, Nueva York, The New Press, 1999, p. 64-70.

**174** Corte IDH, Caso Suárez Rosero c. Ecuador, 1997, párr. 74 y 75.

**175** Todas estas cifras han sido sacadas de L. Pásara, "La producción judicial...".





realizar reformas legales.<sup>176</sup> Para reflejar la problemática del sistema penal, baste mencionar que de más de un millón de denuncias recibidas entre 2002 y 2008, apenas el 1,28% han recibido sentencias.<sup>177</sup> Es decir, hay impunidad, ineficacia e injusticia en el sistema penal.

Las penas, en particular en los casos de drogas, que son un gran porcentaje en la región, suelen ser desproporcionadas. Personas por tenencia de drogas de cantidades ínfimas, suelen tener penas semejantes a aquellas que han sido condenadas por homicidio.<sup>178</sup>

## El encierro

En un libro testimonial, un ciudadano francés al describir su primer día en la cárcel, manifiesta que penetró en la “antesala del infierno”. La primera sensación que tuvo fue un olor repulsivo y unos ruidos aterradoros. “Las imágenes que desfilan delante de mis ojos me cortan el aliento. Múltiples brazos se balancean ante las rejas de las puertas, los detenidos están con los torsos desnudos y parecen buscar el poco aire que pasa por estos delgados marcos. A pesar de la oscuridad, distingo la estrechez de las celdas en que está amontonado un número incalculable de personas, de pie, pegados unos contra otros. El calor es sofocante; el olor, insostenible. El pánico y el miedo me paralizan...”.<sup>179</sup>

En el encierro se viven múltiples situaciones que causan profundas y reiteradas violaciones a los derechos humanos. Las más comunes son el hacinamiento, la violencia institucional contra el privado de libertad que produce muerte, tortura y tratos crueles e inhumanos, la falta de servicios públicos y condiciones de vida que degradan la dignidad del ser humano privado de libertad.

---

**176** Fundación Esquel, “La justicia vista desde la Reforma Procesal Penal”, en L. Pásara, edit., *op. cit.*

**177** Farith Simon, “Criminalidad y respuestas del sistema penal”, en L. Pásara, edit., *op. cit.*, p. 144.

**178** Juan Bustos Ramírez, “Análisis crítico y propuestas en torno a la legislación regulatoria del consumo y tráfico de drogas ilícitas”, en Juan Pablo Morales Viteri y Jorge Vicente Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos: Los retos de la política y la legislación de drogas*, Quito, MJDH, 2009, p. 360.

**179** G. Dufour, *op. cit.*, p. 74.

## 1. El hacinamiento

Basado en información proveniente de 28 países de América Latina y el Caribe, Elías Carranza concluye que la población penitenciaria viene creciendo de forma acelerada y que hay un uso generalizado de la prisión dentro del sistema penal.<sup>180</sup> Los niveles de sobrepoblación son mayores que el 120%, por lo que conviene calificar a la situación de gravísima.<sup>181</sup>

El hacinamiento, entendido como la existencia de más de una persona donde hay espacio solo para una, se agrava si se considera la falta de recursos humanos y también financieros. Han aumentado los presos, pero no el personal administrativo y peor la adecuación física.<sup>182</sup>

Para graficar esta situación, según informe de un juez de ejecución de penas en Costa Rica, “el hacinamiento es terrible, por lo que los privados de libertad en ocasiones deben dormir encima y a la par de los servicios sanitarios, en los baños o en el suelo, sin cama; se producen robos de ropa y dinero, ultrajan y violan a los privados de libertad que recién ingresan, se vende droga, se matan, hieren y amenazan personas para que paguen protección, hay humedad en todo el Centro, la atención médica no es la adecuada ni alcanza para toda la población...”<sup>183</sup>

De igual modo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su visita *in loco* a las cárceles de Jamaica, constató que “el problema de hacinamiento es aún más crítico en las celdas de detención policial, donde las personas arrestadas son encerradas junto con personas en detención preventiva en espacios completamente inadecuados. La delegación visitó las celdas de detención policial y encontró que los detenidos se amontonan en celdas oscuras, sin ventilación y sucias. Oficiales de policía informaron que los detenidos con discapacidad mental son encerrados en el baño de las celdas. La delegación se vio particularmente alarmada al observar las condiciones inhumanas de la Comisaría de Policía, donde los detenidos están hacinados en números de hasta seis personas por celda, y viven en

---

**180** Elías Carranza, “Sobrepoblación penitenciaria en América Latina y el Caribe”, en E. Carranza, coord., *op. cit.*, p. 13.

**181** *Ibid.*, p. 20.

**182** Luis Paulino Mora, “Sobrepoblación penitenciaria y derechos humanos: la experiencia constitucional”, en E. Carranza, coord., *op. cit.*, p. 59.

**183** L. Paulino Mora, *op. cit.*, p. 68.



medio de la basura y la orina, sin consideración alguna por su dignidad...”.<sup>184</sup>

En cada uno de los informes que la CIDH ha realizado a países de la región, existe un acápite sobre las personas privadas de libertad, y las constataciones realizadas en Jamaica son semejantes a las del resto de países.

Un dato que genera más decepción aún, es que la mayoría de las personas privadas de libertad no están cumpliendo condena sino que, bajo la presunción de inocencia, están encerradas mientras están siendo procesadas.<sup>185</sup>

## 2. La violencia institucional

Hay muchas formas de manifestación de la violencia, por omisión y acción de las autoridades encargadas de proteger derechos dentro de las cárceles. La más dramática es la muerte por falta de prevención o por ejecuciones dentro del encierro.

ILANUD sostiene que las muertes por homicidio al interior de las cárceles son 25 veces más altas que la vida en libertad.<sup>186</sup> Muchas de esas muertes se producen entre compañeros por falta de prevención de parte de los guardias y otras por masacres propiciadas por el mismo estado. Así, por ejemplo, en 2004 en la cárcel de Urso Branco, Brasil, murieron 9 personas y 160 fueron retenidas como rehenes; en 2004, en el penal La Esperanza, El Salvador, murieron 30 personas y 23 fueron heridas; en 2005, en la cárcel de Higüey, República Dominicana, murieron 100 personas; en 2005, en la cárcel de Escuintla, Guatemala, 30 personas murieron y 80 fueron heridas; en 2005, en la Penitenciaría de Magdalena, Argentina, murieron 32 personas por asfixia; en la cárcel de Uribana, en 2007, Venezuela, murieron 16 personas y quedaron heridas 13;<sup>187</sup> en Chile, en 2010, en la

---

<sup>184</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, comunicado de prensa 59/08, 2008.

<sup>185</sup> E. Carranza, “Sobrepoblación penitenciaria...”, en E. Carranza, coord., *op. cit.*, p. 28.

<sup>186</sup> M. B. Durá, *op. cit.*, p. 199.

<sup>187</sup> *Ibid.*, p. 200.

cárcel de San Miguel, perecieron 81 personas; en Honduras, en la cárcel de Comayagua, murieron 355 personas, en 2012.<sup>188</sup>

En las sentencias y resoluciones de los organismos internacionales de derechos humanos también se refleja y registra esta realidad, como muestra válida y evidente del funcionamiento inhumano de los sistemas penales. Así, por ejemplo, se mencionan las condiciones de vida en algunos casos. En el caso del Penal Miguel Castro Castro contra Perú resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el que murieron 42 internos, hirieron a 175, se afirma que 322 personas internas sufrieron tratos crueles, inhumanos y degradantes, tales como abusos sexuales a mujeres, “hacinamiento, aislamientos en celdas reducidas con falta de ventilación y luz natural, sin lecho para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene, y la incomunicación o las restricciones indebidas al régimen de visitas...”.<sup>189</sup>

Creo que un caso que sintetiza y refleja la situación calamitosa de nuestras cárceles, que además ha sido construido basado en datos oficiales y periciales, es el conocido por la Corte Interamericana como el “Caso del Instituto de Reeducción del Menor”, denominado “Panchito López”, ubicado en Paraguay.

En este caso se consideró como hechos demostrados los siguientes: las personas estaban encerradas en un lugar destinado a ser casa de habitación y por tanto no tenía infraestructura adecuada; sus internos eran niños de sectores marginados; con una sobrepoblación del 50%, las celdas eran insalubres con escasas instalaciones higiénicas. Los internos estaban mal alimentados y carecían de asistencia médica, psicológica y dental adecuada. Los internos que sufrían discapacidades físicas, enfermedades mentales y/o problemas de adicciones, no contaban con una atención médica acorde con sus necesidades especiales. Los internos contaban con pocas oportunidades de hacer ejercicio o de participar en actividades recreativas. Muchos de los internos no tenían camas, frazadas y/o colchones, con lo cual se vieron obligados a dormir en el suelo, hacer turnos con sus compañeros, o compartir camas y colchones; esta situación facilitó para que hubiera abusos sexuales entre los internos y riñas y

---

**188** El Comercio, “355 detenidos murieron en un incendio” y “Un siniestro no pudo ser controlado a tiempo”, 4 de marzo de 2012, p. 9A.

**189** Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro c. Perú, 2006, párr. 315.



peleas. Los programas ofrecidos sufrían serias deficiencias, ya que no contaban con un número adecuado de maestros ni con recursos suficientes. El Instituto no contaba con un número adecuado de guardias en relación con el número de internos ni tenían preparación idónea. Los guardias del Instituto recurrieron frecuentemente al uso de castigos violentos y crueles con el propósito de imponer disciplina en la población de internos; como métodos de castigo se utilizaron aislamiento, palizas, torturas, y traslados a cárceles de adultos; además, los guardias vendían sustancias estupefacientes a los internos. La gran mayoría de los internos se encontraba procesada sin sentencia y no estaban separados de los condenados. La asistencia legal era deficiente y formal. En vez de ser rehabilitados en el Instituto para una reinserción satisfactoria en la sociedad, los internos fueron sometidos a sufrimiento diario y, por tanto, a un proceso de aprendizaje negativo y vicioso, el cual, en parte, explicaba el alto índice de reincidencia de los mismos. En la última década se produjeron enfrentamientos con los guardias y varios incendios. Hubo varias muertes y múltiples heridos. Los internos fueron trasladados a la fuerza y con maltratos a centros de adultos. Las condiciones a las que estuvieron sometidos los internos en el Instituto entre el 14 de agosto de 1996 y el 25 de julio de 2001 los desmoralizaron y les ocasionaron tanto secuelas físicas como psicológicas. Dichas consecuencias psicológicas incluyen, angustia, agresividad, desesperanza, depresiones frecuentes, desvalorización, estigmatización, autoestima disminuida, olvido e insomnio.<sup>190</sup>

### 3. La falta de servicios públicos

Una de las consecuencias obvias del hacinamiento, es la obstaculización del normal desempeño de las funciones de cualquier sistema penitenciario, tales como salud, el descanso, la higiene, la alimentación, la seguridad, el régimen de visitas, la educación, el trabajo, la recreación y la visita íntima.<sup>191</sup>

Por mencionar algunos datos, la incidencia de enfermedades prevenibles, como la tuberculosis o el sida, han adquirido en algunos

---

<sup>190</sup> Corte IDH, Caso del Instituto de Reeducción del Menor c. Paraguay, 2004: párr. 134.

<sup>191</sup> A. Ramm, *op. cit.*, 2005, p. 58, y E. Carranza, "Sobrepoblación penitenciaria...", en E. Carranza, coord., *op. cit.*, p. 22-23.

centros penitenciarios proporciones de epidemia. “Por ello, las causas más frecuentes de muerte en nuestras cárceles son aún las enfermedades transmisibles y las patologías y lesiones que podrían prevenirse y curarse, respectivamente, de existir suficientes medios y adecuada infraestructura sanitaria y acceso a una pronta, adecuada y eficiente atención médica”.<sup>192</sup>

Los baños suelen tener un mal estado estructural. “Los internos llegan a utilizar bolsas plásticas y otros envases para depositar sus materias fecales”.<sup>193</sup> Los drenajes de las aguas servidas tampoco son funcionales.<sup>194</sup>

La alimentación es escasa y deficiente, mal preservada y preparada. El presupuesto para alimentación varía entre 0,58 centavos de dólar y un dólar.<sup>195</sup>

El acceso al agua potable no es permanente ni óptimo. En algunos casos el agua es contaminada.<sup>196</sup>

En cuanto a la educación, la ofrecida por los centros penitenciarios es considerada de mala calidad: escolaridad plagada de “desenganches” (separación de contenidos con la realidad de las personas), conflictividad, repitencia reiteradas, desconexión de la realidad. Además, se presentan expulsiones del sistema por indisciplina, repitencia, abandono, formación deficiente y elemental.

Si la educación y la escuela no pueden operar debidamente es obvio que las habilidades y destrezas para el desarrollo social y personal, en el proceso de socialización, son casi nulas y potencian el deterioro de los vínculos familiares, el poco valor de la vida, la nula participación social y el desinterés político, la evasión bajo el uso de drogas, el contagio del HIV, generando códigos sociales o de clase que operan como reafirmadores de la estigmatización o identidad de grupo social vulnerable olvidado o relegado por la sociedad y el Estado.<sup>197</sup>

---

**192** Morris Tidball-Binz, “Atención de la salud y sobrepoblación penitenciaria: un problema de todos”, en E. Carranza, coord., *op. cit.*, p. 49.

**193** M. B. Durá, *op. cit.*, p. 217.

**194** G. Dufour, *op. cit.*, p. 169.

**195** M. B. Durá, *op. cit.*, p. 218.

**196** *Ibid.*, p. 218.

**197** *Ibid.*, p. 234.



#### 4. La degradación del ser humano privado de libertad

La privación de libertad, aun en cárcel de oro, causa perjuicios irreversibles en la personalidad humana, que suele ser peor mientras más larga. Múltiples estudios demuestran los efectos alienantes en cualquier lugar de encierro.<sup>198</sup> Zaffaroni sostiene que “uno de los resultados del sistema penal parece ser la neutralización por deterioro de la persona, acelerando o determinando un proceso de decadencia biosíquica de la misma...”.<sup>199</sup>

La vida en la cárcel es dura de llevar, por las condiciones de precariedad en que ahí se vive. En un estudio cualitativo realizado por Alejandra Ramn, se recogen varias evidencias que demuestran el impacto del encierro en la vida de las personas. “Estar en la cárcel es sentirse súper vulnerado en un montón de derechos... el derecho a expresarse, a tener una atención de salud digna... se les priva de un montón de cosas que no están castigadas... yo siento que hay mucho maltrato... el sistema fomenta fobia social por una serie de agresiones que ellos viven a diario...”.<sup>200</sup> Las personas privadas de libertad sufren angustia por la convivencia con personas desconocidas y violentas. El ambiente agresivo degenera en miedo a los funcionarios penitenciarios y a los compañeros de celda. El temor va desde la posibilidad del acoso, pasando por los insultos, robos, agresiones sexuales hasta a la muerte.<sup>201</sup> En definitiva, “condiciones precarias de subsistencia, hacinamiento, pérdida de libertad y autoestima, soledad y miedo, son elementos que configuran la experiencia cotidiana de las cárceles”.<sup>202</sup> La vida y la experiencia en la cárcel son siempre dolorosas y traumáticas.

En las “presotecas”,<sup>203</sup> como se seguirá afirmando a lo largo de este ensayo, la dignidad de las personas es vulnerada cotidiana y reiteradamente. Zaffaroni afirma, sintetizando todo lo que se ha dicho hasta el momento, que “no hay aberración imaginable que no hayan conocido ni

---

198 L. Ferrajoli, *Derecho y razón...*, p. 455.

199 Eugenio Raúl Zaffaroni, *Criminología: Aproximación desde el margen*, Bogotá, Temis, 1998, p. 205.

200 A. Ramm, *op. cit.*, p. 60.

201 *Ibid.*, p. 63.

202 *Ibid.*, p. 64.

203 L. Larrandart, *op. cit.*, p. 174.

padecido nuestros sistemas penales y que, lamentablemente, justo es confesarlo, no han podido ser erradicadas del todo...”.<sup>204</sup>

## El sistema penal es inconstitucional

La realidad brevemente descrita y profusamente documentada por muchas investigaciones sociales y por resoluciones de organismos internacionales de derechos humanos, es una práctica que debe ser considerada inconstitucional. Se utilizarán algunos parámetros para esta conclusión. El primero se refiere al modelo de gobierno democrático delineado en todas las Constituciones de la región. El segundo tiene que ver con uno de los fundamentos de la legitimidad de un régimen constitucional, que es la igualdad y la prohibición de discriminar. El tercero se relaciona con el análisis de razonabilidad, mediante la aplicación del test de proporcionalidad, sobre las medidas tomadas por el sistema penal para funcionar. Finalmente, como corolario, el que tiene que ver con la justicia, que es pretensión de todo sistema jurídico y que, en algunos países como Ecuador y Venezuela, es una cualidad esencial del modelo de estado.

## Antidemocrático

Al igual que cualquier otra categoría social, política y jurídica, el concepto de democracia tiene múltiples acepciones. El concepto varía incluso según el calificativo que se le agregue: representativa, participativa, formal, procedimental, sustancial, radical.

Para efectos de la tesis que se sostendrá en este ensayo, seguiremos al filósofo Ronald Dworkin en su comprensión de la democracia como acción comunitaria integrada.<sup>205</sup>

Dworkin distingue entre la democracia estadística y la comunitaria, y esta última, a su vez, entre monolítica e integrada. La democracia estadística es aquella en la que las decisiones se toman por mayoría de votos sin otra consideración y en la que no existe conciencia de grupo. En cambio, en la democracia comunitaria se toman las decisiones

---

<sup>204</sup> E. R. Zaffaroni, “Consideraciones acerca...”, p. 110.

<sup>205</sup> Ronald Dworkin, “Igualdad, democracia y Constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales”, en M. Carbonell y L. García Jaramillo, edit., *op. cit.*, p. 111-144.





basadas en ideales que identifican y mantienen unidos a un grupo. En la democracia monolítica se niega el valor del individuo por el del estado o comunidad; en la comunitaria, se reconoce y valora a todos los individuos y minorías.

Hay tres supuestos que deben satisfacerse para poder lograr una democracia como comunitaria integrada: a) el principio de participación, por el que todas las personas tienen iguales derechos y cada una tiene un rol que le puede permitir marcar la diferencia en las decisiones colectivas; b) el principio de interés, por el que las decisiones reflejan igual consideración por los intereses de cada uno de los miembros de la colectividad, por ello es importante el impacto de una decisión en la vida de cualquiera de sus miembros; c) el principio de independencia, por el que se alienta a las personas a tener convicciones individuales y colectivas. Estos principios se nutren por el ejercicio y la protección de derechos. Así, por ejemplo, no puede realizarse el principio de participación sin la libertad de información y expresión, no se satisface el principio del interés sin la igualdad y no discriminación, y se viola el principio de independencia sin el respeto a la privacidad y al libre desarrollo de la personalidad.

La deficiencia en la satisfacción de estos principios, degenera en democracias imperfectas o en regímenes no democráticos, que necesariamente ofrecen un ambiente propicio a la violación de derechos: sin participación, hay autoritarismo; sin interés, hay injusticia; sin independencia, hay despotismo teocrático (imposición de un punto de vista).

El sistema penal, y las normas que regulan y garantizan su funcionamiento, no corresponden a una democracia comunitaria integrada.

## 1. Incumplimiento del principio de participación

Las personas privadas de libertad generalmente no tienen derechos políticos<sup>206</sup> y, por tanto, no votan.<sup>207</sup> Esto ya es una falla del sistema

---

<sup>206</sup> A. Ramm, *op. cit.*, p. 60.

<sup>207</sup> Ecuador por primera vez en la historia republicana reconoció, en la CPE, el derecho al voto de las personas preventivamente privadas de libertad. En teoría no existía ningún impedimento normativo para privar a una persona sin condena, bajo la presunción de inocencia, además, del derecho al voto; sin embargo, en la práctica, no votaban. En las elecciones posteriores a la expedición de la CPE, el órgano electoral ha organizado el proceso electoral dentro de las cárceles.

democrático y ni siquiera estamos hablando de una democracia estadística. Pero dentro del sistema penal no solo debemos considerar a los privados de libertad. Dentro de él también están quienes han pasado por el sistema, ya por haber cumplido la condena ya por estar bajo otra forma de control (pre-libertad, libertad controlada, arrestos domiciliarios, fugados y demás posibilidades). Vamos a suponer que todos ellos participan “estadísticamente” de un régimen democrático, es decir, votan.

¿Las personas sometidas al sistema penal tienen iguales derechos que el resto de ciudadanos y un rol que le permite marcar la diferencia en las decisiones colectivas? Volvamos al caso de David que de alguna manera refleja la realidad de la gran mayoría de los presos.<sup>208</sup> David, un joven de 21 años, era considerado un “polilla”, adjetivo que se les atribuía a las personas que dentro de las cárceles mendigaban y vivían de los otros, algo así como una persona de extrema pobreza dentro de la pobreza y miseria de las cárceles. David comenzó su “carrera” en la calle, había pasado reiteradamente por el centro de adolescentes infractores y estaba, con más de veinte detenciones, una vez más preso por robo de un reloj. No tenía familia, educación ni trabajo. El día que salió en libertad, me comentaba lo que tenía en el mundo y lo que el estado le había ofrecido: nada. No le quedaba otra cosa que robar y realmente nadie, en términos prácticos, le daba solución “legal” a su caso. Iba a dormir en la calle, iba a buscar trabajo, iba, por algunos días con sus noches, a buscar alimentos de forma pacífica: mendigando. David, después de haber recibido una absolución a los cerca de cinco años de haber estado preventivamente privado de su libertad, tenía derecho a participar en la toma de decisiones de su país. David tenía derecho al voto, pero ¿cuál era su rol social y estaba en condiciones de igualdad en relación con las personas ubicadas fuera del sistema penal? Sin duda, David, en sus condiciones sociales, no tendrá una participación a través de la cual pueda, por sus propias convicciones, influenciar o impactar en las decisiones colectivas. Este hecho fue constatado por la Corte Constitucional de Colombia que afirmó que “los reclusos son personas marginadas por la sociedad... los penados no constituyen un grupo de presión que pueda hacer oír su voz. Por eso, sus demandas y dolencias se pierden entre el conjunto de necesidades que agobian las sociedades subdesarrolladas.”<sup>209</sup> Lo más probable es que las

---

**208** Ramiro Ávila Santamaría, “La rehabilitación no rehabilita”, en Carolina Silva Portero, edit., *Ejecución penal y derechos humanos: Una mirada crítica a la privación de libertad*, Quito, MJDHC, 2008, p. 157.

**209** CCC, Sentencia T-153, 1998, párr. 50.



conductas de las personas privadas de libertad y marginales más bien alimenten el sentimiento de inseguridad ciudadana e influya en el deseo de un sistema más represivo.

¿Es excepcional este caso? De acuerdo con una de las lecturas del Censo Penitenciario del año 2008, realizado en Ecuador, “antes de su reclusión, la gran mayoría estaba ubicada en sectores precarios de la economía: campesinos en proceso de subproletarización, subempleados urbanos, personas que ya conforman los núcleos duros de los cinturones de miseria de las grandes ciudades. Sin contar con que un 79 por ciento es menor de 37 años... lo que quiere decir que casi 8 de cada 10 habitantes son jóvenes empobrecidos”.<sup>210</sup>

## 2. Incumplimiento del principio de interés

Una estructura democrática se justifica en tanto pretende, de buena fe, integrar a todos sus miembros y tratarlos con igual consideración. La suerte de las personas más vulnerables debería ser del interés de quienes tienen la posibilidad de tomar decisiones o influenciar en su configuración. El impacto de una decisión parlamentaria o del ejecutivo, en relación al sistema penal y en la vida de cada preso, debería ser considerado importante para el éxito final del proyecto político de una sociedad.

Cuando un grupo político decide aumentar las penas, contratar más policías y con mejores armas, dictar estados de emergencia para combatir la delincuencia, disminuir las posibilidades de liberación y las garantías procesales, ¿en qué está pensando y en qué no? Por un lado, inspirado en su solidaridad con las víctimas y seguramente proyectándose como una de ellas, considera que la cárcel es una solución útil y necesaria, y que, además, está tomando una decisión que puede tener efectos positivos en su popularidad y carrera política. Por otro lado, no está pensando en quién será objeto de aplicación de las medidas represivas. Un grupo social está sobre representado y otro, el vulnerable al sistema penal, está en invisibilidad. Los intereses de unos son tomados en cuenta, a quienes se les considera víctimas de delitos, y los intereses de otros son ignorados, los de aquellos que son víctimas del sistema penal.

---

<sup>210</sup> Lisset Coba Mejía, “Rehabilitación’, el verdadero castigo”, en C. Silva Portero, edit., *op. cit.*, p. 92.

El principio del interés informa que la pertenencia o la inclusión de una persona a una colectividad dependen de cómo se lo trata. ¿Cómo estamos tratando a nuestros presos?

En un informe realizado por Defensa de los Niños Internacional, concluyó que la mayoría de las personas privadas de libertad en centros de adolescentes infractores son detenidos sin fundamento jurídico en operativos policiales<sup>211</sup> y tiene datos sobre los lugares donde están encarcelados: construcciones deterioradas, sin alcantarilla ni electrificación, sin espacios de recreación ni personal suficiente y sin capacidades técnicas.<sup>212</sup>

En los procesos de detención y en los centros de privación de libertad se maltrata a la gente y se les trata muchas veces de forma inhumana, cruel y hasta se le tortura. Para muestra un botón. En una de las sentencias de la Corte Interamericana de derechos humanos, como en gran parte de las sentencias que tienen relación con la violación del derecho a libertad y a la integridad personal, Iván Suárez Rosero fue detenido por encapuchados, le incomunicaron, le torturaron para que admita una responsabilidad que nunca tuvo, declaró ante la policía sin presencia de abogado defensor ni juez, estuvo encerrado en una celda húmeda y sin ventilación, con 17 personas, en un subterráneo, durmió sobre un periódico, le dio pulmonía, no recibió atención médica durante su incomunicación, le amenazaron con matarle, perdió 40 libras de peso. Después de cuatro años de encierro le condenaron a dos años por un hecho no adecuadamente demostrado.<sup>213</sup> ¿Deben los legisladores pensar en hechos como estos cuando piensan en subir las penas o disminuir las garantías?

Los intereses de estos presos, su forma de vida dentro del sistema penal, no es tomado en cuenta por quienes toman decisiones. Podríamos sacar al menos dos conclusiones. Una es que los intereses de quienes frecuentan el sistema penal no son considerados y, la otra, es que estas personas no están siendo incluidas en la colectividad.

---

**211** Defensa de los Niños Internacional, *Adolescentes detenidos por la policía y proceso de internamiento. Informe de investigación*, Quito, MJDC, 2010, p. 231.

**212** *Ibid.*, p. 220-222.

**213** Corte IDH, Caso Suárez Rosero c. Ecuador, 1997, párr. 22, 34.



### 3. Incumplimiento del principio de independencia

Por el principio de independencia, las personas tenemos el derecho de poder desarrollar nuestra autonomía y personalidad, y el estado tiene el deber de respetar nuestras convicciones, a través de procesos educativos. Una sociedad democrática deber permitir, tolerar y fomentar la diversidad, que implica incluso modalidades de vida impopulares. Si el estado interviene deteriorando la forma de vida, coaccionando o utilizando medios violentos, atenta contra el principio de independencia. Y esto es precisamente lo que les ocurre a quienes son víctimas del sistema penal.

A quienes han recibido atención del estado solo para ser demonizados, lo único que se les ofrece es violencia.<sup>214</sup>

La vida de un típico privado de libertad y usuario frecuente del sistema penal, comienza con múltiples privaciones. Las personas en su niñez no entran a la escuela o desertan tempranamente y trabajan en sistemas de explotación; cuando adultos, por la fragilidad económica, quedan “excluidos del más importante mecanismo de integración de las sociedades modernas: el trabajo”.<sup>215</sup>

Antes de entrar a la cárcel, las personas no tienen ya las condiciones para desarrollar plenamente sus proyectos de vida. La cuestión es más grave cuando las personas salen de la cárcel. Daniel Tibi, un ciudadano francés detenido en Ecuador acusado de estar involucrado en tráfico de drogas, sufrió tratos crueles e inhumanos y tortura en todas las fases del sistema penal, al final, por el encierro, perdió el trabajo que tenía, sufrió el abandono de su esposa e hijas, quedó afectado social, psíquica, laboral y emocionalmente, al punto que la Corte Interamericana reconoció estas consecuencias y ordenó su reparación.<sup>216</sup> Por efectos del sistema penal en las personas, la Corte Interamericana ha orientado las reparaciones a superar las consecuencias adversas a la salud, al deterioro de las condiciones de vida, a las situaciones de tensión y estrés.<sup>217</sup>

---

<sup>214</sup> O. Vilhena Vieira, *op. cit.*, p. 43.

<sup>215</sup> A. Ramm, *op. cit.*, p. 18.

<sup>216</sup> Corte IDH, Caso Tibi c. Ecuador, 2004, párr. 76, 140 m y n, resolución 15.

<sup>217</sup> Carlos Martín Beristain, *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*, Quito, MJDHC, 2009, p. 283.

Mal antes de la intervención del sistema penal, peor después de él. Si las condiciones para realizar el principio de independencia eran adversas antes del encierro, después son francamente imposibles de cumplirlas. En suma, centrándonos en la población penitenciaria, no existe el principio de independencia.

A los mismos resultados se puede llegar desde la entrada de una democracia deliberativa, que es lo que hace Gargarella invocando a Nino, mediante tres parámetros semejantes: todos los potencialmente afectados por una cierta norma, intervienen en su creación, el proceso de toma de decisiones se caracteriza por una amplia discusión colectiva, y se organiza bajo condiciones de igualdad.<sup>218</sup> Estos parámetros se reflejan íntimamente con el principio de participación, integración e independencia, que utiliza Dworkin. Si nuestros conciudadanos menos populares, que suelen ser quienes consideramos delincuentes, no participan en la discusión de las leyes penales ni en la evaluación de su ejecución, porque no tienen condiciones de ejercer un rol en el que puedan tener influencia sus opiniones, estamos ante una democracia defectuosa o una democracia viciada. Según Gargarella, los vicios de una democracia son: la deliberación restrictiva, los vicios de procedimiento y la deliberación imperfecta.<sup>219</sup>

La democracia, desde el lente de quienes sufren la intervención violenta de la justicia penal, no existe. Desde otras perspectivas, es francamente imperfecta al punto que raya en autoritarismo o en un despotismo injustificado. Cuando esto sucede, siguiendo con Gargarella, los demócratas tenemos la obligación de resistir a las normas que se expiden en estas condiciones y las víctimas del sistema penal podrían desobedecer justificadamente sus mandatos.

Finalmente, una reflexión sobre la relación entre mayorías y minorías. Los derechos humanos no se pueden sacrificar por el sentimiento de inseguridad pública, por el bien común, por el orden público o por cualquier otra consideración mayoritaria. De ahí surge el carácter democrático del derecho penal: no es un derecho de las mayorías para las minorías desviadas, sino que es un derecho de todas las personas y destinado también a todas las personas. En suma, como concluye el maestro

---

218 R. Gargarella, *De la injusticia penal...*, p. 153.

219 *Ibid.*



Ferrajoli, “no se puede condenar o absolver a un hombre porque convenga a los intereses o la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o la absolución de un culpable”.<sup>220</sup> De ahí se deriva también la legitimidad de los jueces y juezas de poder resolver contra la presión de la opinión pública o de personas influyentes ajenas al poder judicial. Las juezas y los jueces tutelan los derechos aun contra las mayorías, al aplicar el derecho que emana de la Constitución y la ley.

## Discriminatorio

Víctor Abramovich, en relación a los retos que enfrenta el Sistema interamericano de protección de derechos humanos, manifiesta su preocupación por los sectores sociales que viven en condiciones estructurales de desventaja.<sup>221</sup>

Los estados deben avanzar, según Abramovich, de una idea de igualdad formal y no discriminación, de la que se deriva un rol pasivo y neutral de parte del estado, a una igualdad sustancial y de protección de grupos subordinados, que demanda del estado “un rol activo para generar equilibrios sociales, la protección especial de ciertos grupos que padecen procesos históricos o estructurales de discriminación”.<sup>222</sup>

Para determinar si un grupo social es estructuralmente diferenciado, y basados en instrumentos internacionales de derechos humanos,<sup>223</sup> requerimos determinar: a) que hay diferencias, restricciones, exclusiones o preferencias, b) que esas diferencias son irrazonables, caprichosas o arbitrarias (noción formal de igualdad) basadas en categorías sospechosas, c) el trato diferenciado afecta gravemente el goce de un

---

**220** L. Ferrajoli, *Derecho penal mínimo...*, p. 24.

**221** Víctor Abramovich, “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, año 6, No. 11, Sao Paulo, RUDH, 2009, p. 18.

**222** *Ibid.*, p. 18.

**223** Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Art. 1; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, Art. 1; Convención de los Derechos del Niño, Art. 2 (1); Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, No. 2).

derecho humano o el grupo está en desventaja en el ejercicio de los derechos por obstáculos legales o tácticos.

## 1. La diferencia

El caso Brown contra el Board of Education, uno de los más representativos de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que aplicó el principio de igualdad y deslegitimó el régimen de segregación en dicho país, se sustentó en estudios comparativos entre las escuelas destinadas a personas afrodescendientes y a personas consideradas blancas.<sup>224</sup> Para encontrar las diferencias se requirió de la existencia de dos grupos humanos que, en teoría, deberían estar en una situación comparable. En este caso, personas que pertenecían grupos étnicos distintos, que debían ser consideradas iguales y que estaban siendo tratadas de forma diferente.

En relación a la justicia penal, deberíamos encontrar dos grupos que sean comparables y que merecerían un trato semejante por ser iguales en derechos. Dentro de una sociedad, en la que se cometen infracciones penales sin distinción de clase, hay un grupo que se encuentra mayoritariamente sujeto al sistema penal y hay otro que es inmune. El primer grupo tiene relación con población en situación de marginalidad y el segundo grupo está relacionado con población que no está en dicha situación. Esta afirmación resulta evidente cuando uno constata la población carcelaria. La mayoría de la gente es pobre y sin recursos para una vida digna y defensa adecuada.<sup>225</sup> La clase media y alta de una sociedad no está representada en el sistema penal. Corresponde analizar, desde los parámetros de la igualdad, si esa diferencia es legítima.

## 2. La diferencia basada en categoría sospechosa

Dentro de los estándares de derechos humanos, se presume que una norma, criterio, práctica, costumbre, acto, omisión o cualquier otra disposición es discriminatoria cuando, entre otros elementos, se basa en una categoría sospechosa o cuando recaiga principalmente en personas,

---

<sup>224</sup> Ramiro Ávila Santamaría, "Los derechos sociales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos", en Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, edit., *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, MJDHC, 2009, p. 461.

<sup>225</sup> L. Coba, *op. cit.*, p. 92, y A. Ramm, *op. cit.*, p.19.





grupos, comunidades, pueblos o nacionalidades en condiciones de desventaja o marginalidad.

Las categorías sospechosas están enunciadas, ejemplificativamente, en los instrumentos de derechos humanos. Estas categorías son condiciones que atraviesan las personas o que forman parte de su identidad que, históricamente, han sido consideradas para discriminar. Tales son, por ejemplo, el origen social, la etnia, las creencias religiosas, las convicciones políticas, el origen nacional.

En el caso de las poblaciones víctimas del sistema penal y de las inmunes, podemos encontrar un complejo de categorías cruzadas. Así por ejemplo, el sistema penal suele operar contra personas hombres, jóvenes, pobres, sin instrucción, pertenecientes a una etnia minoritaria o extranjeros.<sup>226</sup>

Una conclusión ligera y legitimante del sistema penal sostendría que esto sucede porque las personas pobres cometen más infracciones y además porque es la población mayoritaria de nuestra región. Esta afirmación está desmentida por los estudios realizados por la sociología norteamericana en relación a los delitos considerados como de cuello blanco,<sup>227</sup> que además son lo que mayor daño social provocan al generar condiciones de vida indignantes; además, considerar que por el hecho de ser pobre se es más proclive a delinquir sería sostener un prejuicio sin nombre, ya que no todo pobre delinque como no todo rico es infractor penal.

La criminología si ha encontrado evidencia científica sobre el funcionamiento del derecho penal dirigido contra las personas más pobres y vulnerables, fenómeno que se ha denominado “ciminalización” y “prisionización”.<sup>228</sup>

Estas condiciones han sido calificadas por Vilhena como “demonización”, que “es un proceso por el cual la sociedad hace una

---

**226** Irvin Waller, *Menos represión, más seguridad: Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, México DF, Instituto Nacional de Ciencias Penales /ILANUD / Ubijus, 2008, p. 22; L. Coba, *op. cit.*, p. 92, y A. Ramm, *op. cit.*, p. 19.

**227** A. Baratta, *Criminología crítica y...*, p. 185.

**228** Véase E. R. Zaffaroni, coord., *Sistemas penales y...*, p. 410, y A. Baratta, *Criminología crítica y...*, p. 119.

reconstrucción de la imagen humana de sus enemigos, que en adelante no merecerían estar incluidos dentro del reino de la ley... y se volvieron clases torturables”,<sup>229</sup> y, en cuanto a las clases privilegiadas, como “inmunizadas”, por la que “los ricos y poderosos, o los que actúan en su nombre, se ven por encima de la ley e inmunes a las obligaciones derivadas de los derechos del prójimo. La idea de inmunidad puede entenderse concentrándose en la impunidad de los violadores a los derechos humanos o de los involucrados en la corrupción, sean poderosos o ricos”.<sup>230</sup>

En la misma línea de pensamiento, Zaffaroni, al analizar la delincuencia económica o criminalidad de mercado, que de paso ha impulsado una legislación inquisidora, que supone que está pensado en sectores que se ubican como mejor situados, “desató campañas de caza de brujas que, no por azar, nunca dan con los responsables del vaciamiento de países enteros”.<sup>231</sup>

Se podría afirmar que en el sistema penal se encuentran personas ricas y poderosas, y que, por tanto, esta distinción es irrelevante. Lo cierto es que eso suele suceder pero es absolutamente excepcional. Las personas ricas o poderosas suelen no estar sujetos al sistema penal y cuando entran, por conflictos con personas o grupos igualmente poderosos, permanecen poco tiempo o en circunstancias privilegiadas también.

### 3. El ejercicio de derechos

El trato diferenciado, basado en una categoría sospechosa, debe tener como consecuencia la anulación, restricción o limitación del ejercicio de un derecho. Si el trato diferenciado, por el contrario, promueve el ejercicio de un derecho no estamos ante un trato discriminatorio sino más bien ante una acción afirmativa.

Nadie mejor que Mathiensen, que utilizó la categoría de “padecimiento” para describir las consecuencias de la justicia penal en las personas o, como estamos sosteniendo, en cuanto al ejercicio de sus derechos: el primer padecimiento es la privación misma de la libertad, que

---

<sup>229</sup> O. Vilhena Vieira, *op. cit.*, p. 43.

<sup>230</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>231</sup> E. R. Zaffaroni, “Buscando al enemigo...”, p. 307.



incluye, además, el aislamiento de la familia, parientes y amigos. La ausencia de libertad “es dolorosamente privativa o frustrante en términos de relaciones afectivas perdidas, de soledad y tedio”.<sup>232</sup> La cuestión se agrava dentro de la cárcel, que produce un efecto similar al de una cebolla, en donde encontramos mecanismos de aislamiento dentro del encierro.

El segundo padecimiento es la privación de bienes y servicios. En la cárcel no se puede satisfacer necesidades mínimas, tales como servicios de salud, recreación, nutrición y similares. Según datos de un censo carcelario de 2008, en Ecuador, el 74% de los presos manifestó que la atención de salud era mala o que simplemente no tenían acceso a este servicio.<sup>233</sup> La pobreza dentro del encierro suele ser igual o peor de la que se vive fuera de la cárcel.

El tercer padecimiento es la privación de relaciones heterosexuales. Esta privación no es menos importante en sociedades patriarcales y hasta homo fóbicas como las nuestras. A las personas se les priva o se les limita severamente en su posibilidad de mantener relaciones sociales, afectivas y sexuales con personas del sexo opuesto. Digamos que se les obliga a mantener relaciones homosexuales. En más de una ocasión se ha denunciado ritos y prácticas de violencia sexual contra las personas internas. Esta situación suele generar serios problemas de carácter psicológico. En una encuesta realizada en Brasil en 1993 se indicó que el 73% de los presos varones habían tenido relaciones sexuales con otros hombres en la cárcel; muchas de estas relaciones no fueron consentidas ni con el uso de preservativos (la violación es una práctica común haciendo parte de los “ritos de iniciación” a la vida penitenciaria).<sup>234</sup>

La privación de la autonomía es el cuarto padecimiento. Las personas encerradas se encuentran sujetas a múltiples normas propias del centro de privación de libertad y de las celdas o pabellones, que hacen imposible la posibilidad de tomar decisiones propias o que impliquen el desarrollo de la personalidad. La persona estará bajo el control de las autoridades penitenciarias y de quienes ejercen poder al interior de las cárceles. Estas normas y control reducen a las personas a estados de indefensión, debilidad y dependencia.

---

232 T. Mathiesen, *op. cit.*, p. 214.

233 F. Carrión, J. Pontón y B. Armijos, *op. cit.*, p. 41.

234 M. B. Durá, *op. cit.*, p. 219.

El quinto padecimiento es la privación de seguridad. La cárcel es un lugar donde se produce y reproduce la violencia y las posibilidades de ser herido o muerto por acciones violentas son más elevadas que fuera de la cárcel. No existe lugar fuera de la prisión donde ocurran masacres como las sucedidas dentro de una cárcel. Dos ejemplos recientes: San Miguel en Santiago de Chile, donde perecieron 81 personas privadas de libertad en un incendio (8 de diciembre de 2010), o en la prisión hondureña de Comayagua, donde fallecieron 355 privados de libertad en un incendio (17 de febrero de 2012). Esta sensación de inseguridad genera ansiedad. De igual modo, se genera inseguridad por el accionar del personal penitenciario por acciones tales como requisas, interrogatorios, intimidación a las visitas.

En suma, en la cárcel lo que se produce, se multiplica y se intensifica el dolor que, en términos jurídicos, no es otra cosa que una situación de permanente y sistemática vulneración de derechos. La consecuencia que se deriva del reconocimiento de la situación de discriminación que viven las personas sometidas a la justicia penal es que es necesario un trato diferenciado para este grupo poblacional en desventaja, que el estado es un garante activo de estos derechos y que es un deber formular políticas para prevenir y reparar violaciones a los derechos humanos que afectan a estos grupos.<sup>235</sup>

## Desproporcionado

Los estados tienen la potestad de sancionar penalmente a una persona que ha cometido una infracción considerada grave. El uso de la violencia del estado está sometido a ciertas restricciones derivadas de los derechos de las personas. Algunos de esos derechos son el debido proceso y las penas proporcionales a los delitos.

Cada vez que se limita o restringe un derecho, como siempre sucede cuando opera el sistema penal, el estado debería tener buenas razones para que su accionar sea legítimo.

Una de las formas de apreciar la razonabilidad de un sistema o una medida, consiste en aplicar el test de proporcionalidad, que ha sido

---

235 V. Abramovich, *op. cit.*, p. 21.



utilizado por múltiples cortes y que ha tenido un desarrollo importante en la doctrina.<sup>236</sup>

Para que proceda el test de proporcionalidad requerimos de dos principios que, en un caso o situación concreta, estén en pugna o tensión. En el caso del sistema penal, tenemos claramente al menos dos principios. El uno es la libertad de las personas sometidas a encierro y el otro es el derecho de las víctimas a una tutela efectiva.

Teniendo los dos principios, se requiere examinar la medida que menoscaba o limita la aplicación de uno de los principios. Esta medida, en la situación de examen, es el uso de la violencia del sistema penal en todas sus fases (detenciones, indagación previa y procesal, privación preventiva de libertad, condena y ejecución de la condena).

El examen de proporcionalidad de la medida se basa en cuatro parámetros, que es una exigencia para el análisis y valoración del sistema penal:<sup>237</sup> a) fin legítimo, b) idoneidad, c) necesidad, y d) proporcionalidad propiamente dicha. Si la medida reúne los cuatro elementos, quiere decir que es una medida razonable, aceptable y que tiene legitimidad. Los parámetros son secuenciales. Si no se cumple el parámetro primero, basta para considerar que la medida es inadecuada.

## 1. Fin legítimo

El uso del sistema penal debe perseguir un fin que tenga respaldo constitucional. Las constituciones contemporáneas suelen considerar que el sistema penal tiene como finalidad la rehabilitación de la persona o la prevención de otros delitos. También se podría sostener que el sistema penal tutela los derechos de las personas que han sido violentamente vulnerados. Desde otra fuente, la doctrinaria, podría señalarse que, de acuerdo con el profesor Luigi Ferrajoli, solo se justifica el sistema penal cuando su uso evita mayor violencia; es decir, que si no existiría el derecho penal, la violencia social sería mayor.<sup>238</sup>

---

**236** Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, Bogotá, UEC, 2005; Robert Alexy, "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", en M. Carbonell y L. García Jaramillo, edit., *op. cit.*

**237** E. Rosales, *op. cit.*, p. 253.

**238** L. Ferrajoli, *Derecho y razón...*, p. 396.

Sin que se analice la forma cómo opera el sistema penal, que en este punto es un elemento abstracto, la justicia penal pasa el primer parámetro.

## 2. La idoneidad

La idoneidad significa que la medida debe conducir a lograr el fin propuesto. En palabras de Bernal Pulido, “toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo”.<sup>239</sup> Si la medida no favorece a ninguno de los principios o derechos en pugna o perjudica a ambos principios, entonces la medida no es idónea.

En este punto, aspectos fácticos entran ya en discusión. La cárcel, como centro alrededor del cual gira la justicia penal, ¿favorece a la sociedad, a las víctimas y a los responsables de las infracciones penales? La respuesta es negativa. Irvin Waller sostiene que el sistema represivo no disminuye la delincuencia, es caro,<sup>240</sup> aumenta la pobreza<sup>241</sup> y desconoce los derechos de las víctimas, al no poder ejercerlos, no tener representación en los procedimientos y no conseguir una reparación.<sup>242</sup> Estos hechos serían suficientes para determinar la ilegitimidad de la medida penal, al menos de cómo está configurado y funcionando actualmente.

Imaginémonos, para efectos de seguir con el análisis, —cuestión que ya sucede en algunas legislaciones— que el sistema penal ha incorporado un abanico de medidas que incluyen procedimientos adversariales y conciliadores, penas privativas y no privativas de libertad, sanciones represivas y reparativas, y que estas medidas son idóneas.

## 3. Necesidad

Por el principio de necesidad, “toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido entre todas aquellas que revisten por lo menos la

---

**239** Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2007, 3a. ed., p. 693.

**240** I. Waller, *op. cit.*, p. 26.

**241** *Ibid.*, p. 41.

**242** *Ibid.*, p. 34.



misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto”.<sup>243</sup> Es decir, la medida tomada deberá ser la menos lesiva para los derechos, entre todas las que se puedan tomar, para alcanzar el fin propuesto.

La justicia penal deberá favorecer a los derechos de las personas procesadas o responsables de infracciones, perjudicando lo menos posible a los derechos de las víctimas o viceversa.

En este sentido, teniendo más de una medida idónea, hay que poner en una balanza sus efectos. Pensemos que estamos discutiendo entre un sistema penal represivo y preventivo, y que su configuración es idónea. En el primero, el sistema se basa exclusivamente en la cárcel para todo tipo de infracción penal y los actores fundamentales son los policías, los fiscales, los jueces y los funcionarios penitenciarios; en el segundo, el sistema se basa en las sanciones comunitarias y la cárcel para infracciones que provocan daños graves, y los actores son educadores, profesionales de la salud pública y otros funcionarios que promueven el ejercicio de derechos.

Las medidas represivas al invisibilizar a las víctimas y focalizar su atención en las personas procesadas y condenadas, lesionan de forma injustificable el derecho a la tutela efectiva. Las medidas preventivas, en cambio, otorgan protagonismo a las víctimas y procuran la inclusión social de los presuntos responsables o de quienes están en situación de riesgo. Desde esta lógica, las medidas represivas no serían necesarias y las preventivas pasarían esta fase del test.

#### 4. Proporcionalidad propiamente dicha

El principio de proporcionalidad se sintetiza en la siguiente fórmula: “Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de importancia de la satisfacción del otro”.<sup>244</sup> Para realizar esta valoración se requiere dos principios que tengan un fin legítimo, sean idóneos y necesarios y se debe recurrir a la ponderación. La ponderación deberá encontrar el debido equilibrio entre la protección y la restricción de los derechos involucrados.

---

<sup>243</sup> C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad...*, p.740.

<sup>244</sup> Robert Alexy, “La fórmula del peso”, en Miguel Carbonell, edit., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, MJDHC, 2008, p. 15; Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 138.

Alexy sostiene que hay que seguir tres pasos: 1. determinar el grado de injerencia o afectación, 2. determinar el grado de satisfacción y 3. justificar la afectación del principio vencido.<sup>245</sup> La determinación se la hace basándose en tres gradaciones: grave (G), medio (M), leve (L).

Vamos a imaginar, una vez más, que el modelo dominante de justicia penal basado en la represión es una medida idónea y necesaria.

Titular derechos/Medidas	Medidas represivas		Medidas preventivas	
	Afectación	Satisfacción	Afectación	Satisfacción
<b>Víctima</b>	G	L	L	G
<b>Procesado/condenado</b>	G	L	L	G
<b>Sociedad</b>	G	L	L	G

De este cuadro, asumiendo que a lo largo de este libro se han dado razones y se han expuesto hechos que demuestran cada valoración, se desprendería que las medidas represivas constituyen medidas que afectan gravemente los derechos de los sujetos involucrados y que la satisfacción de los derechos es mínima. Por el contrario, las medidas preventivas ofrecen una valoración diametralmente distinta.

Lo que se desprende de este ejercicio, suponiendo que las premisas fácticas justifican las valoraciones, es que el sistema penal como está actualmente configurado y funcionando es dramáticamente desproporcional, que el sistema represivo no es necesario y que una medida alternativa más idónea sería un sistema preventivo y restaurador.

## Injusto

Hay muchas formas de entender la justicia y las discusiones pueden ser interminables. El objeto de valoración de la justicia también puede ser múltiple; se puede juzgar una norma, un sistema, una institución y hasta una organización social.

---

<sup>245</sup> R. Alexy, "Derechos fundamentales...", p. 104.





Thomas Pogge hace una interesante evaluación moral sobre la actual estructura política y económica mundial, que genera niveles de pobreza que son francamente intolerables.<sup>246</sup> Sus afirmaciones y valoraciones son aplicables para el juicio al sistema penal, que tiene relación directa con la pobreza y la justicia.

Más allá de las discusiones sobre las calificaciones de una sociedad justa, lo importante es tener parámetros que puedan guiar su determinación como justa o no, y en esto seguiremos a grandes rasgos la propuesta de Thomas Pogge.<sup>247</sup>

En una sociedad injusta encontramos: a) personas peor situadas, b) personas mejor situadas, c) una situación injusta creada y reproducida intencionalmente, y d) evitabilidad o posibilidad de otra realidad.

## Los peor situados

Los peor situados son aquellas personas que carecen de condiciones de vida digna y son vulnerables a ser criminalizadas. Tanto en la sociedad como en las cárceles encontramos gente pobre y considerada extremadamente pobre. Los peor situados se encuentran en situación de sumisión, explotación y control social. Sus posibilidades de salir de la pobreza o dejar de ser población criminalizada son mínimas.

La situación de los peor situados es generalizable en la población y en la mayoría de los aspectos de la vida. En términos del sistema social, los peor situados están en el sistema penal.

## Los mejor situados

Los mejor situados son aquellas personas que tienen poder o están cerca de él, tienen satisfechas sus necesidades básicas e incluso suntuarias. Estos no se pueden imaginar la situación de los peor situados y por lo tanto existe un gran nivel de insensibilidad de los primeros en relación con los segundos. De ahí que se pueda demandar mayor seguridad

---

<sup>246</sup> Thomas Pogge, *World Poverty and Human Rights. Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Londres, Polity Press, 2005.

<sup>247</sup> *Ibid.*

mediante la multiplicación de policías y detenciones, la disminución de garantías en los procedimientos penales, el aumento de penas y la degeneración de las condiciones carcelarias. Los mejor situados no se visualizan como personas que pueden estar dentro del sistema penal. De lo contrario sucedería algo parecido a lo que pasó en el siglo XVII cuando los burgueses pugnaban, a través de un derecho penal liberal, por establecer límites a un régimen penal que les perseguía (tan pronto tuvieron poder expandieron el poder punitivo contra quienes consideraban peligrosos).<sup>248</sup>

Si los mejor situados podrían percibir o vivenciar la experiencia de los peor situados en la vida y en el sistema penal, seguro otra estructura social, otras cárceles y otras penas existirían. Esta apreciación se empata con el principio de interés dentro de la lógica de una democracia integrada.

## **Situación injusta creada**

Los mejor situados modelan, según sus intereses, el orden social y político y lo imponen a los peor situados. Existe una red global institucional estatal para mantener el sistema (educación, comercio, diplomacia, medios de comunicación y fuerza policial y militar).

El orden social e institucional reproduce la desigualdad. A menos que se justifique que es el mejor ordenamiento de todos los posibles, carece de legitimidad. El sistema penal, aunque altamente discrecional e irracional, ha sido creado y perpetuado por múltiples actores sociales, entre los que ocupan un lugar privilegiado los juristas.

## **Evitabilidad**

La sociedad que genera injusticia, por tanto, es evitable. Los mejor situados pueden mejorar las circunstancias de los peor situados; y estos deben luchar para que así suceda.

Puede existir otro orden social y político. La desigualdad no es atribuible a factores extra sociales. Si los peor situados se los pone en otro contexto geográfico, político y social, no serían pobres. Solo los mejor situados disfrutan de las ventajas de la explotación, uso e intercambio de

---

248 E. R. Zaffaroni, "Buscando al enemigo...", p. 295.



los recursos. Los peor situados están excluidos sin compensación. Los pobres comparten las cargas de la degradación de la explotación de los recursos naturales. El uso de ellos es unilateral por parte de los mejor situados y se generan élites globales y locales.

Si nosotros ponemos cifras a estas consideraciones, sin duda podríamos describir a cualquier país de nuestra región: pocos ricos que acumulan poder económico y político en desmedro de muchos pobres, desposeídos y sometidos. En suma, esta sociedad que produce desigualdad, peor y mejores situados, es una sociedad injusta.

Ante esta realidad, podrían caracterizarse dos modelos de sistemas penales, que son reflejo del orden social, uno más relacionado con lo represivo y otro vinculado con una sociedad igualitaria.

El orden social que propone una Constitución, que reconoce derechos, es uno en el que se pretende alterar el sistema que crea y reproduce una sociedad y un Estado en el que hay élites, los mejor situados, y la gran mayoría que son los peor situados.

Tanto la pobreza general como la reafirmada por el sistema penal, a la que estamos tan acostumbrados a tolerar, deben provocarnos serias reflexiones y debería perturbarnos en nuestra conciencia. Así como no se debe tolerar que un niño muera de hambre, que las escuelas públicas generen tanta deserción y mal aprendizaje de ciudadanía, tampoco deberíamos tolerar que el sistema penal esté enfocado en las personas más pobres de la sociedad. Nuestra conducta y nuestros valores que guían el comportamiento (no los constitucionales o los que emanan de los derechos, sino los de nuestra cotidianidad), ya no son confiables, por haber permitido y perpetuado sociedades inequitativas y excluyentes. Hay un problema serio en nuestras percepciones y en nuestro comportamiento.

Nuestros niveles de conciencia nos hacen sentir ajenos a estas realidades porque seguramente no vamos a experimentar la muerte de un ser querido por una enfermedad prevenible, o la degeneración de un ser querido dentro de una cárcel, o en el encierro frecuente de un pariente cercano por su pertenencia social. Si no vamos a experimentar estas vivencias, al menos deberíamos acercarnos a quienes la padecen. Este acercamiento generaría la posibilidad de comprender el interés de quienes no tienen representación. El proceso penal restaurador puede ser uno de los lugares de encuentro (el represivo nunca), como veremos más adelante.

## **El modelo represivo del sistema penal es una grave violación a los derechos humanos**

La situación descrita podría ser analizada jurídicamente desde dos perspectivas. 1. La una desde la lógica del mismo sistema penal, en la que todas las violaciones a los derechos humanos contra un grupo identificado merecerían el calificativo de un delito de lesa humanidad. En esta lógica se estaría usando el mismo sistema que se está afirmando que es ilegítimo, y esto sería contraproducente. 2. La otra desde el marco constitucional, que nos llevaría a una situación en que las víctimas de violaciones a los derechos humanos tendrían derecho a ser reparadas, y esta perspectiva nos parece más adecuada con la línea de pensamiento que hemos venido desarrollando.

### **Delito de lesa humanidad**

La noción de delito de lesa humanidad ha sido desarrollada desde la segunda mitad del siglo pasado, a partir del juicio de Nuremberg, y luego reforzada con los estatutos de los tribunales penales internacional de Ruanda y de la antigua Yugoslavia, su jurisprudencia y con la aprobación del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional. Con base a estos instrumentos jurídicos, se ha determinado que para que existan delitos de lesa humanidad se deben presentar los siguientes elementos:

Existencia de un ataque, “que se demuestra tanto con la comisión múltiple de violaciones de derechos humanos como la existencia de una política de estado”.<sup>249</sup> En el sistema penal se cometen cotidianamente y en todas sus fases, violaciones a los derechos humanos, que van desde detenciones arbitrarias, pasando por torturas y violaciones permanentes a los derechos sociales de las personas privadas de libertad. Además, esta forma de intervención negligente y abusiva es una práctica reiterada que responde a una política criminal represiva.

El ataque debe estar dirigido contra una población civil. La violencia y el padecimiento que sufren quienes son víctimas del sistema penal no es un fenómeno aislado. Se puede identificar a un grupo humano y siempre ha sido posible hacerlo. Zaffaroni sostiene que el sistema penal históricamente

---

**249** Comisión de la Verdad, *op. cit.*, p. 47.



se ha nutrido de enemigos. Comenzaron siendo enemigos los considerados “diablos”, siguieron los inferiores biológicos, los salvajes, siguieron los subhumanos, los parásitos, los enemigos del estado, luego los izquierdistas, comunistas, disidentes y guerrilleros, ahora son los emigrantes, los consumidores de tóxicos, los pobres. Siempre han sido los excluidos del poder político o económico.<sup>250</sup>

El ataque debe ser generalizado o sistemático. Generalizado quiere decir que las violaciones a los derechos humanos deben ser masivas, frecuentes, cometidas a gran escala, dirigidas a una multiplicidad de víctimas. Sistemático significa que las violaciones a los derechos humanos responden a un plan o política de estado, que siguen objetivos y patrones determinados. Una de las manifestaciones, donde se puede apreciar con claridad este tipo de ataques, se puede apreciar en la lucha o guerra contra las drogas. En esta política, que premia a los policías por capturas o cantidades de drogas, se dirige contra las mulas, que mayoritariamente son mujeres, se basan en detenciones arbitrarias sin posibilidad de impugnación mediante hábeas corpus, con procedimientos que violan el debido proceso y los plazos razonables y con penas excepcionales para delitos que no provocan mayor daño (como la tenencia de drogas para el consumo).<sup>251</sup> De igual modo, podríamos describir el funcionamiento del sistema penal contra las personas más vulnerables de la sociedad que cometen delitos torpes.

Si la violencia se dirige ante un grupo humano, y se lo hace de forma sistemática y generalizada, ¿estamos ante un delito de lesa humanidad? Bajo la interpretación tradicional seguramente el calificativo sonaría exagerado e injustificado. Pero la interpretación tradicional es inadecuada cuando lo que se pretende es visualizar realidades opresivas que requieren de creatividad en el análisis. Lo mismo sucede con la figura del refugio, que fuera concebida para proteger a los perseguidos políticos en el contexto de la guerra fría. ¿Se puede considerar como refugiado a quienes huyen de la violencia intrafamiliar o de las condiciones generadas por el calentamiento global o de la pobreza?

---

**250** E. R. Zaffaroni, “Buscando al enemigo...”, p. 294-309.

**251** Mauricio Martínez, “La política criminal antidrogas y el control constitucional en Colombia. El fracaso del populismo punitivo, el éxito del negocio de las drogas ilícitas y el desastre humanitario y ecológico en la región andina”, en E. Rosales y L. Aniyar de Castro, comp., *Cuestión criminal y...*

Reconozco que puede este calificativo sonar chocante. ¿Cómo un grupo humano, que efectivamente puede haber generado violencia contra las personas, puede ser víctima de violación de derechos humanos? Es cierto, muchas veces, que quienes están presos cometieron infracciones, pero no menos cierto es que la violaciones a los derechos humanos a las que se les somete son mucho mayores que las que estas personas cometieron. El sistema penal no se puede prestar para venganzas o retribuciones sociales. No se puede exigir respeto o “civilidad”, tratando de forma irrespetuosa o salvaje. Urge llamar la atención sobre un trato a un grupo humano que es excesivo, inútil y vejatorio. Insistimos que lo que se pretende no es generar impunidad frente a esa violencia, sino buscar caminos que lleven a una sociedad más justa e inclusiva. Decir que las personas pobres y excluidas mediante el sistema penal son víctimas de delitos de lesa humanidad, es decir que el sistema represivo que genera dichas violaciones debe ser severamente alterado o, mejor aún, eliminado.

## Estado de cosas inconstitucional

La categoría “estado de cosas inconstitucional” ha sido acuñada por la Corte Constitucional de Colombia, “por el cual se ordena la adopción de políticas o programas que benefician a personas que no interpusieron la acción de tutela”<sup>252</sup> y se la adopta “debido a la situación de desconocimiento masivo, generalizado y sistemático de los derechos constitucionales... y a las falencias estructurales de la respuesta estatal que comprometen varias entidades públicas”.<sup>253</sup>

La situación carcelaria, en Colombia, ha merecido el calificativo de estado de cosas inconstitucional, por la situación aguda y generalizada de violación a los derechos humanos.<sup>254</sup> En una sentencia de 1998, la Corte reconoció que las personas privadas de libertad son titulares de todos los derechos reconocidos por la Constitución y otros instrumentos internacionales, algunos de ellos limitados y otros que deben ser incólumes, y que en Colombia sus derechos constituyen letra muerta. “Las condiciones de vida en los penales colombianos vulneran evidentemente la

---

**252** César Rodríguez Garavito, coord., *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, UA, 2010, p. 27.

**253** *Ibid.*, p. 28.

**254** M. Martínez, “La política criminal antidrogas...”, p. 202.



dignidad de los penados y amenazan otros de sus derechos, tales como la vida y la integridad personal, su derecho a la familia, etc. Nadie se atrevería a decir que los establecimientos de reclusión cumplen con la labor de resocialización... Por el contrario, la situación descrita anteriormente tiende más bien a confirmar el lugar común acerca de que las cárceles son escuelas del crimen, generadoras de ocio, violencia y corrupción.”<sup>255</sup> La Corte continúa describiendo el hacinamiento, la extorsión y la violencia en las cárceles, constata que el problema carcelario no está en la agenda política, que la situación ha sido denunciada por múltiples órganos internos e internacionales y que los remedios judiciales tradicionales no atienden el problema central del atentado a la dignidad de las personas privadas de libertad.

La situación de las cárceles fue calificada como una situación en la que se presenta un “craso, grave, reiterado y prolongado incumplimiento de la ley” en la que la que “la actitud negligente de la administración vulnera o amenace en forma inminente sus derechos fundamentales. En efecto, la inacción de las autoridades ha significado la violación sistemática de los derechos de los reclusos, durante décadas, y a pesar de muchas solicitudes y críticas elevadas con respecto al sistema penitenciario no se percibe ninguna política oficial para modificar de raíz la gravísima situación carcelaria del país”.<sup>256</sup>

La situación carcelaria reúne los tres requisitos ya elaborados por la jurisprudencia de la misma Corte: 1. general: afectación a multitud de personas; 2. estructural: no dependen de una sola autoridad; 3. la solución requiere la acción mancomunada de distintas entidades.

La Corte dispuso que las distintas ramas y órganos del Poder Público tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución del problema, poniendo en conocimiento del Presidente de la República el estado de cosas inconstitucional de la situación carcelaria, para que, “haciendo uso de sus facultades de suprema autoridad administrativa del país y participante fundamental del proceso legislativo, realice todas las actividades necesarias para poner pronto fin a esta delicada situación, vinculada con la conservación del orden público y con la violación crónica y

---

<sup>255</sup> CCC (1998), Sentencia T-153, párr. 46.

<sup>256</sup> CCC (1998), Sentencia T-153, párr. 52.

sistemática de los más elementales derechos humanos”.<sup>257</sup> Lo mismo solicitó a todas las autoridades de los otros poderes del estado y de los gobiernos locales.

Más allá de conocer la eficacia de la sentencia de la Corte, esta entidad abre la puerta para que la vía constitucional sea un mecanismo para abordar, en toda su complejidad, el problema de la privación de libertad y del sistema penal. Lo diagnosticado por la corte colombiana es predicable a cualquier situación carcelaria en nuestra región. Luego, las vías de solución propuestas por la corte, pueden ser replicadas en nuestros países.

## La legislación penal inconstitucional

Las leyes y las propuestas de leyes también son hechos por sí mismos, más allá que sean ineficaces. Existen en papel y se puede verificar su existencia empíricamente. También las propuestas pueden ser analizadas a la luz de la doctrina y la normativa constitucional. En este acápite, sin pretender hacer profundas reflexiones, intentaremos demostrar lo inadecuado de los textos vigentes y propuestos, resaltando algunos puntos que llaman la atención. En primer lugar, haremos un breve repaso de los orígenes del código penal vigente, mencionaremos algunos aspectos de las reformas al sistema penal realizadas después de la expedición de la Constitución de Montecristi y finalmente haremos algunos breves comentarios de la propuesta del ejecutivo de reforma integral, presentada al parlamento en el año 2012.

## Orígenes autoritarios de la legislación penal

Ecuador desde su época republicana ha promulgado cinco Códigos Penales:<sup>258</sup> El Código vigente<sup>259</sup> no constituye realmente una “nueva concepción penal”, sino que es una codificación más. Nuestro Código penal tiene una fuerte influencia del Código italiano de 1930 (Código conocido como Rocco), argentino de 1922, belga de 1867 y —este a su vez— del francés de 1810 (Código napoleónico). En suma, tenemos un

---

**257** CCC (1998), Sentencia T-153, párr. 55.

**258** 1837, 1871, 1906, 1938 y 1971.

**259** Registro Oficial (RO) 147, 22 de enero de 1971.





código de hace dos siglos y con una influencia trágica del siglo XX, que es la Ley Penal del Fascismo italiano. A la codificación de 1971 hay que agregarle, desde la reforma de octubre de 1971 hasta la producida en abril de 2009, cuarenta y cuatro reformas. Si a esto le sumamos las doscientas treinta normas no penales que tipifican acciones, no podremos dudar que tenemos un código antiguo, incompleto, disperso y retocado.

En cuanto al Código de Procedimiento Penal, Ecuador ha tenido más de cinco leyes de procedimiento penal. El Código de Procedimiento Penal vigente desde el año 2000,<sup>260</sup> introdujo un cambio fundamental en relación al procedimiento de 1983: el sistema acusatorio. Sin embargo, este Código no fue de fácil aplicación y ha sufrido múltiples y algunas veces sustanciales modificaciones. En total, el Código se ha reformado trece veces. Estas reformas se hicieron sin tomar en cuenta en absoluto el Código Penal y se pretendió cambiar al derecho penal cambiando solamente una parte de él.

El Código de Ejecución de Penas se publicó por primera vez en 1982. Este Código ha sufrido nueve (9) reformas y estableció un régimen excesivamente técnico de ejecución progresiva de las penas. Este Código se hizo prescindiendo de las normas penales y procesales, resultando, en balance, un sistema de ejecución inconsistente con las otras normas e inaplicable en la realidad.

El derecho penal, desde la época liberal, conocida como clásica, al que responde ideológicamente nuestro Código Penal, ha evolucionado doctrinaria y políticamente. Y se ha ido adaptando a las necesidades de la sociedad y al modelo de estado. El derecho penal clásico responde a sociedades preindustriales europeas, que tienen un modelo de estado mínimo, protector fundamentalmente de la propiedad, la vida y del estado como sujeto individual. Después de la escuela clásica, surgió el positivismo penal, que tuvo influencia también en nuestro Código. Posteriormente, y acorde con nuevas reivindicaciones sociales y con los incontables abusos del poder punitivo del estado, surgen múltiples escuelas. Destacamos la escuela finalista de la acción, el abolicionismo penal y el garantismo. Nuestro sistema normativo penal ha sido ajeno al debate teórico o a las reformas consistentes con los avances de las nuevas escuelas penales. En este sentido, el Código Penal ecuatoriano es anacrónico.

---

260 RO, Suplemento, 360, 13 de enero de 2000.

De igual modo, el derecho procesal ha ido avanzando de un sistema inquisitivo, a uno mixto (1983) y ha desembocado en uno acusatorio (2000). Muy tímidamente, y esta es la tendencia, hemos avanzado hacia un sistema adversarial y oral. La defensa pública tiene una presencia muy marginal en el Código procesal actual y la víctima sigue siendo un elemento de prueba más. Además, los trámites siguen descansando en lo escritural, e importa más el expediente que las personas involucradas en el conflicto penal.

Por su parte, el Sistema de Ejecución de Penas se basa en la ideología de la rehabilitación, resocialización y reeducación e intenta ser superado por un régimen que ofrece promoción y protección de derechos en la privación de libertad. Sin embargo, el sistema de rehabilitación colapsó por razones técnicas y psicológicas. Técnicamente no se puede re-habilitar a una persona que nunca ha sido “habilitada” y a una sociedad que tampoco es ideal para reinsertarse; y psicológicamente, el sistema funciona solo si cuenta con la voluntad de las personas condenadas. Desde la expedición de la ley vigente, el sistema no ha funcionado adecuadamente y, al contrario, ha generado espacios propicios para la violencia y la corrupción.

Se puede apreciar de manera evidente que los códigos no responden a una línea de pensamiento única, sino a contextos históricos muy diversos, que tienen finalidades y estructuras distintas y sin coordinación alguna, que tienen normas que son contradictorias y que hace, en suma, de las normas penales un sistema incoherente, poco práctico y disperso. Además, podríamos afirmar que el derecho penal ecuatoriano ha permanecido ajeno al debate penal contemporáneo y se rezagó en relación a la evolución del pensamiento y del derecho penal comparado.

La Constitución de 2008 nos ofrece un panorama nuevo y también nos impone obligaciones. Textualmente determina que “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”.<sup>261</sup> Desde este mandato, como con cualquier norma anterior a la expedición de la Constitución, debemos preguntarnos si el derecho penal,

---

261 CPE, Art. 424.



con todos sus componentes (sustantivo, adjetivo y ejecutivo), guarda conformidad con la Constitución.

La Constitución reconoce múltiples derechos, más que ninguna otra en el Constitucionalismo ecuatoriano, y establece que el sistema normativo es una garantía más que ofrece el Estado para promoverlos, al determinar que toda autoridad pública que tiene competencia para normar tiene la "obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas, ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución".<sup>262</sup>

Urge una profunda y completa revisión del derecho penal a la luz de la Constitución, para determinar si los bienes jurídicos tienen su correspondencia constitucional y si los derechos de los sujetos involucrados, investigados, procesados, condenados y víctimas, están adecuadamente regulados.

Las normas penales están dispersas, no solo en tres cuerpos normativos, sino además que están regadas en incontables leyes y reglamentos. El problema no solo es la dispersión, que genera un problema de inseguridad al no ofrecer a la ciudadanía un cuerpo normativo de fácil acceso, sino también de incoherencias y vacíos normativos.

Las tres grandes ramas derecho penal, sustantivo, procesal, y ejecutiva, no deben y no pueden estar divorciadas. Actualmente, las tres tienen fuentes de inspiración y responden a momentos históricos diversos y hasta incompatibles. La modernización del derecho procesal tiene que ir de la mano de la sustantiva y estas dos de la ejecutiva penal.

Por mencionar algunas incoherencias con la Constitución, en el derecho penal sustantivo encontramos tipos penales que son inconstitucionales (como los relativos a vagos y mendigos), desproporcionados (drogas), irrelevantes (la mayoría de contravenciones). En el derecho procesal penal no tenemos la presencia, como actor en igualdad de armas, del defensor o defensora

---

<sup>262</sup> CPE, Art. 84.

pública, a la víctima no se les reconoce derechos fuertes dentro del proceso para reivindicar la lesión sufrida, y el procedimiento no es oral en todas sus fases. Por su parte, en la fase ejecutiva penal, no está implementado los derechos de las personas privadas de libertad, no existe el juez de ejecución de penas, ni tampoco se ha creado el órgano técnico encargado de definir las políticas.

Las reformas puntuales que han sufrido las leyes desde sus codificaciones hacen que tengamos normas inadecuadas, incoherentes, antitécnicas y urge tener un código que armonice todo el sistema jurídico penal y se adapte no solo a la Constitución sino también a la realidad de nuestro país.

Desde otra perspectiva, las leyes que regulan los efectos penales de las conductas, en relación a las personas y a la materia, también están dispersas. Tenemos leyes penales para militares, policías, adolescentes, mujeres violentadas, tránsito, medio ambiente, drogas, entre otros. Frente a esta realidad, el anteproyecto responde a una necesidad urgente, codifica y evita inconsistencias que generan situaciones discriminatorias. Por ejemplo, actualmente el sistema procesal para juzgar militares y policías es francamente inquisitivo, mientras que el sistema para civiles ya es acusatorio. En igualdad de condiciones —cometer una infracción— unas personas tienen más desventajas —los policías y militares—. Algo parecido sucede con los adolescentes infractores, mientras el sistema para adultos tiene previsto un órgano conformado por ministros o sus representantes, el sistema para adolescentes depende de un solo ministerio y tiene una atención marginal. Esto también constituye una discriminación. Al establecer un Código pensado desde la Constitución y los derechos de las personas, conviene que todos los grupos humanos que cometen infracciones y que son víctimas de ellas, tengan una regulación coherente y homogénea —siempre— destacando cuando sea el caso las particularidades para su protección.

## **La producción legislativa penal después de la Constitución de 2008**

Con lo que hemos visto, podríamos ya tener criterios de evaluación para valorar las reformas normativas después de expedida la Constitución de Montecristi. Podemos clasificar, para recordar estos criterios valorativos, dos tipos de reformas penales. Una que es respetuosa de los derechos humanos, que se puede denominar garantista, y que basa sus



postulados en el respeto a los derechos de la Constitución, en particular el derecho a la libertad personal y al debido proceso. Desde esta perspectiva, el derecho penal es de “acto”, que es el más consecuente con el principio de igualdad y dignidad, y lo que se juzga y condena son hechos y no a personas: las personas entran dentro de la esfera penal por lo que hacen no por lo que son. En cambio, existe un derecho penal asociado con formas autoritarias de ejercicio de poder, que tiene que ver con la flexibilización de las garantías penales, con la maximización del poder punitivo y con el derecho penal de “actor”. Desde estas reformas, no importa lo que hagan las personas, que por ser peligrosas deben estar bajo el control del sistema penal.

Desde la mirada de los derechos humanos, resulta importante centrar la atención en la reforma penal porque se trata del derecho que se relaciona con el poder más violento que ejerce el estado y que nos permite evaluar si las garantías normativas están funcionando de forma adecuada. En la aplicación del derecho penal se puede vulnerar el derecho a la vida, la libertad, el debido proceso, los derechos sociales y, en suma, la dignidad.

Se han hecho, al momento de publicar este libro, cuatro reformas relacionadas con el sistema penal: 1. Reformas al Código Penal,<sup>263</sup> 2. Reformas al Código de Procedimiento Penal,<sup>264</sup> y 3. Reformas a la legislación penal militar y policial.

La reforma al Código Penal se ha hecho en dos momentos. En el año 2009, en la que se introdujo tipos penales y se redujeron penas; y en 2010, que tuvo cuatro artículos, todos ellos encaminados a expandir el poder punitivo:

Cada vez que se crea un tipo penal, se abre la posibilidad de intervención del poder punitivo y, en consecuencia, de criminalizar a las personas. Se creó el tipo penal relacionado a la interceptación de conversaciones telefónicas y el delito de odio. Además, en relación al delito de sustracción, se convirtió en contravención cuando el valor del objeto sustraído era menor que tres remuneraciones básicas. Esta última reforma fue acertada en tanto valoró mucho más la libertad de las personas que los

---

**263** RO, Suplemento, 555, 24 de marzo de 2009, Primera Reforma Penal; y RO 160, 29 de marzo de 2010, Segunda Reforma Penal.

**264** RO 160, 29 de marzo de 2010, p. 3-4.

bienes materiales. Además, que ayudó a descongestionar los delitos denominados de bagatela, aunque dicha reforma, gracias a la intervención de la “criminología mediática” y de los políticos neopunitivistas, no duraría mucho.

La reincidencia en la contravención será considerada delito. Es decir, una falta leve, por cometerla dos veces, se considera como grave, de una pena de hasta siete días pasa a ser sancionado con una pena de hasta cinco años. La reincidencia es una institución propia del derecho penal de “autor”. La persona recibe una pena grave, bajo la premisa de que se le considera “peligrosa”. Esta institución atenta contra el *ne bis in idem*, por el que se prohíbe juzgar dos veces a una persona por el mismo hecho. Esto sucede con la reincidencia. Al hecho presente le sumo, para agravar la pena, el hecho ya juzgado en el pasado. Por otro lado, cuando se dice que el sistema penal tiene como finalidad la rehabilitación integral y la reinserción (Art. 201 de la Constitución), el hecho de que una persona reincida significa que el estado es el que falló en el cumplimiento de sus fines (que, entre paréntesis, dada la situación de nuestras cárceles, lo más seguro es que nunca ha podido ni podrá rehabilitar). Resulta poco ético, insistimos, que se sancione a una persona, en este caso al reincidente, por error y por fallas del estado.

Ocultación de cosas robadas: el tipo penal multiplica el verbo rector, que era uno: ocultar, por seis: ocultar, custodiar, guardar, transportar, vender, transferir, y aumenta la pena de seis meses como mínimo a tres años con un máximo de seis años. Se considera dentro de este delito quienes no logren probar la propiedad de los bienes. La técnica usada en este tipo es la típica de legislaciones autoritarias, que pretenden abarcar con la multiplicación de los verbos rectores cualquier tipo de conducta, produzca daño o no. Se pretende combatir lo que se conoce como “cachinerías” (mercados de bienes sustraídos). Lo malo es que, con este tipo penal, pueden caer todos los comerciantes informales y todas las personas que no logren demostrar la procedencia legal de lo que tienen. ¿Quién lleva facturas de la ropa que viste, del teléfono celular y de los accesorios que uno porta en la vida cotidiana? Lo perverso de estas figuras es que pueden servir para perseguir arbitrariamente a la gente. Este tipo de técnica se la usa en delitos que se los considera graves pero que abren la puerta a la arbitrariedad policial, como es el caso del tráfico y tenencia de drogas, terrorismo, lavado de dinero, trata de personas. Sin duda, la libertad personal y el comercio se encuentran afectados por este tipo penal. Al final, como siempre, los más pobres y marginales de nuestra sociedad, que se dedican al comercio informal, serán las víctimas de este tipo penal.



Aumento de penas: las penas, en varios delitos, se aumentan. Se cree, ingenuamente, que el derecho penal puede resolver los problemas sociales. El aumento de penas en ningún país del mundo ha funcionado. Por un lado, es más caro porque carga al sistema penal con más presos por más tiempo. Por otro lado, como el sistema penal se basa en la cárcel y la cárcel es un lugar donde la violencia tiene cabida cotidianamente, las personas se tornan más violentas. Los políticos siguen alimentando la idea de que combaten la delincuencia a través del derecho penal. Lo que interesa a la víctima, en la realidad, no es la represión de la persona que ha cometido una infracción sino la reparación del daño y la seguridad de que no le va a volver a pasar lo mismo. Y esto precisamente es lo que no hace el derecho penal.<sup>265</sup>

Las reformas al Código de Procedimiento Penal tuvieron dos tendencias marcadas y contradictorias, la primera del año 2009, que fue evidentemente, en su gran mayoría, garantista; y la reforma del año 2010 que fue también evidentemente autoritaria, por ir en contra de los derechos y garantías establecidas en la Constitución.

La reforma del año 2009 se la hizo dentro de la lógica de las garantías normativas y ha sido un intento importante de adecuación normativa a los postulados de la Constitución. a) Se “legalizaron” varios principios constitucionales relacionados a los derechos y a los procedimientos: el debido proceso, el contradictorio, la oralidad y la mínima intervención. b) Los jueces y juezas tomaron la denominación de garantías penales, que es coherente con la denominada garantía orgánica y de la lógica de contención del poder punitivo. c) Se ampliaron las posibilidades de intervención de la víctima en la decisión de judicializar los casos, al permitir que se pueda considerar delitos de acción privada a la estafa, la violación de domicilio, la revelación de secretos de fábrica, el hurto y ciertas lesiones. d) Se estableció la institución de los “acuerdos de reparación”, que realmente abren la puerta para que la víctima recupere su protagonismo en la solución de sus conflictos. e) Se tomó en serio el principio acusatorio y oral, estableciéndose medidas importantes tales como la audiencia flagrancia, la obligación de resolver oralmente y en audiencia cuando se vulneren derechos, reglas para garantizar la práctica de prueba durante la audiencia.

---

<sup>265</sup> Véase I. Waller, *op. cit.*, 2008.

El gran avance de la reforma, consecuente con el mandato constitucional, fue establecer medidas alternativas a la privación de la libertad y el énfasis en la excepcionalidad de la prisión preventiva. Se establecieron once medidas distintas a la privación de libertad para garantizar la presencia en juicio, más allá que confunde medidas de protección a las víctimas y medidas cautelares propiamente dichas: no concurrir a ciertos lugares, abstenerse de acercarse a víctimas, sujeción de vigilancia, prohibición de ausentarse del país, suspensión de actividades que perjudiquen a la víctima, salida del procesado de la vivienda, prohibición de actos de intimidación a la víctima, reintegro de la víctima al domicilio, privación de custodia de niños y niñas, obligación de presentarse ante autoridad y el arresto domiciliario. Cualquier medida que contribuya a evitar los daños que provocan la privación de libertad, siempre deben ser bienvenidas.

Quizá el único gran retroceso de las reformas del año 2009 fue la creación de la “suspensión condicional del proceso”. El requisito fundamental de este procedimiento es la admisión de responsabilidad. Este requisito, fundamental en esta institución, rompe con la lógica de la presunción de inocencia y de la carga de la prueba. Los operadores de justicia van a presionar, con todos los medios que tienen (amenaza de pena severa, prisión preventiva, demora en el juicio), para conseguir una autoinculpación. Esta institución constituye un regreso a sistemas inquisitivos. Peor aún, cuando se suspende el procedimiento, existe una sanción sin proceso: abstención de frecuentar lugares, sometimiento a tratamiento psicológico, realización de trabajos comunitarios, asistencia a programas educacionales, reparación de daños, fijación de domicilio, presentación periódica ante autoridades. Todo estas consecuencias, que pretenden dar apariencia de medidas cautelares y de beneficios para el procesado, son inconstitucionales, inquisitivas y regresivas.

Ahora mencionemos algunas de las “innovaciones” autoritarias de la reforma del año 2010, que demuestran la inconsistencia de la tarea legislativa y también la presión efectiva de la “criminología mediática”:

- a) El registro de detenciones: el fiscal tiene la obligación de presentar el registro de detenciones en la fundamentación de la instrucción fiscal. Las detenciones anteriores son impertinentes en un proceso que juzga actos, que es propio de un régimen constitucional. Esta norma es un acercamiento al concepto de peligrosidad y al derecho penal de autor. La disposición, en la práctica, se junta con aquella que prohíbe la sustitución de la prisión preventiva y convierte a la prisión





preventiva en regla. De este modo, la privación de la libertad, conforme a la Constitución, deja de ser excepcional. Hay que recordar, por otro lado, que la norma otorga un valor jurídico sin precedente a un acto jurídico que lo realiza la policía. La detención no es sentencia para que pueda ser considerada como reincidencia. Además, la detención hasta podría ser arbitraria. Da igual, cualquier tipo de registro de detención será considerada como una prueba en contra del detenido. Franco y abierto atentado a la libertad de las personas.

- b) Invisibilización de la víctima: los archivos y las desestimaciones se las hace sin audiencia. La víctima en los procesos penales ha sido la gran ausente. Esta institución, vinculada con la eficiencia penal, otorga poder al fiscal al punto de poder decidir un archivo y una desestimación basándose en a su criterio y fundamentado en el principio de oportunidad. Es irrelevante la pretensión de la víctima.
- c) Prohibición de sustitución prisión preventiva en determinados delitos (administración pública, muerte, delitos sexuales, odio, reincidencia, con penas de reclusión). En esta reforma existe un fuerte contenido moral que se torna, en estricto sentido, discriminatorio. La regla general es que cuando no se cumplen los requisitos de la prisión preventiva o cuando cumpliéndose se la debe considerar excepcional, debe prevalecer la presunción de inocencia y el derecho a la libertad durante el proceso. Sin embargo, en ciertos delitos que son sensibles a la crítica de la opinión pública (no razones jurídicas), como los delitos sexuales y la reincidencia que ahora se demuestra con el registro de detenciones, sin importar las circunstancias procesales, el juez debe dictar la prisión preventiva. Esta norma es discriminatoria porque las personas, estando en igual situación procesal, tienen trato distinto. La privación de libertad durante proceso debe seguir siendo excepcional y ser aplicada sin discriminación. Esta norma es, sin duda, inconstitucional.
- d) Registro audiencias fallidas. El sistema de administración de justicia adolece de múltiples fallas, una de ellas es la falta de información. No se conoce el número exacto de audiencias fallidas ni tampoco a los responsables de estos actos fallidos. Resulta intolerable que una persona privada de libertad durante un proceso, para garantizar su presencia en juicio, no pueda ser juzgado por la falta de un agente estatal (juez, fiscal o defensor). El hecho que de la ley obligue a reportar y a producir información resulta una reforma adecuada.

e) Respeto jurisdicción indígena. La disposición general de la reforma penal reconoce una vez más y sin restricciones la jurisdicción y competencia de las autoridades indígenas. Esta norma se suma a las normas constitucionales y legales (Ley Orgánica de la Función Judicial y Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y de Control Constitucional) que determinan la existencia de la justicia indígena y la necesidad de observar y respetar los principios de una justicia intercultural. Esta norma también es una norma que se encuadra en los preceptos constitucionales y que contribuye a la construcción de un estado plurinacional. Dado que la justicia ordinaria no funciona de forma adecuada, lo menos que podemos hacer es estimular otras formas de resolver conflictos y que además han funcionado ancestralmente.

El derecho penal militar y policial adolecía de serias deficiencias en su diseño y regulación, en tanto no estaban conformes con la Constitución y no se podía garantizar un juicio justo por parte de jueces imparciales e independientes.<sup>266</sup> La reforma penal, en este sentido, sigue los mandatos constitucionales y también los derivados de compromisos internacionales.

a) Unidad jurisdiccional y especialidad. La especialidad, como era entendida, iba en detrimento de los derechos de las personas juzgadas por la justicia penal y militar. La unidad jurisdiccional significó separar la institución en donde se cometen infracciones de la que juzga. Por otro lado, la dogmática penal de la justicia penal militar y policial era peor de la que tenemos en el Código Penal. Además, en materia procesal, los juicios penales militares y policiales eran inquisitivos. La unidad jurisdiccional proclamada en la Constitución, se materializa en esta reforma. Por otro lado, la especialidad no se considera en cuanto a que tienen que ser militares y policías quienes juzguen, sino que se verifica en el conocimiento de la materia por parte del juzgador.

b) Infracciones administrativas y penales. Creo que la reforma tiene aún algo de la legislación penal militar y policial anterior, que no distingue entre infracciones graves materia del derecho penal e infracciones leves materia del derecho administrativo. Lo coherente era dejar lo

---

**266** Véase Ramiro Ávila Santamaría y José Valencia Amores, *Ecuador y el derecho internacional humanitario. Estudio de compatibilidad entre el ordenamiento jurídico ecuatoriano y las normas del DIH*, Quito, CEP / CICR, 2006.



primero para conocimiento de la justicia ordinaria y los segundo para procedimientos administrativos. Encontramos en la reforma infracciones que atañen solo a la vida militar y que deberían salir del ámbito penal, tales como ofender a un superior, resistir cumplir una orden, prolongar el mando o servicio, dar órdenes ajenas al interés de servicio, abusar de la jerarquía, ofender a un inferior.

- c) Incorporación de principios del Derecho Internacional Humanitario (DIH). La reforma recoge importantes principios que se encuentran en el Derecho Penal Internacional (DPI) y en el DIH, tales como la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, la no obligación de obediencia a órdenes que tenga que ver con violaciones a derechos humanos, la determinación de personas y bienes protegidos por el DIH. En este punto, la reforma adecua el ordenamiento jurídico ecuatoriano a compromisos internacionales.
- d) Tipificación de los crímenes de guerra. La reforma tipifica las infracciones que están descritas en el Estatuto de Roma, en los Convenios de Ginebra y su Protocolos Adicionales. Incluso encontramos infracciones que se conocen como la corriente de New York sobre armas prohibidas. En esto también se debe destacar como un esfuerzo importante y realizado de adecuación normativa.
- e) Transitorias inadecuadas. Las normas transitorias, y esto ya como un defecto de todos los regímenes de transición de las normas dictadas a partir de la Constitución de 2008, no han sido diseñadas de forma adecuada. Atrás de un régimen jurídico, están personas, bienes, prácticas, que deben ser consideradas. Las transiciones no se producen por la sola expedición de una norma sino que se debe contemplar responsables y procesos adecuados.

## **La propuesta gubernamental de reforma penal integral**

El gobierno de la revolución ciudadana ha enviado su propuesta de Código Orgánico Penal Integral a la Asamblea Nacional. La propuesta tiene algunas innovaciones importantes, que conviene destacarlas. En primer lugar, la integralidad en el tratamiento penal es una necesidad y constituye un rasgo original, inédito en el tratamiento jurídico de la cuestión penal: el delito, el proceso y la pena deben ser coherentes y articulados. En segundo lugar, el reconocimiento de los derechos de las víctimas a la reparación integral, que recoge la doctrina más actualizada y es

consecuente con los principios constitucionales. En tercer lugar, el tratamiento penal del drogas, que distingue al traficante internacional de las mulas, de los pequeños traficantes que sobreviven de la venta de drogas y es consecuente con la no penalización del consumidor. En lo procesal, se destaca la diferenciación de procedimientos en función de la gravedad de los hechos y hay innovaciones interesantes para introducir la oralidad en la tramitología penal. Finalmente, cabe destacar el reconocimiento de los derechos de las personas condenadas, que guarda estrecha relación con los estándares internacionales de derechos humanos.

Lastimosamente estos avances en la propuesta normativa se opacan ante los innumerables defectos de diversa índole. Por cuestiones de espacio, me voy a dedicar exclusivamente a observar algunos defectos graves del libro primero, que se denomina “De la infracción penal”.

La propuesta penal del gobierno de la revolución ciudadana incursiona en la lógica de un estado que confía en el poder punitivo y desconfía de los derechos de las personas. Es decir, en el modelo autoritario y represivo. Demostraciones: aumento de penas, aumento de agravantes, tipos penales abiertos e infracciones penales sin daño como en las infracciones levísimas en las que se sanciona toda la cotidianidad social (ofender el pudor, jugar carnaval, apacentar animales en prados naturales, los que encuentren objetos y no los entreguen al intendente...), aumento de los plazos de prescripción de la pena, disminución de la edad de las personas menores de 18 años para que sean juzgadas como adultos.

Públicamente se ha ridiculizado el término “garantista”, que es la doctrina penal que una democracia constitucional demanda. Nunca hay que olvidar que las leyes penales son hechas para todos los ciudadanos, no solo para los delincuentes. No hay que olvidar que el poder punitivo del Estado siempre se equivoca y hay que limitarlo. En el fondo, contra la creencia común, las leyes penales protegen a los ciudadanos de las equivocaciones del estado cuando usa la policía y la cárcel y administran el dolor de la privación de libertad para aquellas personas que cometen infracciones y estas son demostradas. De ahí la presunción de inocencia y el derecho a la libertad durante el juicio. Pensemos, y esto además para rendir tributo a la lucha de la familia Restrepo, que si a los hermanos Restrepo se les garantizaba la presunción de inocencia, el derecho a ser defendidos y se les aplicaba todos los principios constitucionales, no hubiéramos lamentado su desaparición. Lo mismo podemos predicar del caso Fybeca y de todos los casos denunciados por la Comisión de la



Verdad. Expandir el poder punitivo, como lo está proponiendo el gobierno, es confiar en la policía, en la función judicial y en la cárcel, que nunca han funcionado. El garantismo, pues, es la teoría que aplicada y legislada evita que Pedro y Santiago Andrés, que los esposos de las Dolores, sean víctimas de violaciones a los derechos humanos.

Una observación general más. La doctrina penal ha avanzado considerablemente desde que se expidió el código penal vigente, que en realidad es código del siglo XIX, fiel a una tradición autoritaria, que es la del emperador Napoleón y la del fascista Musolini. En estos regímenes, el estado es lo más importante, la ciudadanía debe estar sometida y el derecho penal es el principal instrumento para lograr la autoridad del estado y la sumisión de las personas. En más de cien años, se ha estructurado una teoría del delito, que goza de consenso académico y en la legislación comparada. Esto es, que para que una persona sea condenada se requiere que se cometa un acto (no pensamientos), que es típico (esto quiere decir que el hecho que el Estado sanciona debe estar muy bien definido y debe definirse conductas que provoquen daños graves), antijurídico (que esté prohibida la conducta en el sistema jurídico, así por ejemplo un médico que opera comete un acto típico, porque lesiona, pero no es delito porque el derecho permite la intervención médica ) y culpable (que se le pueda reprochar una sanción penal a una persona). Este esquema del delito, que puede variar según algunas doctrinas, se desarrolló en el mundo a principios del siglo XX. Por supuesto, nuestro código penal vigente de tradición autoritaria, no recoge los esquemas del delito.

Es imperdonable que la propuesta de Código Penal de la revolución ciudadana copie el código vigente y lo presente como propuesta innovadora. En otras palabras, la propuesta gubernamental es una propuesta del siglo XIX en términos de dogmática penal. Es una propuesta que tiene una teoría del delito dispersa, no sistemática, antigua y con tradición autoritaria. Lo peor de todo es que se añaden dos normas, el error de tipo y el error de prohibición que, siendo contemporáneas, dentro de la estructura del código se tornan inaplicables. Por eso, como comentó ya el jurista Jiménez de Asúa de nuestra codificación de 1939, el código en esa época era nuevo pero debía inscribirse entre los códigos antiguos. ¡Qué decir del mismo código presentado en el año 2011!

Entre las normas penales que se copian están las injurias a las personas que ocupan puestos públicos. La honra de un personaje público es sancionada de forma más severa que la honra de cualquier otro mortal.

Además de ser una norma que establece una distinción claramente discriminatoria (unos seres humanos valen más que otros), no reconoce el avance de la teoría de que los representantes están al servicio de los ciudadanos y que deben, en una democracia constitucional, estar expuestos a mayor crítica y tolerancia. En la época de Napoleón y Musolini, de acuerdo que insultar al monarca y al Duce era una infracción grave. En la época en la que el máximo deber del estado es promover y garantizar los derechos humanos, insultar al funcionario público elegido popularmente es un discurso protegido.

Podríamos extendernos en las críticas al Código Penal y afirmar, por ejemplo, que no tiene técnica legislativa, que hay penas que no tienen delitos (como las no privativas de libertad), que hay delitos que no tienen penas (como la injuria no calumniosa), que hay retrocesos sin nombre como la cárcel para niños y adolescentes desde los 12 años. Pero baste con afirmar que simplemente que de lo poco que se ha dicho en esta opinión, se desprenden muchas inconstitucionalidades. Y esto es suficiente para llamar la atención a la Asamblea Nacional. No se trata de una ley más, se trata de un modelo de Estado y del derecho de las personas a no ser encerradas. Esperamos que la Asamblea tome con seriedad este proyecto y lo trate con la tecnicidad que la propuesta exige. Estamos hablando del peor y más violento poder del estado. Estamos hablando de los derechos de todos los ciudadanos.



## **La propuesta: la constitucionalización intercultural de la justicia penal**

En este capítulo buscamos dar algunas luces para transformar el actual sistema de justicia penal, que hemos calificado de inconstitucional e injusto. Comenzaremos señalando los posibles aprendizajes que podría tener la justicia estatal, de la justicia indígena, toda vez que nuestra constitución declara que Ecuador es un estado plurinacional e intercultural. En un segundo momento, a propósito del efecto irradiación de la constitución y los derechos fundamentales, expondremos las razones de una propuesta que fue publicada íntegramente sobre la reforma garantista del sistema legal penal. Un tercer acápite, tiene relación con el rol de las garantías jurisdiccionales en una democracia constitucional, y básicamente en las posibilidades de la interpretación judicial, como una forma de corregir los defectos en la aplicación de normas penales inconstitucionales. Finalmente, y a modo de conclusión, expondremos los lineamientos teóricos para una renovada doctrina e interpretación del sistema penal.

### **¿Debe aprender el derecho penal estatal de la justicia indígena?**

#### **Un acercamiento desde la interculturalidad**

Estamos en tiempos de interculturalidad. La justificación para esta afirmación, de forma fácil pero contundente desde una perspectiva jurídica, la encontramos en la Constitución ecuatoriana de 2008. También podemos encontrarla en la realidad: somos diversos y existen varias culturas en nuestro país. El reconocimiento jurídico de la diversidad y de interculturalidad, plantean obligaciones poco comprendidas y asumidas y muchos retos. En este acápite plantearé la cuestión de la interculturalidad en relación con el derecho penal.





El derecho tradicionalmente ha mirado al “norte” para inspirarse, nutrirse, consolidarse, reformarse y renovarse. La interculturalidad exige, desde nuestra perspectiva, hacer lo mismo pero desde nuestras raíces y desde abajo en todas las áreas de la vida social y de las interrelaciones humanas y naturales. Desde nuestras raíces implica reconstruir una utopía propia, prehispánica y que se torna anticapitalista. Desde abajo quiere decir desde los movimientos sociales y no desde las propuestas de las instancias globales como el Banco Mundial o desde el poder estatal. A esta forma de entender la interculturalidad la denominaremos, siguiendo a Walsh, “crítica”, que esta encaminada a emancipar, a resistir y combatir todo poder que oprima o subordine y a transformar, reinventar y rehacer la sociedad y al estado. <sup>267</sup>

Como repasamos al inicio de este libro, atravesamos momentos en los que nos imponen discursos y propuestas punitivistas, sentimientos de inseguridad ciudadana, usos intensivos del sistema penal del estado, reformas a la administración estatal de justicia y cambios integrales a los códigos penales, procesales penales y de ejecución de penas encaminados a conseguir más sentencias, aumentar las penas y a utilizar la cárcel como forma única de resolución de conflictos sociales graves.

En este contexto, ¿Debe mirarse al derecho indígena para aprender e inspirarse para una reforma penal estatal? ¿Hay algo que el derecho indígena pueda enseñar al derecho estatal? Las mismas preguntas podríamos hacernos, en un país que reconoce la pluralidad jurídica, de las comunidades afrodescendientes, que no abordamos simplemente por no tener información y no porque no tengan algo que enseñar y compartir.

Para responder estas preguntas, dividiremos a este acápite en tres partes. La primera tiene relación con las justificaciones para recurrir a la interculturalidad como principio fundamental en la construcción del estado y del derecho. La segunda parte describe, a partir de algunas investigaciones realizadas en Ecuador y Perú, ciertos rasgos de la justicia indígena y reflexiona sobre el sentido del encierro desde la perspectiva indígena. Finalmente, como conclusiones, se enumeran algunos aprendizajes que el derecho estatal puede recibir de la justicia indígena.

---

**267** Catherine Walsh, “Interculturalidad crítica y pluralismo jurídico”, ponencia presentada en el Seminario Pluralismo Jurídico, organizado por el Procuraduría del Estado y el Ministerio de Justicia de Brasil, Brasilia, 13 y 14 de abril de 2010, p. 5.

## La interculturalidad

La interculturalidad atraviesa toda la Constitución de Montecristi, desde el preámbulo, pasando por el Art. 1, que define y caracteriza a la Constitución y al estado, y regulando instituciones específicas a lo largo del texto normativo. Es decir, la interculturalidad es un rasgo fundamental del estado y del derecho en Ecuador.

El Preámbulo tiene cinco considerandos, todos ellos se relacionan de forma directa con la interculturalidad. El primero reconoce nuestras raíces milenarias y ya no solo nuestro saber occidental, cuyos orígenes se remontan a la conquista española. El segundo celebra la Pacha Mama, de la que somos parte vital para nuestra existencia, recoge nuestras más profundas creencias prehispánicas, y ya no solo nuestra religiosidad cristiana. El tercero invoca a Dios y reconoce diversas formas de religiosidad y espiritualidad, y ya no solo nos encasilla en que somos una población mayoritariamente católica. El cuarto apela a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad, y ya no solo a la cultura dominante que sin las otras nos empobrece como sociedad. El último considerando apela a las luchas de liberación frente a toda forma de dominación y colonialismo, y nos invita a ser críticos con toda nuestra historia, realidad y futuro. Ninguno de los cinco considerandos, que justifican la expedición de una nueva constitución, se podría entender sin la interculturalidad.

Si alguien se atreviera a negar el valor jurídico del Preámbulo, y no dudo que debe haber más de una persona que lo haga, entonces debemos acudir al texto de la Constitución. El Art. 1 de la Constitución —a la luz del cual debe leerse toda la Constitución, y cada uno de los artículos debe ser leído en concordancia con esta norma— establece que Ecuador es un estado intercultural.

La interculturalidad, como dirían algunos planificadores, es un eje transversal de toda la Constitución, que debería tener impacto en la organización del estado, en el sistema jurídico y en su aplicación: aparece cuando regula sobre los idiomas para una relación intercultural (Art. 2), el derecho a la comunicación debe ser ejercido de forma intercultural (Art. 16), la educación debe ser intercultural (Art. 27) y debe promover el diálogo intercultural (Art. 28), las prestaciones de salud deben regirse por la interculturalidad (art. 30), se considera un derecho colectivo la educación intercultural bilingüe (Art. 57.14), es una responsabilidad de toda persona o grupo titular de derechos promover las relaciones interculturales (Art.



83.10), la participación en democracia debe orientarse por el principio de interculturalidad (Art. 95), los consejos de igualdad deben ejercer sus atribuciones relacionadas con la interculturalidad (Art. 156), la Función Electoral se rige por el principio de interculturalidad (Art. 217), las políticas integrales en los cantones fronterizos deben precautelar la interculturalidad (Art. 249), las circunscripciones territoriales indígenas y afrodescendientes se rigen por el principio de interculturalidad (Art. 257), el buen vivir requiere del goce de derechos y el ejercicio de responsabilidades en el marco de la interculturalidad (Art. 275), el sistema nacional de inclusión y equidad social se guía por el principio de interculturalidad (Art. 340), el sistema nacional de educación integrará una visión intercultural (Art. 343), el estado garantizará el sistema de educación intercultural bilingüe (Art. 347.9), el sistema nacional de salud se guiará por el principio de interculturalidad (Art. 358), las políticas de hábitat y vivienda se elaborarán a partir del principio de interculturalidad (Art. 375.3), el sistema nacional de cultura respetará el principio de interculturalidad (Art. 378), las relaciones de Ecuador con la comunidad internacional promueven la construcción de un mundo justo e intercultural (Art. 416.10), la integración promueve y proteger el ejercicio de la interculturalidad (Art. 423.4).

Jurídicamente, entonces, no hay discusión: la interculturalidad es un mandato jurídico. Debería suceder, desde el más rancio formalismo jurídico, que los abogados y abogadas hagamos al menos un análisis semántico de las normas jurídicas que establecen la interculturalidad, bajo el principio positivista de la mera legalidad y de la neutralidad, que implica que el derecho es el que está vigente y que debe aplicársele sin cuestionamientos. Pero el derecho tradicional se encuentra, como siempre, ocupado en mantener el *status quo*, estudiar el derecho privado y “matar con la indiferencia” las normas jurídicas con potencial emancipador.

Como debería suceder con el derecho, no debemos quedarnos en los textos normativos y debemos mirar la realidad para entender el sentido de las normas. Si se entiende el sentido de la norma en otros contextos, como el social, político, histórico, su aplicación se torna más fácil. El imperativo normativo, cuando se acepta el precepto, se torna efectivo. La interculturalidad nos enriquece como cultura y como sociedad y, por ello, conviene desentrañar las consecuencias jurídicas de su reconocimiento.

Cuando la Constitución de 2008 establece que Ecuador se organizará mediante un estado intercultural, está expresando con claridad tres ideas. La una, constatación de una realidad, que reconoce que en Ecuador existen culturas distintas a la hegemónica: somos heterogéneos en el Ecuador y también reconoce que existe colonialidad. La segunda, una aspiración, que todas las culturas tengan la posibilidad de desarrollar al máximo sus potencialidades y poder compartir y aprender de otras culturas: “hay que realizar los cambios que permitan una relación de equidad entre los grupos que la componen”.<sup>268</sup> Finalmente, la idea de transformar, que implica desterrar y superar el colonialismo de la cultura hegemónica. Veamos someramente cada una de estas ideas fuerza.

## El reconocimiento de la diversidad y de la colonialidad

La historia de nuestro país, al igual que la de nuestra región e incluso del mundo, ahora acentuado con la globalización se caracteriza por el predominio y hasta la imposición de una sola cultura hegemónica, con pretensiones de universalidad. La cultura hegemónica invisibiliza y hasta destruye las otras culturas existentes en un mismo espacio y tiempo. Los espacios que han usado quienes detentan la cultura hegemónica han sido varios, tanto en el ámbito público como privado, que en su momento han sido magistralmente expuestos por Foucault a través de su teoría del disciplinamiento:<sup>269</sup> la familia, la iglesia, la escuela, el hospital, la cárcel, entre otras, son espacios en los que las personas se estandarizan o uniforman en todas sus manifestaciones.

La sociedad y el estado promueven sutilmente una forma de vida y una manifestación cultural. El modelo ideal de ser humano es una persona heterosexual, rodeada de una familia nuclear, que vive para satisfacer sus necesidades materiales a través del consumo, con religión judeo-cristiana, mestiza, patriarcal, individualista, urbana, profesional, propietaria y apolítica. Alrededor de este imaginario (reconozco que bastante simplificado) gira las institucionalidad pública y privada.

---

**268** Enrique Ayala Mora, *La interculturalidad, camino para el Ecuador*, Quito, UASB-E / FENOCIN / Seguro Social Campesino, 2011, p. 57.

**269** Véase, por ejemplo, en el ámbito de la sexualidad, su *Historia de la sexualidad*, en tres tomos; en el ámbito médico: *El nacimiento de la clínica: una arqueología de la mirada médica*; en el ámbito penal-estatal: *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*; en el ámbito lingüístico: *Arqueología del saber*, en el ámbito psiquiátrico: *Historia de la locura en la época clásica*.



Por supuesto que tenemos la ilusión de ser “libres” y de poder escoger alternativas distintas a la cultura dominante, y efectivamente muchos lo hacen. La cultura admite un grado tolerable de disenso, que Echeverría llama “momentos extraordinarios en el límite”,<sup>270</sup> que lo que hace es confirmar la regla de la cultura dominante.

El peor rasgo de una sociedad que promueve lo monocultural es que la forma de manifestar la subordinación o invisibilización de las otras culturas es a través de la discriminación: cuando la cultura diversa tiene que ver con lo indígena o lo afrodescendiente, el racismo se manifiesta; si es con el extranjero, la xenofobia; si es con la opción sexual, la homofobia; y así con cada una de las categorías por las que no se puede diferenciar para impedir o restringir el ejercicio de derechos.<sup>271</sup>

Lo cierto es que, afortunadamente, existen culturas distintas a la hegemónica que, en un estado y una sociedad que no las reconocen, resisten. Las más evidentes son las que viven las personas y colectividades indígenas y afrodescendientes: 13 nacionalidades, 14 pueblos indígenas,<sup>272</sup> a los que habría que añadir a los afrodescendientes y a los montubios. Estas —y otros grupos sociales que manifiestan culturas distintas a las hegemónicas, como aquellos de otra nacionalidad— están actualmente subordinadas y en este punto conviene analizar el colonialismo que, según el Preámbulo de la Constitución, para luchar contra él y liberarnos.

La diversidad ha sido invisibilizada y despreciada por el mecanismo denominado colonialidad. La colonialidad no es una etapa histórica superada en el siglo XIX ni tampoco es mecanismo estatal de dominio de un estado a otro. La colonialidad es una realidad actual y se produce desde cualquier ámbito de poder.

---

**270** Cuando estos momentos extraordinarios son colectivos, se está ante una revolución o ante la barbarie. Véase Bolívar Echeverría, *Definición de la cultura*, México DF, Fondo de Cultura Económica (FCE) / Itaca, 2010, 2a. ed., p. 155.

**271** CPE, Art. 11 (2).

**272** Datos tomados del CODENPE, citados por Raúl Llasag, “Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipatoria”, en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, MJDHC, 2008, p. 351-355.

La colonialidad<sup>273</sup> es un mecanismo a través del cual una cultura, un grupo humano, domina a otro y lo despoja de todas sus potencialidades, de su historia, de su cultura, de su identidad. La colonialidad es un ejercicio de poder, que opera a través de múltiples mecanismos, que podrían sintetizarse básicamente en tres: la diferenciación, la jerarquización y la dominación.

*La diferenciación.* La cultura occidental se basa en el establecimiento de dualismos y en la clasificación como forma de conocer el mundo. Para muestra, el postulado básico de la lógica simbólica: *q* y *no q*. De este postulado, se desprende el principio de identidad y el tercero excluyente: todo lo que no soy *yo*, es *otro*.

Este primer paso, previo a dominar y como ejercicio del poder, consiste en establecer diferencias y clasificar: norte/sur, hombre/mujer, desarrollado/subdesarrollado, racional/emocional, intelectual/manual, urbano/rural, clase alta/baja, primer/último quintil, bueno/malo, caro/barato... La diferencia y la clasificación por esencia dividen, rompe, compartimentaliza la realidad. Los criterios para la diferenciación siempre son arbitrarios y terminan siendo funcionales al poder.

Quien tiene el poder de clasificar, normalmente define y singulariza. Desde el género, por ejemplo, los hombres nos hemos diferenciado de las mujeres y hemos establecidos las características de cada uno.<sup>274</sup>

*La jerarquización.* La jerarquización implica una valoración, que tendrá efectos posteriores en el ejercicio de derechos. Normalmente los dualismos van aparejados a la jerarquización. Los dualismos dividen al mundo y ponen a unos sobre otros. Las características de unos son positivas y merecen la pena desatacarlas, y las de los otros son negativas y hay que eliminarlas o invisibilizarlas.

---

**273** Véase sobre el tema Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado, sociedad: Luchas (de) coloniales de nuestra época*, Quito, UASB-E / Abya-Yala, 2009; Aníbal Quijano, "Colonialidad del poder y clasificación social", en *Journal of World Systems Research*, vol. VI, No. 2, Summer/Fall, <<http://cisoupr.net/documents/jwsr-v6n2-quijsano.pdf>>, consulta: enero de 2011.

**274** Frances Olsen, "El sexo del derecho", en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, *El género en el derecho: Ensayos críticos*, Quito, MJDHC, 2009, p. 139.



Así, por ejemplo, siguiendo con el género, que opera a través de la patriarcalización de las relaciones humanas, que es una forma potente y cotidiana de colonización, todas las características que se le atribuyen al hombre, las masculinas, son positivas, buenas, superiores, tales como la racionalidad, la actividad, la abstracción, la generalidad, el poder; en cambio, las supuestas características esenciales de las mujeres, lo femenino, son negativas, malas, inferiores, tales como la sensibilidad, la pasividad, lo concreto, lo natural, lo particular, lo subjetivo.

Esto podemos visualizar en cada esfera de la vida. En lo laboral, se remunera con más dinero el trabajo racional, con menos el manual y con nada el dedicado al cuidado; en lo social, todos tienen que huir de la pobreza y aspirar a ser rico; en lo espacial, se valora más lo urbano que lo rural; y así podríamos seguir con toda relación humana.

*La jerarquización y la dominación.* Unos ejercen poder sobre otros de manera efectiva. Unos toman decisiones por otros. Unos son meros medios y sus fines son indiferentes y están destinados a cumplir los fines de otros. La dominación se ejerce a través del del disciplinamiento y del control. Por el disciplinamiento, las personas sutilmente cumplen con los roles predeterminados, sin ningún tipo de cuestionamiento y sacrificando sus libertades. Por el control, se utilizan mecanismos directos, como la coacción y la represión. La coacción se produce por mecanismos jurídicos que obligan a cumplir la voluntad de otro; la represión es el uso más violento de la coacción, que es el mecanismo propio del sistema penal: policía, prisión, condena, cárcel.

La coincidencia de estos tres elementos, produce la colonización. La colonización impide el ejercicio de derechos de un grupo humano, que se halla sometido a quienes tienen el control hegemónico de los mecanismos de poder: clasificar, jerarquizar y dominar.

La interculturalidad es el reconocimiento de la realidad: nuestras sociedades son diversas y coloniales. Hay heterogeneidad y en esa diferencia, unos oprimen a otros. Esta es la primera consecuencia del reconocimiento de la interculturalidad. La otra consecuencia es que, una vez reconocidas otras culturas en un mismo espacio territorial, estas tienen que relacionarse de forma horizontal.

## El aprendizaje intercultural y la descolonización

El llamado del estado intercultural no es cambiar de una cultura hegemónica a otra ni tampoco de ser simplemente multiculturales. No se trata de que las culturas hoy subordinadas sean hegemónicas. Más de una vez he escuchado que eso es lo que se pretende cuando la Constitución ha reconocido como un valor importante el *sumak kawsay*. Nunca se ha pensado, desde la perspectiva opuesta, cuando desde la primera Constitución se estableció que para tener representación política se debía ser ciudadano, que efectivamente fue una imposición occidental europea excluyente. El *sumak kawsay* es un valor y una forma de entender la vida que, bien comprendido, sin duda puede ser compartido por cualquier persona o colectividad. Así como la dignidad es un valor occidental que merece ser difundido y valorado, muchos valores que son promovidos por los movimientos indígenas tienen el mismo potencial.

La interculturalidad no es multiculturalidad. Como bien lo distingue Walsh,<sup>275</sup> la multiculturalidad es un término descriptivo, que hace referencia a la existencia de varias culturas en una unidad territorial y que muchas veces conviven involuntariamente, como los inmigrantes. La noción de multiculturalidad es indiferente al tratamiento político de los grupos diversos y hasta permite y mantiene la colonialidad. Caben en un estado multicultural la promoción de una cultura hegemónica o la segregación de una cultura subordinada. Además, el término obvia la noción relacional: “oculta la permanencia de las desigualdades e inequidades sociales que no permiten a todos los grupos relacionarse equitativamente y participar activamente en la sociedad, dejando así intactas las estructuras e instituciones que privilegian a unos en relación a otros.”<sup>276</sup> A esta forma de entender la interculturalidad Tubino la llamó “interculturalidad funcional”.<sup>277</sup>

---

275 C. Walsh, *Interculturalidad, Estado...*, p. 42.

276 *Ibid.*, p. 43.

277 Fidel Tubino, “La interculturalidad crítica como proyecto ético-político”, ponencia presentada en el Encuentro Continental de Educadores Agustinos, Lima, 24-28 de enero de 2005, citado por C. Walsh, “Interculturalidad crítica...”, p. 7.





La interculturalidad significa “el contacto e intercambio *entre culturas* en términos equitativos; en condiciones de igualdad.”<sup>278</sup> Toda cultura es una dimensión de la vida humana que se reproduce a sí misma.<sup>279</sup> No existen mejores culturas o una “alta cultura” y otra “baja”, que por lo demás esta distinción no es otra cosa que el reflejo de sociedades jerarquizadas y con una fuerte presencia de una cultura hegemónica.<sup>280</sup> Toda cultura es susceptible de cambiar, mejorar y perfeccionarse, en el sentido de que puede ofrecer mejores posibilidades para un “buen vivir”. Esta “evolución” puede darse por autocrítica pero, sobremanera, por aprendizaje de otras culturas. Más adelante, cuando analicemos el aprendizaje que podría producirse de parte del derecho estatal si dialogara en términos de igualdad con otras culturas, veremos el aspecto dialogal de la interculturalidad.

Reconocida la diversidad de culturas y la colonialidad, establecida la necesidad de relaciones horizontales entre las culturas, el siguiente paso es “sacarse las máscaras y tirarlas”. Esto es mirarnos de frente y sin prejuicios. ¿Qué es lo que desenmascaramos? Sin duda veríamos, por la opresión, la cara de la colonialidad: dolor, sufrimiento, marginación, exclusión, violencia, discriminación. Una mirada franca y directa no toleraría que dos culturas, dos actores, sean tan diferentes y que la diferencia sea el podio de uno y el fracaso del otro.

En este punto, se eliminarían o se tomarían todas las acciones para combatir los mecanismos de colonización: armonizar, desjerarquizar, y cooperar.

1. La armonía significa la convivencia de varias características en una sola esencia. De esta forma se evitan los dualismos. Para el pensamiento occidental, por ejemplo, naturaleza no es lo mismo que ser humano; este tiene el mandato de dominar y distinguirse; el ser humano no es animal y vive sobre el mundo. En cambio, para el pensamiento andino, el ser humano es parte de la naturaleza, el ser humano es animal ni mejor ni superior a otros seres vivos, por tanto es uno y varios. En la lógica simbólica andina, *q* es *no q*; los hombres

---

278 C. Walsh, *Interculturalidad, Estado...*, p. 41.

279 B. Echeverría, *op. cit.*, p. 165.

280 *Ibid.*, p. 170.

somos también mujeres, los ricos son pobres, lo bueno tiene su lado malo y todo viceversa.

2. La eliminación de la jerarquización implica la revalorización de toda manifestación de los seres vivos y de las culturas. Es tan importante, ni más ni menos, las labores de cuidado y reproducción como las de producción; el trabajo manual y el intelectual; lo rural y lo urbano... todos nos necesitamos y todos somos importantes.
3. Las relaciones opuestas a la dominación son aquellas que se basan en la solidaridad y en el principio de igualdad sustancial. La dominación se basa en la competencia y en el individualismo. Considera que la vida es como una carrera donde solo los mejores y los más fuertes llegarán a la meta. Este el sistema capitalista. En cambio, una organización social y unas relaciones humanas basadas en la solidaridad, se basa en el reconocimiento de que sin los otros no se puede desarrollar al máximo las potencialidades de una individuo o colectividad, y que los seres que comparten o colaboran son los que más resisten. La vida no es una carrera sino un camino en el que no hay metas fijadas ni predeterminadas. Este es el sistema del Buen Vivir.

Combatiendo todas las formas como se ejerce el poder de dominación, se descoloniza una sociedad y se permite “la transformación y la construcción de condiciones de estar, ser, pensar, conocer, aprender, sentir, y vivir distintas”.<sup>281</sup>

## **La justicia “penal” indígena en clave intercultural**

La forma colonial de resolver los conflictos más graves, que la cultura occidental denomina delitos, es mediante la cárcel que, como hemos visto, tiene más puntos en contra que a favor porque no resuelve conflictos, sino más bien los agrava, degenerando al victimario e invisibilizando a la víctima.

Desde occidente, en materia penal, siempre se ha dicho que las propuestas de los abolicionistas, que sostuvieron la eliminación del encierro y la devolución del conflicto a la víctima, eran irrealizables porque

---

<sup>281</sup> C. Walsh, “Interculturalidad crítica...”, p. 6.



implicaban una sociedad diferente. Pero resulta que en nuestras sociedades, con todos sus defectos, se aplican justicias muy parecidas a las propuestas por los abolicionistas. Estas justicias son las que “administran” las comunidades indígenas de forma ancestral, a pesar de la imposición oficial de un solo derecho y de más de trescientos años de influencia colonial.<sup>282</sup>

En uno de los estudios más serios y recientes sobre la justicia indígena, publicadas en la Serie *Justicia Comunitaria en los Andes* (cuatro tomos), se demuestra que el estado no interviene, que las víctimas y las comunidades tienen la capacidad de resolver conflictos, que el método y el procedimiento de resolución de sus conflictos es la conciliación, y que el encierro no es considerado como una pena útil y que la mejor reacción ante las infracciones más graves (penales) es la reparación.

## El estado no interviene

El estado no tiene la capacidad operativa ni técnica para intervenir en los conflictos suscitados en las comunidades indígenas. No resuelve los conflictos sociales con relevancia penal en las zonas urbanas, mucho menos en los territorios indígenas, a donde ni siquiera llegan autoridades estatales. En Ecuador, por ejemplo, solo se da respuesta al 2.61% de los casos que llegan a su conocimiento;<sup>283</sup> el fracaso sería mayor si sumáramos los conflictos indígenas.

Sin embargo, cuando el estado interviene lo hace para desconocer la justicia indígena y para agravar los conflictos, bajo la premisa de que es justicia “salvaje” o “primitiva” y que viola los derechos humanos. En dos casos documentados, el uno en Guatemala en la comunidad de Chico<sup>284</sup> y otro en Ecuador en la comunidad La Cocha,<sup>285</sup> se puede apreciar lo

---

**282** Catherine Walsh, “Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico”, en Judith Salgado, comp., *Justicia indígena. Aportes para el debate*, Quito, UASB-E / Aby-Yala, p. 24.

**283** F. Carrión, J. Pontón y B. Armijos, *op. cit.*, p. 55.

**284** G. Padilla, *op. cit.*, p. 151.

**285** Carlos Poveda, “La Cocha: 2002-2010. Retrocesos en un Estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, pluricultural y laico”, en *Novedades Jurídicas*, año VII, No. 19, Quito, Ediciones Legales MYL, 2010, p. 6.

pernicioso de la intervención estatal. En los dos casos se resuelven los conflictos tanto en la justicia indígena como en la justicia ordinaria y se pueden constatar sus diferencias. En el caso de la comunidad Chico, se juzgó un robo de una camioneta (*pick up*) a un indígena que vivía del transporte de mercancías, los victimarios reconocieron su responsabilidad, pidieron disculpas, se obligaron a devolver lo robado y se los reinsertó en la comunidad. El acto de juzgamiento comunitario se consideró, por parte de los medios de comunicación, como un linchamiento. Cuando intervino la justicia ordinaria, encerraron a uno de los victimarios, que algunos años más tarde salió de la cárcel sin sentencia y adicto a la base de cocaína, la víctima no pudo obtener lo que se le había prometido, el dinero que iba ser utilizado para comprar la camioneta se destinó al pago de honorarios del abogado defensor y la víctima no pudo reinsertarse en la comunidad.<sup>286</sup>

En Ecuador, en el caso de la Cocha, se juzgó a una persona que había dado muerte a otra, el victimario fue sancionado a recibir “ortigazos”,<sup>287</sup> cargar una piedra alrededor de la comunidad, pedir perdón y pagar una suma de dinero a la madre de la víctima. De igual modo, el acto de juzgamiento fue considerado como un linchamiento y el victimario fue presentado por los medios de comunicación como una víctima. A pretexto de violación de los derechos humanos del victimario, intervino la justicia ordinaria para liberarlo de los “salvajes” indígenas, desconocieron lo juzgado, encerraron tanto al victimario como a las autoridades indígenas y el caso se encuentra dentro de un procedimiento penal. Lo más seguro es que las personas saldrán después de algunos años sin condena, con todos los efectos que genera el “padecimiento” carcelario y el daño y reparación a las víctimas será completamente ignorado.

Estos dos casos son paradigmáticos en relación a la inutilidad y violencia del sistema penal ordinario. En la mayoría de los conflictos que se suceden en una de las 22 nacionalidades indígenas guatemaltecas o en alguna de las 16 nacionalidades indígenas ecuatorianas, afortunadamente, el estado no interviene porque no puede y porque no sabe lo que sucede. Los conflictos familiares, comunitarios y sociales se resuelven en aplicación de sus derechos ancestrales. Negar ese derecho resulta una ingenuidad y al mismo tiempo una prepotencia enorme. ¿Cómo arreglan los cuidados de

---

<sup>286</sup> G. Padilla, *op. cit.*, p. 176.

<sup>287</sup> La ortiga es una planta que produce hinchazón. Tiene efectos medicinales y se suele usar como una forma de castigo. En Bolivia se lo conoce como “chicotazo”.



los niños? ¿Qué normas se aplican para los matrimonios, las sucesiones de bienes, los incumplimientos de los acuerdos? ¿Cómo se juzgan los actos violentos? Sin duda, la respuesta no se va a encontrar en nuestros códigos civiles ni penales. Las normas, los procedimientos, las autoridades y las sanciones tienen como fuente el derecho ancestral.

## La conciliación y la purificación

La justicia es percibida por las comunidades y por las autoridades como “un proceso orientado a la resolución de un conflicto. El objetivo principal es superar el problema mediante la reflexión y el entendimiento de las partes y lograr una conciliación o reconciliación”.<sup>288</sup>

En una comunidad de Cajamarca, Perú, se afirmó que “todos los problemas se concilian y todos entran por igual y primero por la base y que hay que trabajar mucho y no se hace presión”.<sup>289</sup>

En términos sociales se restablecen y fortalecen los vínculos rotos por el cometimiento de una infracción, y en términos personales el infractor se purifica, se limpia, por ello la pena no tiene como “finalidad causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo... [El proceso es] un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y restablecer la armonía”.<sup>290</sup>

## La reparación

La convivencia en el mundo indígena se basa, pues, en la idea de armonía y equilibrio. Cuando se comete una infracción, se rompe la armonía. La intervención de las autoridades y de la comunidad se encamina a restablecer el equilibrio roto.<sup>291</sup> El equilibrio se logra mediante

---

**288** Hans-Jürgen Brandt y Rocío Franco Valdivia, *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Normas, valores y procedimientos en la justicia comunitaria. Estudio cualitativo en comunidades indígenas y campesinas en Ecuador y Perú*, Lima, Instituto de Defensa Legal (IDL), 2007, p. 79.

**289** *Ibid.*, p. 80.

**290** CCC (1997), Sentencia T-523.

**291** Josef Esterman, *Filosofía andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Quito, Abya-Yala, 1998, p. 116.

la inclusión (reintegración social) del infractor y la satisfacción de la víctima, que además fortalece los vínculos comunitarios.<sup>292</sup>

Una decisión se considera justa, desde la perspectiva indígena, cuando se logra reparar el daño causado a la víctima<sup>293</sup> “Un aspecto del derecho indígena es devolver la armonía quebrantada, recuperar las relaciones, y si es posible, la reconciliación”.<sup>294</sup> En la gran mayoría de conflictos se resuelve con la conciliación.<sup>295</sup>

Tanto el procedimiento como las sanciones tienen profundos significados comunitarios, encaminados a encontrar el equilibrio y la cohesión social: mantiene o restablece la paz comunal, garantiza la vigencia de la autoridad y el orden en la comunidad, los infractores rectifican su conducta (se comprometen a no volver a cometer el mismo error y piden disculpas), inclusión de las personas involucradas en el conflicto (salvo los casos de expulsión, en los que se considera que el infractor es incorregible), previenen y disuaden efectivamente.<sup>296</sup> Un ejemplo que refleja la idea del equilibrio e inclusión es el del caso de la Cocha en el año 2002. La persona que había dado muerte a un comunero, después de haber cumplido la pena dentro de la comunidad, cuatro años más tarde fue elegida dirigente de la comuna.<sup>297</sup>

## La privación de la libertad en el mundo indígena

En las comunidades indígenas, la privación de la libertad es una pena sin sentido porque rompe con el principio básico de convivencia que obliga a no ser ocioso.<sup>298</sup> Sin embargo, esta pena existe, es corta (no dura más de

---

**292** Hans-Jürgen Brandt y Rocío Franco Valdivia, *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. El tratamiento de conflictos. Un estudio de actas en 133 comunidades*, Lima, IDL, 2006, p. 143.

**293** H.-J. Brandt y R. Franco Valdivia, *Justicia comunitaria... Normas, valores...*, p. 90.

**294** Jaime Vintimilla Saldaña, Milena Almeida y Remigia Saldaña, *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Derecho indígena, conflicto y justicia comunitaria en comunidades kichwas del Ecuador*, Lima, IDL, 2007, p. 150.

**295** H.-J. Brandt y R. Franco Valdivia, *Justicia comunitaria... Normas, valores...*, p. 211.

**296** H.-J. Brandt y R. Franco Valdivia, *Justicia comunitaria... El tratamiento de conflictos...*, p. 92-96, y *Justicia comunitaria... Normas, valores...*, p. 148-150.

**297** H.-J. Brandt y R. Franco Valdivia, *Justicia comunitaria... Normas, valores...*, p. 92.

**298** G. Padilla, *op. cit.*, p. 172.



siete días) y es realmente excepcional.<sup>299</sup> En un caso conocido por la Corte Constitucional de Colombia, en el que la comunidad impuso una pena de privación de libertad de 8 años y luego la revisó e impuso la pena de 20 años, con base a estudios antropológicos, la Corte constató el hecho de que “en la cárcel... no se ve a la familia y se fuma marihuana, bazuco, se aprende de homosexual, se aprende fechorías y los castigos son muy largos. Cuando la persona sale no se ha rehabilitado, llega vicioso, llega homosexual, llega corrompido. Así, la pena de cárcel no corrige, antes daña...”.<sup>300</sup> y se estableció que la comunidad había impuesto una sanción ajena a sus normas ancestrales, que preveía, para hechos similares, 3 años de trabajos comunitarios y tiempos cortos de cepo.

Además, resulta interesante resaltar que en la justicia comunitaria no existe la lógica de sospechoso, procesado o condenado; la persona es parte de la comunidad y el problema es de la comunidad no exclusivamente de la persona víctima<sup>301</sup> la persona que comete una infracción “distorsiona severamente el orden socio-económico, ritual y celebrativo, y por tanto el orden holístico”.<sup>302</sup> Luego, el conflicto de la víctima y del victimario es de toda la comunidad. Por ello, la privación de libertad como castigo retribucionista no tiene sentido ni tampoco como pena rehabilitadora.

La justicia indígena tiene problemas como cualquier administración de justicia. Uno de ellos, son los excesos en relación a violación de derechos humanos, cuando ya no hay significados de purificación en el ejercicio de la violencia o incluso en algunos linchamientos. Pero estos casos de violencia son apenas de un 4,1%<sup>303</sup> y se afirma que un buen 90% no hay incompatibilidad con los estándares de derechos humanos.<sup>304</sup> Otro problema es el relacionado con la violencia intrafamiliar, que no es adecuadamente resuelto y de alguna manera es tolerado.<sup>305</sup>

---

**299** H.-J. Brandt y R. Franco Valdivia, *Justicia comunitaria... El tratamiento de conflictos...*, p. 147.

**300** CCC (1996), Sentencia T-349.

**301** H.-J. Brandt y R. Franco Valdivia, *Justicia comunitaria... El tratamiento de conflictos...*, p. 197.

**302** Josep Esterman, *op. cit.*, p. 204.

**303** H.-J. Brandt y R. Franco Valdivia, *Justicia comunitaria... El tratamiento de conflictos...*, p. 146.

**304** *Ibid.*, p. 147.

**305** Rocío Franco Valdivia y María Alejandra González Luna, *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Las mujeres en la justicia comunitaria: víctimas, sujetos y actores*, Lima, IDL, 2009, p. 166.

## Los retos de la interculturalidad en el ámbito legal: aprender de la cultura históricamente subordinada

Me parece, sin dudar, que mucho hay que aprender del sistema jurídico indígena y este es un mandato en el estado intercultural. El reto está en efectivamente mirar ese sistema jurídico y tomar las mejores prácticas que sean aplicables.

¿La cultura hegemónica puede aprender algo de culturas subordinadas? ¿Las culturas subordinadas pueden aprender algo de la cultura hegemónica? Sin duda que sí y en muchos ámbitos. Por ejemplo, el individualismo y la competitividad fomentada por la cultura hegemónica global, que ha generado tantos índices de suicidio y de dependencia a fármacos en los países del norte, puede aprender tanto de la vida comunitaria y solidaria de muchas comunidades indígenas. Nociones como las de democracia representativa pueden enriquecerse con las formas de obtener consensos en las democracias comunitarias de muchas partes de la región andina. Asimismo, culturas indígenas pueden aprender sobre las múltiples luchas y reflexiones que han hecho los movimientos feministas de occidente y revitalizar la participación y el respeto a la mujer. Aprender de la cultura históricamente subordinada es una forma de descolonizar.

Boaventura de Sousa Santos propone una metodología de diálogo, que la denomina “hermenéutica diatrópica”, por la que propone una forma de conocimiento y enriquecimiento entre dos culturas. Desde ese encuentro, Santos concluye, por ejemplo, que existen nociones de respeto a la persona semejante a lo que conocemos como dignidad. El encuentro entre culturas debe ser “mirándonos la cara, no es lo que yo llamo “estar juntos pero de espaldas, un auténtico diálogo de culturas. Una interlocución entre pares”.<sup>306</sup>

La interculturalidad no es una propuesta simple y pacífica. Implica profundas transformaciones en todo orden, tanto individual privado como político estatal. La gestión de la interculturalidad requiere transformar todos esos espacios, discursos e instituciones que actualmente promueven una cultura hegemónica, una realidad, un modelo de vida. Imaginémonos, por un

---

**306** Luis Macas, “Construyendo desde la historia. Resistencia del movimiento indígena del Ecuador”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comp., *Plurinacionalidad: Democracia en la diversidad*, Quito, Abya-Yala, 2009, p. 93.





instante, cómo se configuraría una familia, una escuela, unos medios de comunicación, unos estados realmente interculturales. Las familias serían más interétnicas, se promoverían distintas formas de espiritualidad, las niñas también se vestirían de azul, de vez en cuando cultivaríamos la tierra; en las escuelas existirían indígenas y afrodescendientes, aprenderían kichwa, comerían cocadas en los recreos; en los hospitales encontraríamos shamanes, nos darían más agüitas de hierbas en lugar de pastillas, nos escucharían más en lugar de ver exámenes médicos; los medios de comunicación nos mostrarían poesía, mitos, paisajes distintos, voces y vidas inimaginables, nos promoverían el buen vivir además del consumismo; quizá no existiría cárcel y todas las sanciones serían reparatorias... La vida, sin duda, sería menos rutinaria, más interesante y retadora.

Estamos a las puertas de una reforma penal integral. La mirada, como siempre desde que fuimos históricamente colonizados, miramos hacia el norte o hacia países que han aprendido bien y adaptado de forma eficiente el derecho y las prácticas del norte. Así, por ejemplo, vamos a adoptar la necedad más grande de los Estados Unidos: mayor represión, más cárceles, más policías, más eficientismo, mayor divorcio entre las víctimas y los victimarios, mejores técnicas policíacas. También, seguramente, miraremos a Chile y su modelo de juicio adversarial, que es una máquina de producción de sentencias y de multiplicación de condenados.

¿No será que podemos aprender de nuestros indígenas y mirarnos a nosotros mismos? ¿Será que hay algo diferente al sistema penal basado en la cárcel?

Requerimos, pues, tomar en serio la interculturalidad, dialogar en términos de igualdad con quienes aplican otros sistemas jurídicos, ser más humildes e imaginarnos que en lugar de grandes consultores internacionales podemos aprender de una autoridad indígena y lejos de una oficina o escritorio. Este reto implica, si uno ve desde lo científico, desarrollar muchas metodologías que han desarrollado las ciencias sociales, como la antropología o la sociología, para aprender desde nuestro saber occidental; o tal vez, simplemente aprender a escuchar y mirar libre de ataduras científicas al otro, siempre que exista esta apertura cultural hacia lo que ha sido considerado marginal y subordinado.

Al fin, no solo que aprenderíamos para el derecho penal, sino teniendo esa posibilidad de aprender de las otras culturas, además miraríamos esa realidad de exclusión, marginación, discriminación que no

queremos ver. En un estado intercultural la opresión y la pobreza no podrían ocultarse ni tolerarse.

El estado intercultural no es, pues, una palabra inocente o novelera más. La propuesta no podrá limitarse a una reforma legal, a la incorporación de una materia en la escuela, a la creación de un ministerio, a un reportaje en la televisión pública. El estado intercultural tiene un rol central en la construcción de una sociedad diferente y emancipadora. La interculturalidad no puede ser impuesta desde arriba sino que debe ser un “proceso dinámico y proyecto de creación y construcción desde la gente, que reconoce y enfrenta los legados coloniales aún vivos e incita al diálogo entre lógicas, racionalidades, saberes, seres, formas de vivir y mundos, que tienen derecho a ser distintos”.<sup>307</sup>

Cuando se hace cualquier reforma normativa, desde una perspectiva autoritaria o mantenedora de la realidad, la mirada está puesta en las leyes, las doctrinas y las prácticas de países que promueven la eficiencia y el uso intensivo de las cárceles. En un estado de derechos y plurinacional, la interculturalidad, mandato constitucional, nos invita y nos obliga a mirar y a aprender de otros sistemas jurídicos, que los tenemos en nuestro propio Ecuador y de los cuales, con un poco de inteligencia, de trabajo empírico y de humildad, podemos aprender y, desde éstos, podemos corregir la justicia estatal.

## La constitucionalización de la legislación penal

A veces tenemos que retratarnos en el relato de extranjeros para saber quiénes somos y qué es lo que no queremos ver. Un ciudadano suizo, publicó sus experiencias como víctima y procesado en el Ecuador.<sup>308</sup> A su esposa le asesinaron en su casa, estando con ella sus tres hijos, cuando él se encontraba en Guayaquil. Como víctima, reclamó justicia y fue procesado. Como procesado, reclamó justicia y fue encarcelado. Como ser humano, en ambos casos, se enfrentó ante un sistema penal cruel que, en ninguna de sus fases y ninguno de sus actores, funcionó: un policía burocratizado e indolente, un fiscal autoritario e insensible, un abogado que cobró el dinero por no hacer

---

<sup>307</sup> Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado...*, p. 59.

<sup>308</sup> G. Dufour, *op. cit.*, 2009.



nada, una cárcel-mazmorra fétida donde se albergan las más tristes miserias de nuestra sociedad. “Infernal injusticia” —como subtítulo a su libro— y dolor por todo lado. En términos jurídicos, violación a los derechos humanos de las personas en cada momento procesal y en cada espacio físico de la justicia.

La Constitución ecuatoriana vigente, aprobada mediante referéndum el año 2008, si la tomamos en serio, en especial aquella norma que ordena “adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y tratados internacionales”,<sup>309</sup> que hemos explicado en acápite anteriores, nos obliga a mirar con los lentes del neoconstitucionalismo y de los derechos al sistema penal ecuatoriano. En la Constitución encontramos derechos, garantías y órganos relacionados con el derecho sustantivo, adjetivo y ejecutivo penal. Entre los derechos, de forma expresa y clara, reconoce los derechos de las víctimas,<sup>310</sup> de las personas procesadas<sup>311</sup> y de las privadas de libertad.<sup>312</sup> En las garantías encontramos primarias, según la clasificación del maestro Ferrajoli,<sup>313</sup> al establecer obligaciones y mandatos dirigidos a los órganos del poder público (asambleístas, Función Judicial y Función Ejecutiva), de políticas públicas y jurisdiccionales. En los órganos encontramos principios rectores que guían su actuar y también una institucionalidad bien delineada, relacionada con la Defensoría Pública,<sup>314</sup> la Fiscalía General del Estado<sup>315</sup> y el órgano técnico encargado de la ejecución de sentencias en materia penal.<sup>316</sup> En la Constitución tenemos las directrices de una política criminal suficiente para poder construir un sistema coherente, integrado y garantista de derechos. En suma, “la Constitución irradia su fuerza normativa a todo el sistema penal imbuida de supremacía formal y material”.<sup>317</sup>

---

309 CPE, Art. 57.

310 *Ibid.*, Art. 78.

311 *Ibid.*, Art. 77.

312 *Ibid.*, Art. 51.

313 L. Ferrajoli, “Derechos fundamentales y...”, p. 45-56.

314 CPE, Art. 191-193.

315 *Ibid.*, Art. 194-197.

316 *Ibid.*, Art. 201-203.

317 Luís Roberto Barroso, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, México DF, IIJ-UNAM, 2008, p. 35.

El efecto “irradiación” de los derechos que se encuentran reconocidos en la constitución en toda la legislación en general y penal en particular, se denomina “constitucionalización” del derecho. La ley penal, cuando se elabora o se aplica, tiene que mirar a la Constitución. En términos formales, debe respetar los procedimientos de elaboración y la autoridad competente; en términos materiales, debe guardar conformidad con el contenido de los derechos, desarrollarlos o regularlos, pero en ningún caso disminuirlos, restringirlos o eliminarlos.

## La legislación penal que una constitución garantista exige

Para realizar una propuesta de reforma penal, se deben realizar varias preguntas ¿Qué tipo de código penal exige la Constitución y cuál debe ser su relación con la democracia y el estado?, ¿reforma puntual o global?, ¿reforma sustantiva, adjetiva o ejecutiva?, ¿eficiencia o garantías?, ¿hasta dónde llegar?, ¿cómo implementar? cómo construir y socializar una propuesta normativa de constitucionalización del derecho penal? Estas preguntas tienen relación con lo que se denomina política criminal y las bases de esta las encontramos en la Constitución. No se puede hacer una reforma sin comenzar estudiando a profundidad los derechos y la Constitución.

La Constitución del Ecuador, como ninguna otra en la historia de nuestro constitucionalismo, establece setenta y cuatro artículos que reconocen derechos y que, a su vez, se multiplican en sus numerales y literales.<sup>318</sup> De igual modo, como ninguna otra Constitución, establece garantías que suponen la protección y promoción de todos los derechos. Los derechos, como hemos insistido, establecen vínculos y límites al estado. Por los vínculos, el estado tiene obligaciones prestacionales, tales como establecer judicaturas con suficiente número de servidores judiciales adecuadamente capacitados; por los límites, el estado tiene prohibiciones específicas que no puede romper a menos que incurra en graves violaciones a los derechos humanos, tales como no torturar, no sancionar sin un debido proceso, no discriminar. El maestro Ferrajoli sostiene de manera categórica que el único modelo de derecho penal que el estado Constitucional demanda se llama “garantismo penal”, entendiéndolo como “un modelo de derecho fundado sobre la rígida subordinación a la

---

**318** Por ejemplo, el artículo que reconoce los derechos de libertad (Art. 66) tiene 28 numerales y el debido proceso (Art. 77), en lo penal, tiene 14 numerales.



Constitución y la ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuestos a estos para garantía de los derechos consagrados en las constituciones”.<sup>319</sup>

Por el modelo garantista, nos permitimos recordar, se distinguen tres tipos de garantías, que nos permitimos repetir: las sustanciales (principio de estricta legalidad, taxatividad, lesividad, materialidad y culpabilidad), las procesales (contradictoriedad, paridad entre acusación y defensa, estricta separación entre acusación y juez, presunción de inocencia, carga acusatoria de la prueba, oralidad, publicidad) y las orgánicas (independencia interna y externa de los jueces y juezas, autoridades competentes, reducción de la discrecionalidad y principio del juez natural). El garantismo penal permite brindar una justificación a la existencia del derecho penal, al regular y minimizar la violencia punitiva; al establecer el parámetro de legitimación del estado en el uso de su poder sancionador; al adecuarse a un modelo de democracia sustancial propia de un estado constitucional de derechos y justicia. En este punto final conviene detenerse un momento.

La democracia que demanda una Constitución fuertemente materializada como la ecuatoriana no es la democracia formal o aquella en la que simplemente importa *quién* decide y *cómo*. La voluntad de la mayoría inevitablemente se orienta hacia formas de derecho penal autoritario o máximo en términos de represión. La mayoría tiende a concebir al derecho penal —como nos recuerda Ferrajoli y como se constata en el debate público de nuestro políticos ecuatorianos— esencialmente como un instrumento de defensa social,<sup>320</sup> en el que se piensa que existe una parte de la población que no es desviada y es a quienes hay que proteger, y otra parte de la población que son una minoría de desviados. La defensa social nos lleva no solo a desconocer la Constitución sino al terrorismo penal. La democracia, entonces, no solo puede ser la voluntad del pueblo sino que esa voluntad debe estar restringida por los derechos. En la democracia sustancial sí importa *quién* y *cómo* se decide, pero también *qué* se decide.<sup>321</sup>

En el estado constitucional de derechos y justicia existe una esfera que no es decidible por las mayorías y que, por tanto, se sustrae de la

---

319 L. Ferrajoli, *Derecho penal mínimo...*, p. 27.

320 *Ibid.*, p. 21.

321 Juan Pablo Morales, “Democracia sustancial: sus elementos y conflictos en la práctica”, en R. Ávila Santamaría, edit., *Neoconstitucionalismo y sociedad*.

voluntad mayoritaria. En el ámbito penal, en concreto, qué es lo que no se puede decidir: todas las personas, desviadas y no desviadas, debemos ser consideradas y tratadas de forma igualitaria y se nos debe respetar la vida y la libertad personal. Estos derechos no se pueden sacrificar por el sentimiento de inseguridad ciudadana, por el bien común, por el orden público o por cualquier otra consideración mayoritaria. De ahí surge el carácter democrático del derecho penal: no es un derecho de las mayorías para las minorías desviadas, sino que es un derecho de todas las personas y destinado también a todas las personas. En suma, como concluye el maestro Ferrajoli, “no se puede condenar o absolver a un hombre porque convenga a los intereses o la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o la absolución de un culpable”.<sup>322</sup> De ahí se deriva también la legitimidad de los jueces y juezas de poder resolver contra la presión de la opinión pública o de personas influyentes ajenas al poder judicial. Las juezas y los jueces tutelan los derechos aún contra las mayorías, al aplicar el derecho que emana de la Constitución y la ley.

Es en estos sentidos, de límites y vínculos a los poderes públicos y privados desde los derechos, que un código penal debería tomar el nombre de “Garantías Penales”. En estricto sentido constitucional, no podría existir un código que no garantice derechos y que no limite al poder del estado, salvo que responda a otro modelo de estado y que incurra inevitablemente en inconstitucionalidades. Un código constitucionalizado deberá reconocer los grandes principios y ámbitos de la ley penal para determinar dónde, cuándo, contra quién y por qué se puede utilizar el poder punitivo; establecer las garantías normativas en la lógica de diques que frenan el poder penal del estado; regular las garantías procesales y también orgánicas al establecer mecanismos que evitan la discrecionalidad, la parcialidad y la desproporción del uso del sistema penal; finalmente, reconocer los límites y vínculos en la fase de ejecución penal y también establecer organismos garantizadores, para ejercer controles judiciales, para promover derechos cuando las personas son privadas de libertad. Solo de este modo creemos que la ley penal, regulado integralmente y desde la óptica constitucional, se adecua al estado constitucional de derechos y justicia y a una democracia sustancial, que de este emana, constituyéndose así en un código penal para la democracia.

---

322 L. Ferrajoli, *Derecho penal mínimo...*, p. 24.



En los parlamentos constantemente se presentan decenas de reformas puntuales al Código Penal y Procesal Penal provenientes de todos los sectores políticos, tanto gubernamentales como de oposición. Muchas de las propuestas de reformas pretenden solucionar problemas concretos y no siempre bien diagnosticados. Se cree, por ejemplo, que restringiendo garantías y aumentando las penas se puede solucionar el problema de la delincuencia. Sin embargo, se ha demostrado que esta fórmula resulta ser una medida meramente política (populismo penal), inútil en el cumplimiento de sus objetivos declarados.<sup>323</sup>

La historia formal de nuestros códigos que regulan el sistema penal es la demostración de que las reformas puntuales solo alimentan la incongruencia del sistema y le hacen cada vez más inconsistente y que, a la postre, no resuelven problema alguno. Por eso, no tiene sentido aumentar la dispersión penal y conviene hacer reformas globales, cuyo eje de integración sea los derechos fundamentales y los principios constitucionales.

El sistema penal está conformado por múltiples agencias (policía, judicial, fiscal, defensora, ejecutiva penal), que juntas deberían conformar un sistema, con objetivos comunes. Zaffaroni las llama agencias específicas del sistema penal.<sup>324</sup> La tragedia del sistema es que tiene cada agencia fines distintos y entre ellas se disputan la ejecución de poder punitivo, que lamentablemente siempre ha tenido y tendrá la policía. Una reforma penal deberá mirar el rol de las agencias, de tal forma que juntas puedan cumplir los objetivos constitucionales. Cada subsistema tiene su cuerpo normativo; así, la dogmática está dirigida hacia los jueces; la procesal, dependiendo de la fase, a la policial, fiscal, defensoría y jurisdiccional; la ejecutiva penal, a los administradores penitenciarios y a los jueces de ejecución de penas. Si se reforma una parte del sistema penal ignorando el resto, se corre el riesgo de hacer propuestas incoherentes, que en lugar de corregir la dispersión, la fomenta. La reforma a uno de los subsistemas penales sin la reforma a los otros sería también un esfuerzo inútil y poco práctico.

En el libro titulado *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*, que recogía una ambiciosa investigación sobre el

---

323 Véase M. Pavarini, "La guerra a las 'no personas'", p. 173-194.

324 E. R. Zaffaroni, *La cuestión criminal*, p. 290.

funcionamiento integral de los sistemas penales en Latinoamérica a la luz de los instrumentos internacionales de los derechos humanos, dirigida por el maestro Eugenio Raúl Zaffaroni,<sup>325</sup> se concluye que el sistema penal como estaba funcionando comprometía seriamente a los derechos humanos.<sup>326</sup>

Al respecto, el maestro Zaffaroni ha afirmado que deber existir “un cuerpo único que abarque el derecho penal, el procesal penal y el de ejecución penal. En realidad, la legislación de la normativa de estas tres disciplinas por separado conspira contra el éxito de cualquiera de las tres. Un código penal no puede responder a una orientación diferente de la procesal ni de la ejecutiva, so pena de quedar reducido a un acto de buena voluntad”.<sup>327</sup>

El dilema más difícil de sortear al realizar una propuesta integral es aquel que demanda eficiencia en la justicia penal, que es el discurso común de las agencias policiales, de las víctimas y de los medios de comunicación, y el respeto de los derechos y las garantías de los procesados,<sup>328</sup> que es una condición de legitimidad constitucional. Si la balanza se inclina por la eficiencia fácilmente se cae en un funcionalismo penal, que arrasa con todas las garantías, y si se inclina por los derechos a ultranza de los procesados se puede llegar a un sistema que promueva la impunidad. ¿Cómo hacer justicia penal sin sacrificar garantías? El punto más difícil lo encontramos al tener que desarrollar los derechos de las víctimas. Cada derecho de las víctimas en el proceso penal puede comprometer las garantías de las personas procesadas. Por ejemplo, un sistema garantista podría prohibir la apelación de la sentencia cuando el fiscal o la fiscal no logran su pretensión de condena en la sentencia, pero esta institución podría verse como en desmedro de los derechos de la víctima a la justicia, verdad y reparación.

Es por ello que cada una de las instituciones sustantivas y procesales debe ser pensada en encontrar este equilibrio. Cada vez que se dude, se

---

**325** E. R. Zaffaroni, coord., *op. cit.*

**326** *Ibid.*, p. 387.

**327** Eugenio Raúl Zaffaroni, “Presentación del anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales del Ecuador”, en Ramiro Ávila Santamaría, coord., *Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales*, Quito, MJDC, 2010, p. 18.

**328** Véase Diego Eduardo López Medina, *El proceso penal entre la eficiencia y la justicia*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, 2006.





deben remitir al principio constitucional que ordena favorecer a la parte más débil del proceso penal.<sup>329</sup> El axioma, a fin de cuentas, es que la Constitución no puede admitir eficiencia a cambio de sacrificio de las garantías. En este sentido, por ejemplo, es inadmisibles la institución del juicio abreviado,<sup>330</sup> bajo la premisa de que la confesión del procesado bajo amenaza o supuesta “negociación” de la pena, no puede sacrificar el principio de que nadie tiene derecho a autoinculparse y que el testimonio del procesado debe servir únicamente como medio de defensa.<sup>331</sup>

La propuesta normativa garantista para procurar eficiencia debe estar empatada con un modelo de gestión penal que combine capacitación permanente a los operadores de justicia, manejo administrativo eficiente del despacho de causas, delimitación clara de las atribuciones de los participantes procesales, recursos humanos y económicos, voluntad política y sobre todo compromiso con el cambio. Todos estos ingredientes escapan de la mera reforma normativa, aunque sin ella los otros componentes se tornarían más difíciles de lograr.

Para realizar reformas normativas penales, hay tres fuentes de inspiración que nunca deben dejar de observarse, a riesgo de hacerse propuestas ingenuas o inconsistentes. El punto de partida son los derechos fundamentales y los principios establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La segunda fuente es la realidad. El derecho penal tiende a crear y creer en ficciones, como los fines de la pena o que la cárcel soluciona los conflictos penales; la mejor forma de evitar caer en la “magia” es mirar la realidad y en particular, como sostiene Zaffaroni, escuchar los cadáveres.<sup>332</sup> Nunca debemos olvidar, como insistentemente lo ha manifestado el profesor Zaffaroni y Binder,<sup>333</sup> el recuerdo y la sombra de la cárcel, la historia de la represión penal<sup>334</sup> y seres humanos de carne y

---

**329** CPE, Art. 76 (5)

**330** Véase Gabriel Ignacio Anitua, “El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva”, en Julio B. J. Maier y Alberto Bovino, comp., *op. cit.*, p. 137-160, y, en el mismo libro, John Langbein, “Tortura y *plea bargaining*”, p. 3-30. De igual modo, L. Ferrajoli, *Derecho y razón...*, p. 737-762.

**331** CPE, Art. 77 (7)(c).

**332** E. R. Zaffaroni, *La cuestión criminal*, p. 185.

**333** A. Binder, *Introducción al derecho penal*.

**334** E. R. Zaffaroni, A. Alagia y A. Slokar, “Genealogía del pensamiento penal”, en *Manual de derecho penal...*, p. 185 y s.

hueso que padecen.<sup>335</sup> Para no olvidar los datos de la realidad y las voces de los muertos que lo único que tienen es su cadáver, más de un libro sobre criminología crítica hay que leer<sup>336</sup> y más de una vez visitar nuestras cárceles. Finalmente, se debe recurrir a la doctrina garantista y al aporte de la justicia indígena en cumplimiento del mandato de interculturalidad, que hemos analizado. Como se podrá constatar a lo largo de este libro, maestros como Ferrajoli y Zaffaroni son una buena fuente honesta y comprometida de reflexión sobre el derecho y la función de la dogmática penal.

Una propuesta absolutamente garantista corre el riesgo de ser desechada por impopular o por atentar contra el sentido punitivo penal. Los político, queramos o no, son quienes aprueban las leyes. ¿Cuáles son esas instituciones, propias de la pulsación del poder punitivo y de teorías funcionalistas, que tienden a filtrarse en propuestas garantistas?

*La dogmática penal tradicional.* Para evitar la influencia de la dogmática casualista, hay que tener presentes constantemente los principios y los derechos. Los principios están ordenados en función de los elementos del delito: principio de exterioridad (acto), de estricta legalidad (típico), de lesividad, autotutela y coherencia normativa (antijurídico) y culpabilidad. Los elementos del tipo penal se podrían organizar como un “sistema de puertas”, organizados en función de principios, que podrían usarse de forma mucho más flexible y dinámica. Las propuestas se acercan más a la dogmática penal dominante. Se podrá sostener, con no poca razón, que el sistema de “puertas” adolece de poca sistematicidad y, peor aún, no existe doctrina accesible que pueda ser consultada.

*El aumento de penas.* Las penas más graves deberían tener un límite que no altere o distorsione de forma irreversible la personalidad de las personas privadas de libertad. El maestro Ferrajoli ha sostenido, de forma documentada y persuasiva, que la pena no puede superar los diez años de privación de libertad;<sup>337</sup> pasados los cuales, se causaría un daño irreparable en las personas. De este modo, para nosotros, el parámetro máximo de una pena debería ser dieciséis años, tal como se ha establecido en toda la época republicana hasta que, en el año 2001, se aumentó a

---

335 G. Dufour, *op. cit.*, y Francesco Carnelutti, *Las miserias del proceso penal*, Bogotá, Temis, 1989.

336 T. Mathiesen, *Juicio a la prisión*, y G. I. Anitua, *Historia de los pensamientos...*

337 L. Ferrajoli, *Derecho y razón...*, p. 396 y 412.



veinticinco años, con la posibilidad de acumulación a treinticinco años. Aumentar las penas no resuelve problema o conflicto social alguno, al contrario, lo agrava.

*El límite inferior de las penas.* Las penas deberían tener un techo pero no un piso. El techo es un límite y una garantía, pero el piso es una presunción de culpabilidad inadmisibles en un sistema garantista. Se puede afirmar que la anulación de los pisos crea un sistema arbitrario de determinación de la pena y que podría ocurrir que un delito grave tenga una misma pena que una infracción leve. Aparentemente es válido el argumento. Pero en derecho penal no se puede comparar con criterios objetivos las personas y las circunstancias de los casos. Todas las posibilidades dependen del caso concreto y de la persona concreta. Podría ocurrir, sin sacrificar la justicia ni el principio de legalidad, que a una viuda le convenga más tener una pensión vitalicia del victimario que tenerlo encerrado dieciséis años en una cárcel.

*La determinación de las penas.* No hay forma de medir y cuantificar las penas justas y proporcionales, a nivel legislativo y penal. Siempre serán arbitrarias; mientras más se suben, más arbitrarias y difíciles de justificar; mientras más bajan, más se acercan a la disminución del daño que provoca la criminalización. En consecuencia, las penas deberían bajar considerablemente. En un principio el único criterio objetivo que se podría tener es la propuesta del código que se pretende reformar. En este sentido, combinando código vigente y disminución de penas, la pena máxima podría ser el piso de la pena contemplado en el tipo penal vigente. Es decir, que si el hurto tenía una pena de uno a tres años, la pena máxima debería ser un año. A estos criterios hay que añadir el de proporcionalidad, una buena teoría podría ser inspirada en la del bien jurídico ponderado del profesor Prieto Sanchís<sup>338</sup> y reflexionar, tipo por tipo, la relación que existía entre el bien jurídico constitucionalmente respaldado, el daño provocado por el delito y la potencial restricción del derecho a la libertad del supuesto autor de la infracción.

Otro parámetro que debe guiar el establecimiento de la pena es el principio de lesividad y el de proporcionalidad: a mayor restricción de la libertad mayor importancia del bien jurídico lesionado penalmente.<sup>339</sup> La

---

338 L. Prieto Sanchís, "La limitación...", p. 261-298.

339 R. Alexy, "La fórmula del peso", p. 15.

convicción de que más importante es la eficacia y prontitud de la imposición de la pena que la severidad de la misma, ya lo dijo hace años el marqués de Beccaria y no ha perdido fundamento.<sup>340</sup>

*Los delitos sin daño.* Mediante el principio de lesividad se pretende encontrar un daño concreto a una persona de carne y hueso, titular de un derecho constitucional vulnerado en todas las hipótesis de tipo penal. Pero esto no siempre es posible. Existen delitos que francamente no resisten el análisis doctrinal. Por ejemplo, el tráfico y la tenencia de drogas. En esta infracción no es fácil identificar un daño concreto ni tampoco una persona de carne y hueso lesionada. Simplemente se sanciona una conducta que políticamente ha sido considerada como gravosa y se ha buscado un bien jurídico cuyo titular no es fácil de identificar: la salud pública y la sociedad. En este punto, no se puede dejar de pensar en las reflexiones del profesor Dworkin,<sup>341</sup> que sostenía que atrás de los conceptos generales como orden público o salud pública, se esconden formas de opresión de la mayoría a los derechos. Al final, los delitos de mero peligro o peligro abstracto tienen en sí mismos un germen de inconstitucionalidad. Tarde o temprano estos delitos deben ser eliminados. El tráfico de cualquier objeto de comercio debe ser regulado a lo sumo por el derecho administrativo, pero no por el derecho penal. ¿Qué es lo que distingue y asemeja a los tráficos ilegales de los legales? La diferencia es precisamente que el uno es penalizado y el otro es autorizado. Las sustancias con las que se trafica, por el efecto, no se distinguen mayormente, salvo por el lugar donde se venden (la farmacia y el mercado negro).<sup>342</sup>

*La penalización del pecado.* Hay conductas que no deberían estar contempladas en derecho penal y que causarían menos daño del que produce su penalización. Entre ellos, el aborto. No se afirma que el derecho y el estado no deben ocuparse de ellos, lo que sí se afirma es que el derecho penal es el medio más desproporcionado e inútil para hacerlo. No solo que la ilegalidad no precautela la vida del no nacido sino que pone en riesgo la vida de la madre que aborta. Está probado que menos vidas cobra

---

340 C. Beccaria, *De los delitos...*, p. 60.

341 Ronald Dworkin, "Los derechos y el derecho a infringir la ley", en *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2002, p. 279-292.

342 Véase Juan Pablo Morales Viteri y Jorge Vicente Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos: Los retos de la política y la legislación de drogas*, Quito, MJDH, 2009.



la despenalización del aborto que su criminalización.<sup>343</sup> Pero más allá de argumentos a favor o en contra de la figura, lo cierto es que su despenalización generaría un debate innecesario e infructuoso que lo único que lograría es entorpecer la discusión del resto de instituciones del derecho penal. Hay que avanzar, al menos, hacia la despenalización del aborto de mujer violada, que ha sido ya despenalizado jurisprudencialmente en Colombia y en México. Reformas de este tipo requieren una gran voluntad política, una sociedad menos patriarcal y una cultura más tolerante; por ello, como afirma una profesora feminista, la precaución es apropiada.<sup>344</sup>

*Considerar la prisión preventiva como medida cautelar.* Para nadie es ajeno que la prisión preventiva ha sido manejada con criterios de pre-pena. Por ello, el profesor Zaffaroni, con cierta ironía, ha afirmado que en las distorsiones del derecho procesal se condena sin juicio y se enjuicia sin proceso.<sup>345</sup> Para la primera hipótesis, la demostración es el uso y el abuso de la prisión preventiva; para la segunda, la institucionalización del juicio abreviado, que se basa en la admisión de responsabilidad del procesado que releva la prueba al acusador. Por eso se debe evitar de raíz su mal uso. La única justificación para la prisión preventiva es para garantizar la presencia en audiencia de juicio y siempre que se demuestre que hayan fallado otras medidas cautelares no privativas de libertad. Solo cuando una persona es llamada a juicio existen serias presunciones de existencia de los delitos y de la responsabilidad penal. Solo de este modo se revertiría la actual tendencia en que la mayoría de presos son los preventivos. Por otro lado, nadie mejor que el procesado para defenderse y presionar a su defensor estando en libertad. El miedo y el peligro de fuga actual son a la prisión preventiva y no a la condena. Garantizando la libertad, la gente se defenderá de forma adecuada durante el proceso. Si se duda de esta afirmación, la mejor forma de saber si fracasa es probándolo. Ahora sabemos que la prisión preventiva no garantiza el debido proceso sino que lo vulnera.

---

**343** Véase Tamar Pitch, "El aborto", en R. Ávila Santamaría, J. Salgado y L. Valladares, comp., *El género en el derecho...*, p. 335-382.

**344** Margrit Eichler, "Cambios familiares: del modelo patriarcal al modelo de responsabilidad individual", en R. Ávila Santamaría, J. Salgado y L. Valladares, comp., *El género en el derecho...*, p. 513.

**345** Eugenio Raúl Zaffaroni, "Algunas observaciones al anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales para la República del Ecuador", documento de trabajo enviado al autor, septiembre de 2009, párr. 2.

*Establecer la reincidencia como un agravante.* La reincidencia siempre será un atentado al principio del *ne bis in idem*, ya que se juzga a las personas por infracciones del pasado que ya fueron juzgadas. La reincidencia obliga a considerar al autor además de la conducta por la que se le juzga. En el garantismo no cabe el derecho penal de actor sino de acto. El punto fatal de la reincidencia es lo que se denomina el *Three strikes out* norteamericano,<sup>346</sup> por el que tres reincidencias se considera una infracción grave. La reincidencia es la demostración del fracaso del sistema de rehabilitación social. No es ético ni jurídico sancionar a la persona por un deber incumplido por parte del estado.

*La fiscalía tiene derecho a la apelación.* Un sistema profundamente garantista, en materia de recursos, prohibiría al acusador, en este caso la fiscalía, plantear cualquier recurso en un juicio en el que perdió. El presupuesto es que el fiscal o la fiscal ha tenido tiempo, recursos, herramientas procesales para lograr una condena en un juicio que garantiza la adversarialidad, teniendo en cuenta que la personas procesada está en gran desventaja frente al poder estatal. De ahí, la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*.

*Usurar el conflicto de la víctima.* El poder punitivo del estado, como un gran padre de familia, ha determinado que hay problemas que los resuelve mejor y a nombre de la víctima. La víctima se convierte, con suerte, en objeto de prueba, cuando no, si es que no colabora, también en delincuente. Las víctimas no tienen forma de resolver directamente los conflictos en los que han sido protagonistas y tienen que sufrir si es que tienen pretensiones jurídicas en el ámbito penal. ¿Qué significa devolver el conflicto a la víctima? Significa otorgarle la exclusiva titularidad de la acción penal. En este contexto, el rol de la fiscal o el fiscal debe cambiar notablemente. La fiscalía se debe completamente a los intereses de las víctimas y estas deberían poder relevarla de la misma forma como se cambia a un defensor o defensora que no satisface los intereses de su cliente. Se podría argumentar que se trata de una medida radical que instituye nuevamente el sistema de venganza privada a través de un aparato estatal, que se rompe el principio de objetividad en la investigación penal y que desnaturaliza el rol del fiscal. Pero, si se toma en serio el

---

**346** Véase María Teresa Castiñeira y Ramón Ragués, “*Three Strikes*. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, en M. Carbonell, edit., *El principio de proporcionalidad...*, p. 189 y s.



principio de lesividad, es obligatorio identificar a la víctima y solo la reparación de sus derechos legitima la actuación estatal.

Implementar una reforma integral o sustancialmente parcial, es un reto importante, que merece reflexión. Las reformas sustantivas no cuestan un centavo implementar. Las reformas procesales, en cambio, son caras y requieren del concurso de muchas voluntades. Por otro lado, como implica un nuevo modelo de gestión y hasta perfiles distintos de los operadores jurídicos, por ello la implementación debe ser lenta y progresiva. El modelo chileno podría ser un ejemplo en la implementación progresiva,<sup>347</sup> donde la reforma procesal fue minuciosamente planificada, desde los costos hasta su operativización. Comenzó con juzgados con carga cero de expedientes y causas, y desde la periferia. La implementación fue cuidadosamente monitoreada y se fue expandiendo poco a poco hacia las grandes ciudades. Los operadores fueron transmitiendo, desde su experiencia, las bondades del sistema a otros operadores. Así se fue nacionalizando el nuevo proceso penal y ahora están en el plan de implementar en otras ramas del derecho. El proceso de implementación ha durado aproximadamente cinco años y en la ley se creó la Comisión de Coordinación Interinstitucional presidida por el Ministerio de Justicia, con la participación de todos los órganos pertinentes de la Función Judicial.

La metodología de elaboración de una reforma penal demanda algunos elementos. El primero es tiempo. Reformas profundas y procedimientos democráticos, demandan tiempo. A mayor consulta, más posibilidades de aceptación de la propuesta penal y también más posibilidades de corregir errores. Ponerse de acuerdo entre colectivos que tienen intereses particulares y perspectivas distintas no es fácil y toma más tiempo del que normalmente se tiene disponible. La existencia de un equipo interdisciplinario, con formación y convicción garantista, de preferencia conformado por personas que tienen reconocimiento público en el área penal. El equipo debe sistematizar las propuestas y debe tener la capacidad de redactar normas alternativas. Finalmente, las normas deben ser discutidas ampliamente. En la validación, bajo riesgo de tener un serio déficit democrático, deben participar quienes van a ser afectados, es decir en general la ciudadanía y en particular las personas criminalizadas. Este es el mejor antídoto contra el neopunitivismo, que reflejan los intereses

---

**347** Sobre una mirada externa al proceso de implementación chilena, considerada como exitosa, véase Miguel Carbonell y Enrique Ochoa Reza, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, México DF, Porrúa, 2009, p. 66-81.

desproporcionados y la idea de venganza de quienes se asumen víctimas de la inseguridad ciudadana.

Además, hay que nutrirse de doctrina penal contemporánea, de sentencias de cortes constitucionales y penales, de organismos internacionales de protección de derechos humanos y de profundas y a veces nada pacíficas discusiones. Conviene reunirse frecuentemente con expertos en dogmática penal, en procesal penal y en ejecución de penas. Y también nos debemos nutrir de la justicia indígena y del conocimiento y práctica de las comunidades que la aplican.

## **Lineamientos para una reforma penal integral garantista**

### **Constitucionalización del derecho penal**

El derecho penal tiene una doble función frente a los derechos, que es aparentemente contradictoria. Por un lado, protege derechos y, por otro, los restringe. Protege derechos en tanto funciona cuando uno de los derechos constitucionalmente reconocidos ha sido lesionado gravemente, desde la perspectiva de las víctimas; y restringe, excepcionalmente derechos, cuando una persona ha vulnerado los derechos de otras y se justifica la aplicación de una pena. Los límites para no caer en la venganza privada ni tampoco en la impunidad deben estar claramente establecidos en el derecho penal, a la luz del derecho constitucional.

Antiguamente se concebía como bien jurídico protegido aquel que emanaba del propio Código Penal. Actualmente, en un régimen constitucional, solo puede ser un bien jurídico aquel que ha sido reconocido como un derecho fundamental. No obstante, no todo derecho constitucional debe estar penalmente protegido, sino cuando el sistema administrativo o civil no tienen capacidad de solucionar el conflicto.

Por esta razón, todos y cada uno de los tipos penales, el rol de los participantes en el proceso, los procedimientos, y las estructuras, se han inspirado y adaptado a los lineamientos constitucionales, para evitar violaciones innecesarias a los derechos y para promover, cuando sea el caso, los derechos de las personas.

Por otro lado, una característica propia del derecho constitucional es lo que se ha denominado el “derecho por principios”. Esto quiere decir que las





normas jurídicas evitan establecer reglas determinadas, con hipótesis de hecho y con consecuencias fijas, por lo que estas normas suelen denominarse téticas. A través de los principios se establecen mandatos de optimización. Los principios tienen la virtud de adaptarse a los tiempos, a las circunstancias de los casos y al debate argumentativo. La reforma penal integral debe, al comenzar cada uno de sus libros, principios que deben guiar la determinación de las reglas legislativas y también las establecidas jurisdiccionalmente.

## **El garantismo penal**

Si bien existen múltiples escuelas penales, la más adecuada al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho constitucional se la conoce como garantismo penal o derecho penal mínimo. El garantismo penal se basa en algunos postulados: El derecho penal debe respetar los derechos de las personas de forma cuidadosa y seria; las limitaciones a los derechos deben ser discutidas en juicio y en procedimientos contradictorios, en los que se garantice el derecho a la defensa técnica; las autoridades judiciales y no judiciales (policía, fiscalía, administración penitenciaria) que intervienen en las distintas instancias penales, deben tener la mínima posibilidad de discrecionalidad, tienen que justificar sus acciones y son responsables de las mismas; todo acto que restrinja derechos es controlable judicialmente; y el derecho penal es el mínimo necesario para garantizar la eficiencia, evitar la impunidad, y proteger a la persona inocente.

El derecho penal mínimo tiene varios sustentos filosóficos, históricos y empíricos. Filosóficamente, si se considera que el estado está al servicio de las personas, promueve y protege los derechos, no puede jamás convertirse en un aparato represor, que aniquila, anula o desconoce los derechos de las personas; su intervención es excepcional y cuando no existen soluciones más adecuadas o proporcionales para resolver un conflicto.

Históricamente, y esto hemos venido insistiendo y no se debe olvidar, el poder punitivo del estado ha causado mayor dolor y sufrimiento que todos los delincuentes comunes juntos, las ejecuciones extrajudiciales, las torturas, la desaparición forzada, el genocidio, los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra, y la agresión han sido provocados por el estado, y además siempre ha usado al poder punitivo para perseguir a sus enemigos políticos o para criminalizar a la pobreza. En el estado constitucional de derecho estos usos del sistema penal y sus distorsiones deben ser radicalmente erradicados.

Finalmente, en términos empíricos, como lo hemos descrito en acápite anteriores, toda pena causa privaciones que van más allá de lo establecido en los códigos penales; piénsese, por ejemplo, en las privaciones de las relaciones familiares, en la obligaciones de establecer relaciones homosexuales a las personas privadas de libertad, en las condiciones de salud y nutrición, en la restricción severa de la autonomía de la voluntad, en la exposición a medios de vida con una concentración de violencia inigualable fuera de la cárcel.

Por estas razones, el derecho penal debe ser reducido al mínimo. La reducción al mínimo se manifiesta en disminución de las penas, en el incremento de la justicia restauradora (reparar a la víctima), en la utilización de medidas cautelares y penas a la privación de la libertad, en el principio de oportunidad para evitar el enjuiciamiento por lesión insignificante a bienes jurídicos, en el aumento de posibilidades de limitación de la pena y de extinción de la responsabilidad penal.

### **Actualización doctrinaria de la legislación penal**

El auge del constitucionalismo en las democracias contemporáneas ha estado precedido de una renovación teórica y conceptual, encaminada a dotar de nuevas herramientas a los operadores jurídicos que interpretan y aplican la Constitución y el derecho penal. Temas como la interpretación analógica cuando favorece a la persona procesada, la imprescriptibilidad de ciertos delitos que tienen particular gravedad en el mundo entero, el estado de necesidad en sociedades donde hay extrema pobreza y exclusión como en la nuestra, las penas prohibidas, la revisión extraordinaria de la condena, la suspensión del proceso o de la pena, los bienes jurídicos protegidos por los nuevos riesgos y lesiones a los derechos, todo esto es parte del nuevo instrumental jurídico, producido no solo por la doctrina sino también por la jurisprudencia de jueces y tribunales constitucionales y penales, nacionales e internacionales.

En este contexto, la reforma penal integral debe poner a tono la legislación ecuatoriana con los desarrollos conceptuales que se han producido en el mundo y en nuestra región, como mecanismo para asegurar un correcto funcionamiento de la justicia penal. Si bien es cierto que usualmente la legislación ha dejado en manos de la doctrina y la jurisprudencia este desarrollo conceptual, en el caso ecuatoriano esta estrategia ha resultado fallida, pues en la práctica, la jueza o juez penal, por limitaciones normativas, como contar con leyes anacrónicas, anteriores a



la aprobación de la Constitución y a la existencia de instrumentos internacionales de derechos humanos, y que además nunca han sido reformadas o actualizadas bajo su inspiración, ha tenido un desarrollo conceptual y técnico muy pobre y exiguo, nada comparable con la experiencia ocurrida en otros países del mundo.

Debe tomarse en cuenta que la falencia técnica en estricto sentido no es únicamente un problema teórico, sino que por el contrario tiene fuertes repercusiones prácticas en la protección de los derechos humanos, cuando se encuentran tan expuestos en el sistema penal. Usualmente, este bajo nivel teórico ha venido acompañado de una justicia penal burocrática y pasiva, que con frecuencia elude el deber de declarar la inconstitucionalidad de tipos penales desproporcionados, desconocer el valor probatorio a documentos o testimonios obtenidos mediante tortura, y de llevar hasta sus últimas consecuencias el imperativo del reconocimiento de los derechos humanos.

Por estas razones, la reforma penal integral debe incorporar los desarrollos normativos, doctrinales, y jurisprudenciales que se han producido en el mundo, como mecanismos estratégicos para promover una nueva cultura penal y el fortalecimiento de la justicia penal existente.

### **Adecuación normativa nacional a los compromisos internacionales**

Ecuador ha suscrito y ratificado múltiples acuerdos internacionales que tienen que ver con la infracción penal, que van desde el castigo a las violaciones más atroces a los derechos humanos hasta el combate al crimen organizado. Sin embargo, no todo el sistema internacional es consistente, por un lado, existen normas como las del Estatuto de Roma que recogen la jurisprudencia y la doctrina más acabada en el derecho penal internacional, y por otro, existen normas como las de represión de drogas, que responden a estrategias geo-políticas más que a necesidades de las naciones que los firman. Además, existen normas de derechos humanos que promueven el respeto al debido proceso y la necesidad de juicios justos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

La reforma penal integral debe establecer no solo nuevos tipos penales adaptados a las normas internacionales sino también capítulos nuevos, como el primero que se refiere a los delitos contra la humanidad y las graves violaciones a los derechos humanos. En algunos casos,

observando los compromisos internacionales, cuando existe cierta duda, como en los tipos abiertos que sugieren los compromisos contraídos en materia de crimen organizado, el estado deberá abstenerse de crear tipos penales en estricta aplicación el principio *in dubio pro reo*.

La reforma penal integral debe tipificar muchas infracciones que antes —curiosa y en franca deuda con la historia mundial y la ciudadanía— no existían, como la tortura, la desaparición forzada, y la violencia sexual en conflicto armado.

Desde esta perspectiva, la reforma penal integral debe honrar compromisos internacionales y además cumplir con el postulado que, en materia de derechos humanos, la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos tienen vigencia en el sistema jurídico infra constitucional.

## **Desaparición de la categorización de las infracciones y de las penas**

El Código Penal estaba lleno de categorizaciones que fueron ineficaces o inútiles. En relación a las infracciones penales, se dividieron en dos: delitos y contravenciones, y los primeros a su vez en delitos de acción privada y pública. Las diferencias se encontraban en el ámbito procesal. En cuanto a las penas, éstas se dividen en penas de prisión, reclusión mayor y menor, y estas a su vez en ordinarias y extraordinarias. Todas estas clasificaciones generan confusiones y, desde el aspecto teórico y práctico, no tienen relevancia. Además, desde la perspectiva de las personas usuarias del sistema, las categorías no tienen sentido.

Los delitos y las contravenciones tienen procedimientos, sujetos procesales y autoridades judiciales distintas. En la práctica esta división hizo que las contravenciones, salvo cuando se trataba de flagrancia, se hacía casi imposible juzgar y los jueces y juezas se convirtieron en jueces y parte, característica propia del sistema inquisitivo. De este modo, la mayoría de las infracciones se tornaban impunes. De igual modo, al establecer la división de delitos de acción privada y pública, los primeros obligaban al juez o jueza, por no existir fiscal ni policía que intervengan, a ser inquisitivos. Estas diferencias perjudiciales a la eficiencia y justicia penal deberían ser eliminadas. En este sentido, todas las infracciones tendrían la posibilidad de ser investigadas y sancionadas por jueces y juezas independientes e imparciales, se respetaría el principio adversarial por el que tiene que haber una parte que acusa y otra que defiende, y,



además, los principios del debido proceso se garantizarían para todas las infracciones contempladas en el Código Penal. No menos importante, en técnica legislativa, es la clasificación en función del bien jurídico protegido; las contravenciones se clasificaban en relación a la pena y se hacía confusa su comprensión; al incorporarlas a los delitos, se las ubica exactamente en el lugar correspondiente; quizá la única salvedad sería las infracciones de tránsito. Las contravenciones se llamarían delitos, pero seguirían teniendo el tratamiento de infracción penal menos graves, que se manifestaría en la pena. Por otro lado, al desaparecer las contravenciones y al desaparecer la especialidad (jueces de tránsito, jueces de policía, jueces militares, jueces de contravenciones), se multiplicarían los jueces penales. En la transición se debería establecer que todos estos jueces y juezas, previo procesos de evaluación y cumplimiento de requisitos, pasarían a formar parte de los jueces y juezas penales.

Las penas se dividían en función de la gravedad de la infracción. Si eran de prisión se consideraban menos graves, si eran de reclusión, más graves. Sin embargo uno podía encontrar penas de prisión de cinco años y penas de reclusión de cuatro años. Por otro lado, en la práctica, nunca hubo en el sistema penitenciario tratamiento en función de los tipos de penas (ni siquiera entre personas procesadas y condenadas). La división en la ejecución de la pena depende de criterios técnicos y no por las clasificaciones jurídicas.

De esta manera, el Código, en este aspecto, se tornaría más sencillo de entender y más fácil de aplicar.

## **Balance entre garantías y eficiencia de la justicia penal**

Todo sistema penal se encuentra en el dilema entre combatir la impunidad y garantizar los derechos de las personas sospechosas de haber cometido una infracción penal. Si las garantías se extreman, se crearía un sistema que nunca sanciona; si las garantías se flexibilizan, se acabaría condenando al inocente.

El sistema penal tiene que llegar al término medio para evitar que en la sociedad se toleren injusticias y procurar que exista algo parecido a la paz social en el combate a la delincuencia.

La reforma penal integral debe tener ese balance. No impide el funcionamiento del aparato punitivo del estado sino que le establece límites

en su actuar. Las personas que podrían estar sometidas al poder penal tienen, en todas sus fases, derechos y garantías. De igual modo, las víctimas, que son quienes buscan que se reparen sus derechos lesionados, también, como personas, tienen derechos y garantías a lo largo del procedimiento. El proceso se deberá adecuar a los grados de complejidad de los casos, así el caso simple tendría una respuesta rápida y oportuna; el juez es garante de los derechos de las partes en conflicto, no debería presentar prueba alguna para evitar parcialidad, existiría apelación diferida (se resuelve al final y se evitan dilaciones innecesarias, no existiría apelación de medidas cautelares bajo la premisa de que existen acciones de carácter constitucional para proteger los derechos amenazados o vulnerados). Debería existir el recurso de apelación de la sentencia y el de revisión de la pena. Se debería introducir, como pena, la reparación integral de tal forma que se podría llegar a una solución satisfactoria para todas las partes evitando sufrimientos o restricciones innecesarias.

## **Devolución del conflicto a la víctima**

Uno de los defectos más graves del sistema penal actual es lo que algunos penalistas y criminólogos han llamado “la usurpación del conflicto a las víctimas.” Esto se produjo cuando se consideró que el estado podía ser víctima y podía, además, representar en abstracto a todas las víctimas. Figuras como aquella en que el fiscal encarna la vindicta pública o representa a la sociedad tuvieron el efecto de alejar al estado de las personas de carne y hueso que sufrían las lesiones a sus derechos. Las víctimas eran un elemento probatorio más en estos procedimientos, sus intereses eran irrelevantes cuando se trataba de delitos de acción pública, y su voz tenía sentido siempre que se constituyeran en querellantes.

La reforma penal integral debe “devolver” el conflicto a la víctima y ubicar en un lugar más cercano y funcional a la fiscalía. El fiscal debería ser el abogado o abogada de la víctima, debe estar a su servicio, y defender sus intereses. Por el principio de lesividad, el derecho penal tiene sentido cuando se produce un daño grave a un bien jurídico, y el daño grave tiene sentido cuando se encuentra una víctima concreta a quien repararle.

Además, la víctima es el principal controlador y evaluador de la actividad de la fiscalía (lo propio en la relación defensa pública-procesado), y no solo el Consejo de la Judicatura. Si la víctima no se encuentra satisfecha con la actuación fiscal, puede pedir relevo de abogado. Nada



raro en la relación jurídica privada entre abogado y cliente; si el cliente no está conforme pues simplemente cambia de abogado, lo mismo debería suceder en el servicio jurídico público.

Finalmente, debería introducirse la figura de la reparación integral, que es una institución propia del derecho constitucional y que no hay razón para que no exista en el ámbito penal. Si hay un daño, y el responsable se encuentra identificado, tiene que reparar, este es un principio básico del derecho. De este modo, la reforma penal integral debe introducir un elemento innovador en el derecho penal, que era inconcebible en el derecho clásico: la justicia restauradora. De alguna manera se podría afirmar que algunas categorías del derecho civil se integran de manera más evidente al derecho penal. El objetivo no es mezclar dos áreas del derecho que, desde una perspectiva clásica son irreconciliables, sino evitar la severidad del derecho penal y procurar que las soluciones jurídicas sean más eficaces y menos dolorosas.

## **La oralidad**

El sistema penal ha colapsado en todas sus fases. Los actores no coordinan sus actuaciones y la policía considera que la fiscalía no responde, la fiscalía que los jueces no responden, y las personas privadas de la libertad que la administración penitenciaria no responde. Parte del problema es que el sistema está profundamente burocratizado y se asienta en el respeto desmedido a las formalidades y a lo escrito. Importa más el parte policial, la instrucción fiscal, los autos, las sentencias, y los informes de diagnóstico, que las personas mismas. Los participantes, por registrar toda actuación, se han perdido de conocer, comprender y solucionar los casos concretos.

La reforma penal integral debe tomar en serio la adaptación de los procedimientos a la oralidad con la esperanza que de este modo se reduzcan los tiempos y se garantice la inmediatez del juez al proceso. En este sentido, todas las decisiones se toman en audiencia, y todos los actos procesales importantes, como la práctica de prueba o la determinación de la sentencia, se hace en el juicio oral.

De la mano con la oralidad, la reforma penal integral debe consagrar que el expediente, las comunicaciones a los participantes del procedimiento, y el registro, deben ser electrónicos, salvo que en un lugar determinado no se haya implementado los mecanismos técnicos para que

así funcione. El ahorro no solo será de tiempo sino también de recursos humanos y hasta es ecológico. El juzgado notifica desde una computadora y no se necesita de un auxiliar que deje el papel en el casillero. El expediente no deberá foliarse porque consta en archivos digitales. Las audiencias se grabarían y no tendrán que transcribirse.

## Proporcionalidad y determinación de la pena

El derecho penal ha avanzado desde la determinación fija de la pena, que fue una primera reacción a la arbitrariedad del derecho autoritario monárquico o totalitario, a una determinación flexible de la pena, que señala un piso y un techo. En la reforma penal integral se debe plasmar, en concordancia con el derecho constitucional contemporáneo, al derecho por principios. De acuerdo con el principio de legalidad, las conductas deben estar claramente determinadas y las consecuencias deben marcar un límite, que sería el techo penal del que no se puede exceder un juez. Las penas no son únicas, ni tampoco hay un piso, que sería contrario al principio de culpabilidad puesto que se determinaría, más allá del análisis en el caso concreto y de la persona involucrada, un grado de culpabilidad mínimo que podría ser extraño a lo que merecería la persona.

La garantía consiste en que solo las hipótesis de hecho, el techo y todas las posibilidades de la pena estén predeterminados en la ley, pero la sanción justa y proporcional debe construirse para cada caso concreto. Esto requiere debate, prueba, un juez activo, participantes —incluida víctima y procesado— que pongan en el tapete sus necesidades, sus circunstancias y sus pretensiones. Sin duda el derecho penal será más justo y más acercado a la realidad de la gente, y no podría darse una aplicación mecánica de una norma general y abstracta aprobada por un parlamento ajeno a cualquier caso específico.

La Constitución establece el principio de proporcionalidad, cuando determina que se “establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales”.<sup>348</sup> La debida proporcionalidad tiene dos momentos. El primero es cuando el legislador establece penas que tienen relación con la gravedad del bien jurídico lesionado; el segundo

---

348 CPE, Art. 76 (6).





momento es cuando el juez o jueza, en el caso concreto, establece una pena individualizada y justa.

## **Transformación de la ejecución de las penas**

El derecho de ejecución de penas ha estado, doctrinaria y jurídicamente, divorciado del derecho procesal y del derecho penal sustantivo en todas sus dimensiones. Una vez dictada la sentencia, las juezas y los jueces no tienen relación alguna con el efectivo cumplimiento de la sentencia, no existe control judicial sobre las condiciones carcelarias, las sentencias no se cumplen efectivamente, y la administración ha estado a cargo de un órgano poco técnico y con inmensas facultades discrecionales. Si a esto se suman las condiciones carcelarias, que son deplorables, la falta de estadísticas confiables, la ausencia de registros, y la forma arbitraria de establecer sanciones al interior de los centros -muchas de ellas que bordean en la tortura, el trato cruel, inhumano y degradante- llegaremos a la conclusión de que urge realizar una reforma creativa, integral y coherente con el resto del sistema penal.

En la reforma penal integral se debe partir de la idea de que las personas privadas de libertad son seres humanos a quienes se les debe restringir el derecho a la libertad y, aunque suene paradójico, proteger el resto de derechos que no contempla la pena, tales como la salud, la educación, la familia, o la intimidad. Las personas condenadas no son seres que merecen ser olvidados sino, al contrario, merecen atención para poder desarrollar al máximo sus capacidades. Por ello, la reforma penal integral debe proponer garantías novedosas para no empeorar su situación humana, como por ejemplo, la existencia de una jueza o juez de garantías penitenciarias y el defensor penitenciario.

En la parte administrativa debería haber una reestructuración total del organismo técnico encargado de la ejecución de la pena. En la cabeza estaría un directorio, conformado: la mitad por ministros de estado, para garantizar la seriedad y la eficacia de las políticas a definirse e implementarse, y el resto por funcionarios técnicos, expertos en materias afines a la ejecución de la pena. Existiría un secretario ejecutivo y direcciones, que tendrían estrecha relación con las modalidades de ejecución de las penas: privados, semi privados, no privados de libertad, adolescentes, adultos mayores, centros de atención para personas con desórdenes mentales. Se llenaría el actual vacío relativo a la carencia de control de las medidas alternativas a la privación de libertad.

El órgano ejecutor de las penas ya no debería tomar decisión alguna de carácter jurisdiccional, que ha venido haciéndolo desde que se crearon las cárceles, simplemente ejecutaría. De este modo se espera terminar con algunos focos de corrupción que existen en los centros, tales como la compra venta de certificaciones para obtener rebajas de pena, el chantaje para no tener disminuciones de puntos cuando hay faltas disciplinarias, y la excesiva burocratización del sistema de rehabilitación. La reforma penal integral debe proponer poner las cosas en su lugar. Los profesionales psicólogos, pedagogos, educadores, juristas, que se dedican a realizar labores de escritorio y emisión de papeles, ahora se dedicarían a dar terapias, a realizar programas de enseñanza, a organizar grupos terapéuticos, a brindar asistencia legal. El problema carcelario dejará de ser solamente un problema de seguridad. La preocupación de evitar fugas será solo de la policía y no de los administradores del centro, que estarán encargados de ejecutar los programas de desarrollo de capacidades de las personas.

Además, por exigencias del principio de legalidad, deberían existir un régimen disciplinario en la ley, para evitar que las sanciones dependan del buen o mal humor del guía penitenciario, y de igual modo, en virtud del mismo principio, se establecerían los procedimientos y la autoridad competente.

La reforma penal integral debe codificar la ley de gracia y regular el indulto. Deberían establecer un mecanismo de revisión extraordinario de la sentencia, que se lo hace mediante un procedimiento en el que se debe garantizar contradicción y la presencia de los sujetos que intervinieron en la imposición de la pena.

En suma, la reforma penal integral debe contener normas y mecanismos para corregir el actual desastre de las cárceles, y dignificar, aun en las peores circunstancias, a los seres humanos que han cometido infracciones.



## El anteproyecto de código orgánico de garantías penales

El “Anteproyecto de Código de Garantías Penales”<sup>349</sup> (en adelante “anteproyecto”) fue escrito, después de una minuciosa investigación, por un equipo jurídico que trabajó más de un año en la elaboración de una propuesta normativa, y fue publicado en el año 2009.<sup>350</sup> Por considerar que se trata de un trabajo inédito, que puede servir como fuente de consulta y hasta como un aporte doctrinario, me permito transcribir la exposición de motivos, que describe las principales novedades y que espero invite a revisar el texto. De alguna manera ese esfuerzo, que me quitó más de una noche de sueño, sintetiza una propuesta legal con base en la doctrina garantista más contemporánea y a lo que creo es la constitucionalización de la legislación penal.

El anteproyecto está dividido en cuatro partes, que responden a la lógica secuencial de una infracción que merece ser sancionada. Se establece, en primer lugar, el objetivo del código y el ámbito de aplicación; en segundo lugar, la necesaria distinción de un hecho cualquiera con un hecho que tiene relevancia penal que contiene un catálogo de infracciones penales actualizado y coherente con los derechos de la Constitución; en tercer lugar, el camino a través del cual se tiene que determinar si existió una infracción y si hay un responsable; en cuarto lugar, la forma de precisar una pena justa y las condiciones para ejecutar la pena. Las cuatro partes de este Anteproyecto están integradas entre sí y, juntas, contribuyen a un fin común: proteger derechos y limitar el poder punitivo del estado.

Las cuatro partes son: título preliminar, Libro I-La infracción penal: la ilicitud penal, el delito; Libro II-El proceso: los principios, los participantes procesales, las medidas cautelares, las fases del proceso penal; Libro III-La pena: la determinación de la pena y la ejecución de la pena.

---

**349** El anteproyecto se encuentra enteramente publicado en R. Ávila Santamaría, *Anteproyecto de Código Orgánico...*

**350** El equipo de trabajo, sus roles y aportes, y la propuesta normativa, con las explicaciones y las fuentes, se encuentra publicado en *ibid.* Por ser una propuesta que tomó en serio la Constitución de Montecristi y constituir un esfuerzo original de realizar un código observando los principios y la teoría garantista, me permito hacer referencia en este libro a ese proyecto de ley. El equipo jurídico estuvo conformado por María Fernanda Álvarez, Luis Fernando Ávila, María Paz Ávila, Danilo Caicedo, María Belén Corredores, Daniela Dávalos, Claudia Escobar, Carlos Espinoza, Juan Pablo Morales, Jorge Vicente Paladines, Wladimir Sierra, Carolina Silva, Alex Iván Valle y Carolina Villagómez.

## Título Preliminar

El Título Preliminar contiene cuatro preceptos claros:

1. La finalidad del Anteproyecto de Código que, respondiendo a la Constitución y a la trágica historia de la que surge, no debe ser otra que establecer límites. Por un lado es un límite para la venganza y el exceso que significaría su inexistencia; por otro lado es un límite para el poder más terrible que tiene el estado, que es el de castigar y poner las sanciones más fuertes en la vida de un ser humano. La ley penal es una especie de represa que requiere de diques para contener su arbitraria expansión. Esos diques son los derechos y las garantías en esta delicada tarea del estado. Al limitar la venganza y la represión, en un justo balance, se pretende evitar que sea condenado un inocente y que sea impune el criminal.
2. Se ha establecido una secuencia de principios, que tienen una relación lógica elemental unos con otros, en forma de silogismo, que van desde el hecho hasta la pena, de este modo, el Título Preliminar da coherencia inicial a todos los libros y a todas y cada una de las garantías que se tiene en todo momento del actuar penal del estado. Los principios apenas se enumeran, de forma escueta, y se desarrollan progresivamente a lo largo del texto legal.
3. El Anteproyecto señala las pautas modernas para interpretar toda norma del Código. Siempre se nos hizo pensar que, como regla general sin excepción, se debe interpretar la ley de forma restrictiva. Desde que se constitucionaliza el derecho, el sistema jurídico se nutre de las categorías de interpretación del derecho constitucional. En ese sentido, cabe la interpretación restrictiva cuando se trata de limitar derechos y hasta la analógica cuando, al contrario, se trata de expandir los derechos o frenar las limitaciones de los derechos.
4. Finalmente se establecen reglas relacionados con los ámbitos de aplicación del Código, por el tiempo, por el espacio, por las personas, y por la materia. Se introducen innovaciones propias del derecho penal internacional, como la prohibición de uso de fueros en casos de ciertos delitos como los crímenes de guerra o la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, además se integra y se visibiliza, en las personas, a los adolescentes, adultos mayores, mujeres, y madres embarazadas.



## **Libro I: La infracción penal**

El Libro I responde a lo que el derecho penal clásico denomina parte general y parte especial. Se divide en dos títulos: 1. la ilicitud penal y 2. el delito.

1. La ilicitud penal: Este capítulo está dividido de acuerdo a los principios y no por la clásica forma de los elementos del delito (acto, típico, antijurídico y culpable). Al dividir por principios se constitucionaliza el formato penal, se hacen normas que son más flexibles, que permiten una mejor aplicación por parte del operador, y se tiene un panorama más amplio de la cuestión penal. El formato de los elementos, si bien parecen más sencillos, porque eso es lo que la gran mayoría de juristas aprendieron, no deja de ser un modelo clásico que no resuelve problemas que han sido expuestos por la doctrina penal, como el problema de si se ubica al dolo en el tipo o en la antijuridicidad, como entender la omisión desde el acto. Además, la estructura por elementos hace que el análisis penal sea como las gradas que ascienden a una terraza (del hecho a la pena, del acto a la culpabilidad), cuestión que restringe el análisis de un fenómeno complejo.

En cambio, en los principios es como si nos encontráramos en la mitad de un patio con varias puertas y en el que, según convenga, hay que atravesar la puerta que sea adecuada. El sistema es pues más flexible y adaptable al conflicto penal. Si bien puede causar, en un inicio problemas de comprensión, no menos cierto es que, al igual que los derechos en la Constitución y su impacto en el sistema jurídico, en general, se requiere una nueva cultura jurídica para pensar al derecho desde el ser humano y al estado desde su funcionalidad para promover la dignidad de las personas. El derecho penal ha fracasado: no soluciona los conflictos y los pocos que aborda los empeora. Cambiar el derecho, implica también cambiar el lenguaje y la forma de regulación.

La estructura de cada artículo de este título es la siguiente: en primer lugar se hace una definición amplia del principio y, en segundo lugar, se establecen las normas de exclusión del principio. De este modo, se establece con claridad lo que se denominan los diques o límites al poder punitivo. Por ejemplo, en el artículo 8 se dice que, por el principio de materialidad tiene que haber un resultado externo e,

inmediatamente, se enumera que no cabe sancionar el pensamiento o la intención.

El Anteproyecto no rehúye al debate contemporáneo de la responsabilidad de las personas jurídicas. Se ha decidido por una fórmula intermedia. No son responsables como ficción jurídica y por cuanto se conserva el principio de que solo las personas naturales pueden ser responsables y cumplir las penas, sin embargo, no se puede negar que estas personas pueden ser utilizadas criminalmente. Por esto se ha establecido que pueden existir efectos jurídicos del delito y que la jueza o juez pueden establecer medidas de carácter administrativos, que constan en Libro III.

2. El delito es considerado como una infracción penal que tiene cierta gravedad al punto de que podría ser sancionada con penas privativas de libertad de uno o varios años. En este libro encontramos algunas innovaciones en el catálogo y en los tipos penales.

En el catálogo penal se han integrado muchos tipos penales que se encontraban dispersos en múltiples cuerpos normativos, como las infracciones de drogas, las infracciones policiales y militares.

Se han despenalizado múltiples conductas por ser francamente inconstitucionales o porque corresponden al ámbito del derecho civil o administrativo y que, por el principio de proporcionalidad, no tiene sentido usar el derecho penal, como los relativos a vagos y mendigos.

Algunas conductas se han bajado considerablemente la pena, por el mismo principio de proporcionalidad, como múltiples delitos contra la propiedad bajo la premisa que en el estado constitucional la libertad tiene más valor que la propiedad.

Se han incorporado tipos penales que responden a compromisos internacionales, como los crímenes de guerra y el lavado de activos.

Se han introducido nuevas formas de tipificar daños graves a los derechos humanos, como los delitos informáticos y las infracciones al régimen de desarrollo.



Se han eliminado los elementos constitutivos de la infracción para mayor precisión del tipo penal por ser innecesarios y confusos. Se ha establecido un acápito en la pena en el que se determinan agravantes de la penalidad, como elementos no constitutivos de la infracción.

Se han eliminado los tipos que tenían concurrencia de infracciones, como el robo con muerte, y se los ha regulado en términos generales con fórmulas comunes en casos de concurrencia de infracciones.

Se ha procurado encontrar verbos rectores, con cierto nivel de abstracción, que puedan comprender la complejidad de un hecho delictivo, evitando la reiteración de verbos que hace que el tipo se convierta en abierto, como el fraude o el tráfico de drogas, simplificando y precisando el tipo penal. Se ha evitado la redacción barroca.

Las infracciones tienen un techo y no un piso, por ser cuidadosos con el principio de culpabilidad y la presunción de inocencia. El piso presume que existe una medida de culpabilidad preestablecida, que impide la posibilidad de demostrar que existen formas menos gravosas de penalidad en cualquier caso que se cometa la infracción. El techo en cambio es una garantía, que evita que el poder punitivo sea expansivo y sin precisión.

Las contravenciones han desaparecido formalmente, porque la diferenciación práctica, en la parte procesal, también desapareció: las juezas y jueces penales tienen competencia para resolver infracciones leves, en toda infracción penal, sin distingo de ser privada o pública, leve o severa, intervienen fiscales, defensores y juezas y jueces.

## **El proceso**

La regulación que el Anteproyecto hace del proceso trae algunas innovaciones importantes, que le hacen distinguirse del procedimiento actual, en la línea de ser tan garantista como eficiente, de preservar tanto el derecho a la tutela efectiva de las víctimas y al mismo tiempo los derechos de las personas procesadas y condenadas.

Existen muchas instituciones, como la prueba, que no han sido modificadas. Pero también podemos encontrar ciertas características que

distinguen a este Código, que podría considerarse como una evolución y un perfeccionamiento del anterior, y podemos enumerar las siguientes.

La víctima recupera el protagonismo en el conflicto penal y aparece a lo largo del proceso. Su participación es tan importante que su ausencia podría ser causal para evitar la persecución penal.

El fiscal es el representante de estado que tiene como función y especialidad defender los intereses de la víctima en todo momento. La ficción de que la fiscalía defienda los intereses de la sociedad ha hecho que defienda a todos y al mismo tiempo a nadie. En el Anteproyecto la víctima, al tener el derecho a ser reivindicada, puede “auditar” el trabajo de su defensor.

El proceso es no solo acusatorio sino también adversarial. Es acusatorio en tanto el juez o la jueza no puede involucrarse en el acto de levantar cargos penales contra una persona (perdería imparcialidad) sino también en cuanto un juicio justo requiere del balance en la actividad del fiscal y del defensor público. El Código vigente, en cambio, pone énfasis en la Fiscalía en desmedro de quien equilibra las relaciones de poder en un juicio.

El juez o jueza tienen facultades para direccionar el proceso, acordar con los participantes sobre el objeto del proceso, las pruebas que se requerirían y los tiempos, así como podría evitar dilaciones innecesarias y actuaciones de mala fe.

Se crea la Unidad de Investigaciones de Delitos, adscrita al Consejo de la Judicatura, que tiene la obligación de realizar los peritajes que sean necesarios. Al estar al servicio tanto de la defensa como de la fiscalía, esta Unidad no podría integrar la institucionalidad de uno de los participantes en el proceso. De este modo se evita que una de las partes tenga más posibilidades de éxito y se sacrifique el juicio con igualdad de armas.

Se agrega una medida alternativa más a la privación preventiva de libertad, que es la caución juratoria, para garantizar al máximo el manejo de esta medida cautelar con criterios de pre-pena y permitir que el procesado se defienda adecuadamente en libertad, en ejercicio de la presunción de inocencia.

Se introduce la oralidad en todas las fases y lo escrito es excepcional. Todo se decide en audiencia pública, incluso, se dicta sentencia verbalmente.





Todo proceso penal debe atravesar por las fases establecidas en el Código: investigación adversarial, evaluación de la investigación, preparación del juzgamiento, juzgamiento, determinación de la pena, y reparación. Pero esas fases pueden, por el principio de concentración, intermediación, simplificación, y rapidez, concentrarse.

Las fases del proceso se concentran (o no) en función de la complejidad del caso y de la gravedad de la infracción. Los casos sencillos y los delitos penados con sanciones de restricción de la libertad menores de siete días tendrían un procedimiento abreviado y los más complejos y en delitos graves, se tendría un procedimiento extraordinario.

Desaparecen los tribunales permanentes penales. Los jueces penales se multiplican y tienen competencia, en los casos ordinarios, para dictar sentencia. En los procedimientos extraordinarios se formarían tribunales por sorteo entre todos los jueces que reúnan los requisitos por categoría, y estos a su vez presiden el tribunal cuando sustancian el procedimiento desde el inicio. Se podría argumentar, en el modelo acusatorio, que el juez ya se contaminó con la prueba en la fase de instrucción, pero en este modelo adversarial, bajo la premisa de que el juez o jueza no tiene facultad probatoria alguna, siempre sería imparcial. Es más, con el principio de direccionalidad del proceso, quien tiene mejores condiciones para resolver una causa es precisamente el juez o jueza que conoció desde el inicio la causa.

Se crea la obligación de discutir la pena en audiencia, cuestión que siempre ha sido dejada al arbitrio del juez y que nunca la ha motivado. Como la pena debe construirse y adecuarse a cada persona, se requiere de que todos los partícipes opinen y demuestren sus pretensiones, así como del juez o jueza que se forme criterio.

Se eliminan en todo el procedimiento las apelaciones. Cuando uno de los participantes crea que se tiene que corregir la decisión, se plantea la apelación con efecto diferido. Si la persona cree que se causa daño a un derecho o se amenaza con causarlo, siempre existe la posibilidad de plantear un recurso de hábeas corpus (no olvidar que el conocido como "hábeas corpus constitucional" consta ya en la Constitución y en la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional). De este modo se garantiza que no existirán dilaciones innecesarias y el abuso de los recursos.

Se adecua el procedimiento penal a los requerimientos exigidos por el Estatuto de Roma en cuanto a la entrega, a las comunicaciones, a la asistencia e incluso a las posibilidades de que una persona ecuatoriana sea parte de la Corte Penal Internacional.

## **La pena**

En el Libro III se integra todo el análisis de la pena y, al mismo tiempo, se integran los otros dos libros. Tradicionalmente la pena estaba en la parte general de los códigos y completamente desvinculada del proceso. En este Anteproyecto, se entiende que para llegar a la pena debió haberse superado todos los diques y límites que se establecieron en el Libro I y que se ha llegado al final del proceso penal. Este Libro tiene dos grandes partes: la determinación de la pena y la ejecución de la pena.

## **La determinación de la pena**

Tradicionalmente la pena ha estado preestablecida en los Códigos penales. En un primer momento, los jueces estaban atados de manos y debían aplicar penas fijas. El derecho penal, con la introducción de la culpabilidad en la infracción penal, estableció la lógica de pisos y techos, y dio un margen de discrecionalidad del juez. Este Anteproyecto trae una actualización en la teoría de la norma: el juez está predeterminado por la hipótesis de hecho pero tiene que construir una pena adecuada, personal y proporcional para la persona. Para evitar la discrecionalidad y la arbitrariedad se ha previsto que para establecer la pena debe haber debate, debe ser demostrable, debe motivarse, el juez o jueza debe respetar principios, y se puede apelar.

El Anteproyecto, recogiendo las modernas corrientes del derecho de ejecución de penas, establece múltiples alternativas a la privación de libertad.

Una de las penas que merece ser comentada es la reparación. La pena de reparación tiene algunas virtudes:

Da solución a una de las pretensiones de la víctima, que en el modelo actual no tiene respuesta (o remota y con múltiples condicionamientos).



Se aborda toda la complejidad de lo que puede significar el daño ocasionado por la infracción penal (no solo la indemnización sino también formas no materiales como la disculpa o las medidas para prevenir la no repetición).

Acerca al derecho penal a la justicia restauradora, y deja de ser simplemente justicia represiva. Se podrá alegar que invade ámbitos propios del derecho civil, pero es indudable que, una vez constitucionalizado el derecho, las interrelaciones entre las áreas del derecho son cada vez menos nítidas.

Una de las formas de humanizar al derecho penal es creando alternativas a las penas que causan mayor dolor y daños que pueden ser irreparables.

La reparación contribuye a cohesionar a la sociedad, mientras que el derecho penal clásico, en cambio, generaba rupturas irreparables entre los participantes en el conflicto. La reparación obliga a que cada uno de quienes intervienen en el conflicto atiendan la pretensión de la otra parte, por un lado el condenado debe escuchar la forma de enmendar el daño que provocó, por otro lado la víctima debe escuchar las circunstancias que provocaron la realización de la infracción penal.

## **La ejecución de las penas**

Tradicionalmente la ejecución de penas ha sido prácticamente abandonada por el estado, al punto que era un derecho que no se estudia en las universidades y que el financiamiento provenía de lo que se cobra por cheques sin provisión de fondos. Las cárceles son una especie de depósito en la que, de forma inhumana, las personas esperan el paso del tiempo para salir. Esta realidad se pretende alterar de forma radical.

El título desarrolla cuatro tipos de normas, que son necesarias para transformar el actual sistema de ejecución de penas: normas de carácter declarativo, normas protectivas, normas orgánicas, y normas procedimentales.

El Libro III, título II, comienza recogiendo todos los derechos que han sido reconocidos por la Constitución y los desarrolla a la luz de los instrumentos de derechos humanos que han sido aprobados sobre el tema en Naciones Unidas. Siguiendo la lógica de la parte dogmática de la Constitución, establece también las responsabilidades de las personas privadas de libertad.

Los derechos no tendrían sentido sino existen mecanismos para hacerlos efectivos. El primer mecanismo —también siguiendo la estructura de la Constitución— es el normativo. Las normas que expidan los órganos de la ejecución serán solo legítimas si no violan derechos sino más bien los promueven. El segundo mecanismo son las políticas, para lo que se ha creado un órgano de alto nivel a nivel gubernamental. El tercer mecanismo es la creación del defensor penitenciario, que tiene la misma función del Defensor del Pueblo —y de hecho depende de ésta— pero con especialidad y mandato específico para proteger los derechos de las personas privadas de libertad. El último, tiene que ver con el desarrollo de la figura del juez de garantías penitenciarias, que no tendrá tareas de carácter administrativo sino de control jurisdiccional tanto de los derechos como de los actos que provengan de la administración de los centros.

Se desarrolla una estructura mínima necesaria para el funcionamiento del órgano técnico creado para el efecto por la Constitución. Este órgano se llama “Instituto Nacional de Ejecución de Penas y Medidas Cautelares”, y que está conformado por un directorio, que define las políticas públicas para la ejecución de las penas, una secretaría ejecutiva, que está encargada de ejecutar las políticas. Se crea la carrera penitenciaria para profesionalizar al personal que trabaja en cárceles, se dan lineamientos para las direcciones y se deja la potestad de reglamentar al Directorio. Finalmente se regulan los diversos regímenes de restricción de libertad, que tiene que ver con los lineamientos para cumplir la Constitución y la ley en relación con la privación de libertad, la semi privación de libertad, la no privación de libertad. Toda modalidad establecida en este Código tendrá su mecanismo de control para garantizar el fiel cumplimiento de las sentencias.

Finalmente, se describen los procedimientos, las autoridades y las infracciones de carácter disciplinario, para de este modo evitar la violencia de parte de las personas que cuidan a las personas privadas de libertad, y para sancionar la violencia al interior de los centros contra otras personas o contra bienes.

## **Derogatorias y transitorias**

El proyecto, en su parte final, deroga expresamente las leyes que se oponen a su regulación y las leyes específicas que regulaban la materia, dispersas en otros cuerpos normativos.

En el régimen de transición, dado que el Código establece nuevas instituciones que deben ser implementadas y que cambia la cultura jurídica



de todos los participantes, está vinculada a la Escuela Judicial, a nuevos operadores de justicia, y también a una aplicación racional y controlada en el tiempo. Se pretende evitar que fracase la reforma por una implementación no planificada que podría ser traumática. Las bondades del Código dependen del conocimiento de las personas, de la voluntad, de la institucionalidad y también de recursos económicos.

## **La interpretación penal contemporánea: el principio de legalidad, el principio de proporcionalidad, y la inaplicación de tipos penales inconstitucionales**

El principio de legalidad es una conquista importante del estado legal de derecho. Gracias a este principio se pudo garantizar lo que, en su momento, se concibió como seguridad jurídica. Los parlamentos pudieron controlar los actos del poder administrativo o ejecutivo y garantizar que los jueces apliquen irrestrictamente la ley. Además, el principio de legalidad evitó la dispersión jurídica al establecer una sola fuente del derecho y al generar normas de reconocimiento del derecho válido. Este principio no ha desaparecido en el estado constitucional de derecho sino que se ha reconceptualizado en función de la Constitución y de los derechos reconocidos en ella.

El principio de proporcionalidad, por su parte, se contrapone y paradójicamente se complementa con el principio de legalidad. Se contrapone a la legalidad cuando en el sistema jurídico se presenta antinomias entre la ley y la Constitución, y permite al juez sospechar de la ley y hasta inaplicarla, incluso, como se demostrará en materia penal. Se complementa, en tanto los legisladores y los jueces tienen la obligación de materializar al principio de legalidad (que podría llamarse de estricta legalidad, como lo predica L. Ferrajoli o de constitucionalidad); los primeros, al crear leyes adecuadas a la Constitución y, los segundos, al dictar sentencias adecuadas también a la Constitución.

En la realidad de nuestros sistemas jurídicos, lamentablemente, los dos principios, en la mayoría de los casos, se encuentran en contradicción, lo cual hace que el rol de los jueces sea mayor. De esta constatación se desprende el título de este artículo.

Pretendemos, desde una interpretación constitucional adecuada, demostrar que múltiples normas del Código Penal son incompatibles con los principios establecidos en la Constitución Política de la República del

Ecuador (“La Constitución”) y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), que forma parte de nuestro sistema jurídico.

Por otro lado, ¿puede un juez penal resolver en contra del principio de legalidad y hacer interpretaciones extensivas de la ley? ¿Existen contradicciones entre algunas normas de ley penal y la Constitución? ¿Cuál es el método para resolver estas antinomias? ¿Han aplicado ya los jueces, en otros contextos, la Constitución por sobre y en contra de la ley penal? Trataremos de responder afirmativamente a estas preguntas.

En este acápite pretendemos dar algunas pautas sobre los grandes lineamientos de esta nueva corriente que se ha denominado neoconstitucionalismo<sup>351</sup> o también garantismo en cuanto a la interpretación jurisdiccional y las implicaciones para el derecho penal. Para hacerlo, desarrollaremos la idea de que el juez penal es también garante de los derechos establecidos en la Constitución y no solo está atado al derecho penal y al principio de legalidad; sostendremos que el poder que tienen los jueces, para no ser arbitrario, debe sujetarse a ciertos parámetros de interpretación y argumentación, sin los cuales se torna ilegítima la inaplicación de la ley penal. Finalmente y ejemplificativamente, demostraremos algunos casos penales que pueden tener soluciones distintas a las contempladas en los tipos, si es que se aplican estándares constitucionales.

## **El principio de proporcionalidad: el rol del juez penal como garante de la Constitución**

El juez siempre ha sido un garante de algún interés previamente determinado, en cualquier momento y lugar. Lo que ha variado es el contenido de ese interés. En el estado absoluto el juez era garante de los intereses de la autoridad; en el estado liberal clásico es garante de la ley (por eso los jueces son “boca de la ley”) y a la postre era garante de los intereses de quienes podían privilegiadamente acceder al parlamento; y en

---

**351** Este movimiento surge desde la mitad del siglo pasado, con la aparición de las constituciones de posguerra en Europa, que establecieron como finalidad del estado la promoción y protección de derechos humanos, y la adecuación de las prácticas de todos los órganos del estado a los principios constitucionales a través del control de tribunales o cortes constitucionales. El neoconstitucionalismo, que sin duda es una teoría en construcción, constituye un paradigma nuevo frente al positivismo jurídico e incluso frente al iusnaturalismo. Véase M. Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*.



el estado constitucional, los jueces son garantes de los derechos de las personas reconocidos en la Constitución.

En la lógica de la división de poderes, un poder dicta la ley, otro la ejecuta y otro la garantiza en sentido estricto; todos estos poderes gozan de independencia. Cuando los estudios críticos del derecho arremeten contra la legitimidad del sistema penal,<sup>352</sup> ya desde la creación de la ley (que refleja los intereses de los que pueden, a través de maquinarias electorales, representar), ya desde los que ejecutan la ley (a través de la selectividad, teoría conocida como etiquetamiento o labelling approach),<sup>353</sup> ya desde el aparato judicial, que aplica irracional y desproporcionadamente el derecho, se siente la necesidad de un juzgador controlador de poderes, que aplique normas constitucionales y que garantice los derechos humanos.

En Ecuador existe un modelo mixto de control constitucional. Por un lado, control concentrado, el máximo juzgador constitucional interpreta, con carácter generalmente obligatorio, la constitucionalidad de una ley y en los casos en los que los jueces duden sobre su aplicación; por otro lado, control difuso, el juzgador ordinario tiene competencias constitucionales, en el caso concreto, por el que puede inaplicar una ley que considere inválida.

El juez no debe ser mero aplicador de la Ley Penal. El juez tiene en sus manos casos concretos de personas reales y en esos casos existen acontecimientos problemáticos: las víctimas y los victimarios tienen derechos en un conflicto penal. En esos casos, debe comprender el sentido del hecho con el derecho, la conexión de la acción con la limitación, no puede ser indiferente al resultado de las acciones, debe analizar la proporcionalidad en el contexto, valorar (esto es lo contrario de lo que predicaba Kelsen en el sentido de despojar de todo análisis moral en la apreciación del derecho),<sup>354</sup> aplicar los principios si las reglas generan un resultado injusto y resolver adecuadamente.<sup>355</sup>

---

**352** Véase A. Baratta, *Criminología crítica y...*

**353** La teoría del etiquetamiento consiste en que las agencias del sistema penal seleccionan a las personas que serán criminalizadas a través de un proceso social basado en la discriminación. Una vez que una persona tiene un antecedente penal o una sentencia, está etiquetada.

**354** Véase H. Kelsen, *op. cit.*, p. 65. Kelsen distingue, con absoluta claridad, la obligación jurídica de la moral.

**355** Véase Gustavo Zabrebelsky, "Los jueces y los derechos...", p. 131-153. Al mismo resultado llega Carlos Santiago Nino, "La relevancia de los derechos...", p. 20-25.

Este último caso nos interesa. En todos los ámbitos del derecho ordinario no encontramos mayores dificultades porque la duda es entre dos normas aplicables ante un caso, cuya solución de mayor protección la encontramos en la Constitución. En cambio, en el derecho penal tenemos dos derechos que están en franca tensión: el derecho a la libertad que tiene el supuesto ofensor y el derecho a la tutela efectiva que tiene el supuesto ofendido.

Veamos dos ejemplos. Uno a nivel internacional, que ha llamado la atención y levantado críticas,<sup>356</sup> el famoso juicio de Nuremberg; otro, a nivel nacional, que es conocido como “el caso Massera”.

En 1945, los países aliados, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, redactaron una Carta en la que establecieron la competencia material del Tribunal Penal de Nuremberg.<sup>357</sup> El tribunal internacional, creado *ex post facto* tenía competencia para juzgar crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

Indiscutiblemente, en términos objetivos y positivistas, la Carta y el tribunal violan el principio de legalidad, por el que nadie puede ser juzgado por tribunales que no hayan sido creados con anterioridad al hecho y nadie puede ser juzgado por hechos no tipificados en la ley.

El principio de legalidad en relación al tribunal y a los tipos penales fue alegado por las partes. Sin embargo, se consideró que por el *ius cogens*, los acusados tenían conocimiento de las normas internacionales que prohibían matar civiles y que aunque no había pena, no existía razón para no juzgarles con las penas más severas existentes en el derecho comparado para delitos graves. Además, se argumentó que las leyes no son estáticas sino que deben adaptarse a las necesidades de un mundo en constante cambio. Finalmente, se argumentó, en términos de practicidad, que la creación del tribunal y del procedimiento fueron mecanismos necesarios para reprimir

---

**356** Entre otras críticas, unas jurídicas que se comentan en este ensayo y que tienen que ver con el principio de legalidad, y otras políticas, como aquella de que el juicio fue justicia de vencedores (sin duda, los aliados cometieron violaciones al derecho internacional humanitario y también crímenes de guerra; por ejemplo, el bombardeo a Dresden, a Berlín, a Hiroshima y a Nagasaki).

**357** Henry Steiner y Alston Philip, *International Human Rights in context, Law Politics and Morals*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 2a. ed., p. 112-126.





conductas que eran ilegales y criminales que, de otra manera, no hubiesen sido juzgadas y se hubiese promovido la impunidad.<sup>358</sup>

En el caso de cortes nacionales, el ejemplo es el razonamiento de un juzgado penal argentino frente a los argumentos positivistas del acusado.<sup>359</sup>

El señor Massera sostenía que había sido ya juzgado por los mismos hechos (*ne bis in idem*), y que las acciones habían prescrito. Los argumentos de Massera están relacionados con los principios de legalidad y de seguridad jurídica.

El juzgador penal consideró que los argumentos eran inadmisibles en el caso y, por tanto, los desechó. Massera no fue juzgado por los mismos hechos ya que los elementos del tipo penal en el ámbito nacional no coincidían con los elementos del tipo internacional, luego se le juzgaba por primera vez. Los delitos por los que le acusaban eran delitos continuados y además considerados imprescriptibles por el derecho internacional de los derechos humanos.

En relación al derecho positivo conviene destacar de la sentencia la siguiente afirmación:

allí donde la injusticia del derecho positivo alcance tales proporciones que la seguridad jurídica garantizada por el Derecho Positivo no represente ya nada en comparación con aquel grado de injusticia, no cabe duda de que el Derecho positivo injusto deberá ceder a la justicia.<sup>360</sup>

En otras palabras, el juzgador penal puede inobservar la ley penal por normas superiores como son las constitucionales y las normas de derecho internacional de los derechos humanos. El juez penal no es garante del cumplimiento de la norma sino de la justicia que puede encontrar en otra norma superior o más protectora.

---

**358** *Ibid.*, p. 116-117

**359** Cámara en lo Criminal y Correccional, Argentina, "Massera excepciones, sentencia del 9 de septiembre de 1999", en American University, *Compilación de documentos en derecho internacional de los derechos humanos para profesores de esta materia*, vol. II, Washington, American University, 2001, p. 871-883.

**360** *Ibid.*, p. 878.

En los casos mencionados, los juzgadores penales aplicaron el principio de proporcionalidad. Las decisiones del poder público, sean estas leyes, actos administrativos y sentencias, cuando limitan los derechos humanos tienen que ser proporcionales. Si estas no son proporcionales, entonces son decisiones inconstitucionales.

La proporcionalidad es un principio a través del cual se legitima la intervención del Estado en el ejercicio de los derechos humanos.

Carlos Bernal Pulido sostiene, como ya hemos mencionado, que el estándar de proporcionalidad tiene tres elementos: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad propiamente dicha.<sup>361</sup> La *idoneidad* ayuda a apreciar que la limitación de un derecho contribuye a la consecución de un fin legítimo, que no puede ser otro que un derecho humano de igual jerarquía; por ejemplo, la orden de evacuación, que priva del derecho a la vivienda, es una medida inidónea para precautelar la vida en un caso de desastre natural. La *necesidad* contribuye al análisis entre varias medidas idóneas, y sugiere escoger la medida más favorable al derecho intervenido; por ejemplo, en el desastre natural, tengo varias medidas idóneas (porque logran el objetivo), tales como la evacuación a una ciudad o en una zona rural, a un lugar cercano o lejano, en carpas o en albergues, quizá la que menos afecte al derecho a la vivienda sea la rural y en albergues. La *proporcionalidad* valora el objetivo perseguido y el derecho humano limitado para conseguir el objetivo; entre los dos derechos se debe evaluar si la ventaja que quiero obtener (objetivo) compensa el sacrificio que voy a realizar (derecho limitado); por ejemplo, si la evacuación produce la depresión, el desmembramiento familiar y hasta la muerte, quizá por el resultado convenga más no evacuar.

El modelo descrito, que fuera determinado por la Corte Europea de Derechos Humanos y recogido por la Corte Constitucional colombiana,<sup>362</sup> no es el único. Existen otros estándares, como el desarrollado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, que se basa, siempre en la relación entre derecho promovido y afectado, en la intensidad de la intervención, y que puede ser estricto, intermedio y suave; estricto cuando el derecho afectado puede sufrir un severo daño y suave cuando no existe daño o este es

---

**361** C. Bernal Pulido, "Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucional de las leyes", en *El derecho de los derechos*, p. 61-87.

**362** CCC, Sentencia de constitucionalidad C-22, en Carlos Gaviria Díaz, *Sentencias. Herejías constitucionales*, Bogotá, FCE, 2002, p. 59-71.



ínfimo. Finalmente, existe el modelo que Pulido denomina integrado, por el que se interrelacionan los dos métodos. Cualquiera sea el método, queremos destacar la importancia del principio y de la teorización para evitar y descubrir inconstitucionalidades.

El principio de proporcionalidad aparece como una garantía interpretativa a los derechos humanos. Esta garantía debe ser aplicada por todos los poderes públicos. El legislativo debe, por ejemplo, crear tipos penales que sean proporcionales entre el bien jurídico que protege y el derecho que restringe, que normalmente es la libertad (por la penas de privación de libertad) y la propiedad (por las penas de multas). El ejecutivo, al tomar medidas administrativas, debe analizar la proporcionalidad del uso de la fuerza, por ejemplo, frente a las manifestaciones. El judicial, por su lado y en términos constitucionales, en los casos concretos, debe verificar que las leyes y las medidas administrativas sean proporcionales. Si no lo son, insistimos, podría ejercer el control difuso de constitucionalidad e inaplicar las leyes.

El criterio de proporcionalidad es, sin duda, ambiguo. Además de tener múltiples significados, no impide la posibilidad de que la valoración de los hechos y del derecho sea subjetiva. Por ello, los estándares del principio de proporcionalidad, en un caso concreto, requieren de una interpretación adecuada, que se conoce como ponderación, y de un método verificable, que se conoce como argumentación jurídica.

Tengo la tentación de afirmar que la ponderación y la argumentación suplen a la interpretación y a los métodos positivistas. Pero tal extremo planteamiento, importante para resaltar los cambios de paradigma, no es preciso. La ponderación complementa a la subsunción y la argumentación jurídica complementa al silogismo jurídico. Por la ponderación se crea una norma hipotética para un caso y, enseguida, se subsume el hecho al supuesto creado por el juez. Por la argumentación jurídica se evidencian las elecciones morales del juzgador al escoger normas y llegar a las soluciones de los casos.

El juez penal, cuando encuentra, en un caso, un conflicto constitucional no puede ligeramente inaplicar el derecho penal por la mera afirmación de la prevalencia de la Constitución. El juez tiene que ponderar y tiene que argumentar.

La ponderación es un método a través del cual se resuelve la contradicción entre dos principios, que normalmente son derechos

humanos, que tienen igual jerarquía normativa.<sup>363</sup> La ponderación procede cuando la subsunción no es aplicable y los criterios tradicionales de jerarquía, cronología y especialidad no resuelven el asunto fundamental. Las antinomias constitucionales son imposibles de resolver en abstracto porque los principios *prima facie* no son incompatibles entre sí. Cuando se presentan en casos concretos, la resolución del juez no restringe la validez del principio. Por el juicio de ponderación, se debe establecer una jerarquía axiológica basándose en razones y argumentaciones; conseguida la jerarquía para el caso, entonces opera la subsunción.

La ponderación tiene estrecha relación con la limitación de derechos. De hecho, en el caso concreto, uno de los derechos será limitado. A mayor limitación de uno de los derechos, mayor importancia de la satisfacción del otro derecho en conflicto. Los elementos para efectuar el juicio de ponderación son cuatro: la existencia de un fin legítimo constitucionalmente reconocido, la idoneidad de la medida, la necesidad y la proporcionalidad, que va a establecer un equilibrio entre los principios y el daño que se produce si se aplica cualquiera de ellos. Esta operación requiere de argumentación jurídica.

La argumentación jurídica es un método a través del cual se pretende, mediante la objetividad hermenéutica, un resultado razonable y aceptable por un auditorio universal.<sup>364</sup> El juzgador tiene que justificar, de manera lógica, la elección de la norma que aplica, la decisión y la solución a la que llega.

Robert Alexy sostiene que la argumentación jurídica es una necesidad por muchas razones: el método deductivo tradicional promueve un “salto lógico” que favorece la arbitrariedad, el lenguaje del derecho positivo siempre es vago, existen conflictos entre normas, las normas no se adecuan con espontaneidad en los hechos y, en el extremo constitucional, hay normas que pueden llevar a un resultado injusto. La argumentación implica un discurso racional, que es una construcción basada en consensos racionales. Para evitar la arbitrariedad y garantizar la corrección en la solución, Alexy propone reglas minuciosas sobre la forma y la estructura de los argumentos. A fin de cuentas, lo que se pretende es que el

---

**363** L. Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en M. Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 123-158.

**364** Manuel Calvo García, *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 167-246.



razonamiento pueda ser, si es justificado, compartido y verificado por quienes tienen capacidad de analizar críticamente las resoluciones.<sup>365</sup>

Lo dicho pretende ser una advertencia cuando el juez penal inaplique un tipo penal. Debe saber que si no pondera ni argumenta, se torna arbitrario y, por tanto, viola el principio de legalidad. En cambio, si pondera y argumenta adecuadamente, no viola el principio de legalidad sino que está aplicándolo bajo el supuesto de que la Constitución es norma jurídica (principio también de legalidad y que podríamos, para diferenciarlo, denominarlo principio de constitucionalidad).

Vamos a enunciar algunos casos y situaciones en los que creemos existen conflictos entre normas penales y constitucionales, y que, de encontrarlos en casos concretos, el juzgador penal tendría potestad para inaplicar el Código Penal.

## La inconstitucionalidad de algunos tipos penales

El derecho penal es el mecanismo más severo de restricción de derechos humanos. Siendo que los derechos humanos son *prima facie* absolutos, las restricciones deben ser ponderadas y justificadas argumentalmente.

Si el derecho penal es anterior al constitucionalismo moderno, lo menos que debemos hacer es sospechar de la legitimidad de su contenido.

De la Constitución se derivan, al decir de Terradillos, límites nítidos al *potestas puniendi*: la necesidad y proporcionalidad, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad.<sup>366</sup> Nos vamos a concentrar en la necesidad y la proporcionalidad, “en cuya virtud no puede admitirse la pena no idónea para la tutela de un bien jurídico o lesiva de otros valores más relevantes”.<sup>367</sup>

Hay dos principios que materializan la proporcionalidad penal y el constitucionalismo: el principio de intervención mínima del estado y el

---

<sup>365</sup> Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

<sup>366</sup> J. M. Terradillos Basoco, *op. cit.*, p. 358.

<sup>367</sup> *Ibid.*, p. 358.

principio de lesividad. Por el principio de intervención mínima se entiende que solo los bienes jurídicos trascendentales se protegerán penalmente, y estos bienes normalmente se encuentran recogidos en la Constitución. Por el principio de lesividad, solo los conflictos más graves e imprescindibles serán tipos penales y el daño que produce el delito debe ser real, verificable y evaluable empíricamente. De lo contrario, desde la Constitución, el derecho penal se tornará arbitrario.<sup>368</sup>

Vamos a analizar algunos ejemplos de tipos penales a la luz de los principios constitucionales enunciados.

### Las contravenciones

Las contravenciones están sancionadas con prisión de uno a siete días y multa.<sup>369</sup> Con este solo enunciado sabemos que el principio o derecho limitado es la libertad de movimiento. Habría que ver cuáles son los otros bienes jurídicos protegidos. Enunciemos algunos: no registrar los nombres de los huéspedes, no remitir registros de huéspedes a la policía, mofarse de un acto religioso, viajar sin pasaporte en caso de guerra, negarse a transportar cosas, conducir ganado y no tener previsión, no dirigir al domicilio a ebrios, no tener nómina de pasajeros, vender sin permiso de la policía, no entregar a la policía bienes encontrados, comprar en feria a personas desconocidas, explicar los sueños, infringir reglamentos, jugar carnavales públicamente, herir un animal doméstico;<sup>370</sup> herir animales por exceso de carga, apacentar bestias de cualquier especie en terreno ajeno, no entregar bienes encontrados en 24 horas a la policía, formar mitin sin autorización, construir ventanas a menor altura de dos metros, lidiar toros sin permiso, permanecer parado por mucho tiempo sin objeto plausible, propalar rumores, recibir a menores prófugos, no cercar terreno;<sup>371</sup> predicar a favor o en contra de un partido político, golpear, establecer casa de juego sin permiso, usar cosas ajenas sin consentimiento, faltar con gestos a ascendientes...<sup>372</sup>

---

**368** *Ibid.*, p. 360-361.

**369** Código Penal vigente en 2012 (CP), Art. 51.

**370** *Ibid.*, Art. 605.

**371** *Ibid.*, Art. 606.

**372** *Ibid.*, Art. 607.



¿Tiene sentido restringir la libertad de movimiento (privar de la libertad) para proteger las funciones de la policía, la integridad de los animales, el pasto de los terrenos ajenos, la honradez, la confianza, los reglamentos municipales? Sin duda no. A primera vista, sin ponderar ni argumentar, existe desproporción en esta normativa. La libertad pesa menos que bienes jurídicos de carácter secundario.<sup>373</sup>

Además, como sostiene Zaffaroni, la legislación contravencional “es un campo propicio para la arbitrariedad policial, los apremios ilegales, la afectación a la dignidad humana, la penetración de los ámbitos de privacidad...”.<sup>374</sup> Por ello, concluye, “tenemos la certeza de que un buen número de casos puede resultar una contradicción abierta entre la ideología proclamada constitucionalmente o por vía de Código Penal y la que surge de esta legislación”.<sup>375</sup>

En otras palabras, todas las contravenciones deben salir del ámbito penal y, en el peor de los casos, deben suprimirse las penas que establecen privación de la libertad. Los juzgadores que tienen competencia contravencional deben ponderar en cada caso y rechazar, por inconstitucional, la aplicación de las penas privativas de libertad en las contravenciones.

## La libertad de expresión y la honra

El delito de injurias protege penalmente el derecho a la honra, que está reconocido por la Constitución como un derecho fundamental.<sup>376</sup> Pasaría el primer filtro de la lesividad. Por el segundo filtro, el de la proporcionalidad, tendríamos que analizar si la privación de libertad es un medio idóneo y necesario para proteger la honra. Pero también interesante sería el análisis, mezclando la lesividad con la proporcionalidad, del problema de la libertad de expresión, como bien jurídico también protegido por el Derecho Constitucional, en relación con la honra.

---

**373** Sobre la relación de derechos primarios y secundarios, véase L. Ferrajoli, “Derechos fundamentales y patrimoniales”, en *Los fundamentos de los derechos...*, p. 29-35.

**374** Eugenio Raúl Zaffaroni, coord., *op. cit.*, p. 82.

**375** *Ibid.*, p. 82.

**376** CPE, Art. 23 (8).

Para este último análisis recordemos dos casos paradigmáticos en Ecuador. El uno la célebre sentencia en contra del editorialista Fierro y a favor de León Febres Cordero; el otro, bajo premisas parecidas, la denuncia del presidente Correa contra el diario *La Hora*. Los dos casos tienen en común que quienes reclaman la honra son personajes públicos y quienes “deshonraron” lo hicieron bajo argumentos de libertad de expresión.

En términos objetivos, el Código Penal tipifica la injuria en ambos casos. En términos también objetivos, tenemos una contradicción entre dos derechos protegidos de forma distinta por el sistema jurídico, el uno con penas de prisión (honra)<sup>377</sup> y el otro que exige abstención de parte del estado cuando se ejerce el derecho (libertad de expresión).<sup>378</sup> Si el estado enjuicia penalmente a quien ejerce la libertad de expresión, el estado viola el deber de abstención. En suma, tenemos una antinomia. Lo cierto es que el juez penal no puede ser indiferente a este conflicto de normas y al análisis constitucional de proporcionalidad de las normas penales.

El caso de León Febres Cordero contra Rodrigo Fierro Benítez,<sup>379</sup> Febres Cordero acusó a Fierro por injurias al haber publicado en *El Comercio* un artículo de opinión denominado “Febres-Cordero: en su sitio”, a través del cual Fierro manifestaba que Febres Cordero tenía responsabilidad en la quiebra bancaria, sugería que es un “ave de rapiña” y un “industrial de pacotilla”.<sup>380</sup> Fierro fue condenado penalmente por injurias.

La Corte Suprema de Justicia consideró que el derecho al honor prevalece sobre la libertad de expresión, que no se puede difamar o desacreditar a autoridades o líderes de un país, que el articulista no puede “actuar con entera libertad” a menos que “obre con objetividad, imparcialidad y sobre todo veracidad”. La Corte reafirmó el valor de la libertad de expresar el pensamiento como esencial en la democracia, pero lo condicionó a que no menoscabe la dignidad de las personas, no atente contra la institucionalidad y no lesione otros derechos, puesto que de este modo deslegitima la libertad de prensa. La sentencia resaltó la “intención y

---

**377** CP, Art. 489 y s.

**378** CPE, Art. 23 (9).

**379** Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Sentencia de Casación, León Febres Cordero contra Rodrigo Fierro Benítez, 29 de octubre de 2004.

**380** Rodrigo Fierro Benítez, “Febres Cordero: en su sitio”, en *El Comercio*, 29 de mayo de 2003, p. 4A.





propósito de causar daño a León Febres Cordero degradándolo del sitial que corresponde a quien ejerció la primera magistratura de la nación”.

La sentencia admite la existencia del desarrollo jurisprudencial de Estados Unidos a través del fallo *New York Times* contra Sullivan, que “se aplica ahora universalmente”. Sin embargo, este precedente no fue completamente observado ni adecuadamente citado. El principio que aplica el caso Sullivan lleva exactamente a una solución contraria a la que arriba la Corte Suprema de Ecuador. El contraste de estas dos sentencias nos ayuda a aclarar el análisis constitucional de las conductas sancionables.

Sullivan era el jefe de policía de Montgomery y creyó que una publicación en el periódico *New York Times* (ni siquiera un artículo de opinión) le injurió. El anuncio publicado denunciaba que, en 1960, en plenas manifestaciones para reclamar los derechos civiles, existía una fuerte represión de parte de la policía y que esta empleaba medios como gas, balas de plástico y detenciones arbitrarias en contra de los manifestantes pacíficos.<sup>381</sup> La Corte Suprema de Estados Unidos consideró que por el hecho de ser la policía y Sullivan institución y persona pública, la libertad de expresión prevalecía aun cuando las afirmaciones hechas fueran falsas porque ayudan a determinar la verdad, salvo que exista real malicia. La protección al derecho a la honra es limitada cuando el personaje es público porque favorece el debate democrático sobre su gestión; en otras palabras, “la restricción a la libertad de prensa impuesta a las críticas al gobierno y a los funcionarios públicos es inconsistente con la primera enmienda”.<sup>382</sup> (libertad de expresión). Es más, el magistrado Black sostuvo en un voto concurrente que el periódico tiene un derecho absoluto e incondicional a publicar críticas a los oficiales y a las agencias públicas.

La Corte Suprema de Ecuador no valoró, para que prime la libertad de expresión, el hecho de que Febres Cordero fue presidente de la República ni tampoco que se le responsabilizaba por un hecho en el ejercicio de sus funciones. Al contrario, el hecho de ser funcionario público pesó para que la protección a la honra sea mayor y prevalezca. El mensaje fue contrario a la libertad de expresión y circulación de opiniones: no se puede comentar

---

**381** Melvin Urofsky, “New York Times v. Sullivan”, en Lynda Butler y otros, *The bill of rights: the courts and the law*, Charlottesville, Virginia Foundation for the Humanities and Public Policy, 1999, 3a. ed., p. 50-51.

**382** Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, *New York Times Company v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), traducción libre del autor, en L. Butler y otros, *The bill of rights...*, p. 52-53.

contra funcionarios públicos a menos que se diga la verdad. Esto es contrario a la libertad de opinión y al escrutinio que debe tener todo funcionario público que, en suma, es mandatario y, por tanto, sujeto a críticas. Otro elemento a tomar en cuenta es que en Estados Unidos, seguramente, por el principio de proporcionalidad, no se penaliza la injuria sino simplemente el daño civil y aun en este caso no se consideró que existía responsabilidad alguna.

El caso de Fierro se reedita, años más tarde, cuando el presidente Rafael Correa presentó una demanda en la Fiscalía de Pichincha, en la que solicitó prisión para Francisco Vivanco Riofrío, representante del diario *La Hora*, por injurias no calumniosas. El 7 de marzo de 2007, el periódico publicó un editorial en el que afirmaba que el mandatario gobierna con “tumultos, piedras y palos” y publicó un titular denominado ‘Vandalismo oficial’ en su editorial (9 de marzo de 2007).<sup>383</sup>

En este gobierno, el presidente Rafael Correa ha presentado dos demandas en contra medios de comunicación y periodistas. La una penal, en contra del periódico *El Universo* y del periodista Emilio Palacio; y la otra civil, en contra de Christian Zurita y Juan Carlos Calderón por el libro *el Gran Hermano*. En ambos casos el Presidente consideró que su honra fue afectada y los jueces penales, en todas las instancias, condenaron a los acusados y demandados. Sin duda, más allá del contenido de los artículos y del libro, las personas habían ejercido su libertad de expresión. En estos casos, los jueces no cumplieron con los estándares internacionales de derechos humanos<sup>384</sup> ni tampoco hicieron una adecuada interpretación penal. Sin duda esas condenas afectaron gravemente el derecho a la libertad de expresión.

Un juzgador penal puede encontrar el conflicto de normas, como de hecho lo hizo el juzgador norteamericano, o puede aplicar formalmente el derecho penal, como lo hizo el juzgador ecuatoriano. Aplicando derechos humanos al derecho penal, los resultados son, como se evidenció, diferentes: no solo que no hay pena sino que hay promoción de una actividad que el derecho penal considera ilícita.

---

**383** *El Universo*, “Correa pide sanción a diario *La Hora* por injurias”, 9 de mayo de 2007, en <http://www.eluniverso.com/2007/05/11/0001/8/1B39A4F92617426D839E20585A320911.aspx>, consulta: octubre de 2007.

**384** Sobre los estándares a nivel de instrumentos internacionales y de jurisprudencia, véase Ramiro Ávila Santamaría, María Paz Ávila y Gustavo Gómez, edit., *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, Quito, UNESCO / Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011.



## La quema de la bandera como libertad de expresión

El 12 de octubre de 2007, en una manifestación pública a propósito de la provincialización de la península de Santa Elena y de la separación del Guayas, un grupo de personas “cogen la bandera blanquiceleste de Guayaquil y la destrozan; unos pedazos arden con fuego, otros retazos son usados por un par de manifestantes para efectuar gesticulaciones obscenas...”.<sup>385</sup>

El gobernador del Guayas,<sup>386</sup> el Prefecto y el alcalde del Guayas inmediatamente denuncian penalmente a los autores. El alcalde de Guayaquil manifestó que “El derecho de los pueblos a vivir bien es legítimo e irrenunciable (pero) qué tiene que ver con quemar u ofender la bandera de Guayaquil. Es un acto incalificable, intolerable y delictivo... Se está buscando a quien cometió ese delito”.<sup>387</sup> La policía detiene a dos personas y se inicia un proceso penal.

Efectivamente, el Código Penal establece que “el que públicamente [...] incitare o fomentare por cualquier medio el separatismo [...] el que cometiére cualquier burla o desacato, con palabras o acciones, contra la Bandera [...] será reprimido con prisión de seis meses a tres años...”.<sup>388</sup>

Tipo penal sin Constitución sustancial, no hay mucho que discutir. Hay un delito y hay que reprimirlo. Sin embargo, si uno analiza más detenidamente, encontramos, efectivamente, un problema constitucional. ¿Los manifestantes estaban ejerciendo su derecho a la libertad de expresión? ¿Cuál es el bien jurídico que protege la quema de la bandera? ¿La bandera y lo que significa como símbolo están protegidas por la Constitución y prevalecen sobre la libertad de expresión?

---

**385** Fernando Balseca, “Ofensas a la bandera”, en *El Universo*, 19 de octubre de 2006, <<http://www.eluniverso.com/2007/10/19/0001/21/E0EC3258750E437C9B641505540D446F.aspx>>, consulta: octubre de 2007.

**386** El Comercio, “Nueva acción legal contra peninsulares”, en *El Comercio*, 30 de octubre de 2007, <[http://www.elcomercio.com/noticiaEC.asp?id\\_noticia=146057&id\\_seccion=10](http://www.elcomercio.com/noticiaEC.asp?id_noticia=146057&id_seccion=10)>, consulta: octubre de 2007.

**387** El Universo, “Autoridades del Guayas contra división y ultraje a la bandera”, en *El Universo*, 17 de octubre de 2007, <<http://www.eluniverso.com/2007/10/17/0001/18/C74DB2AB9CF645038052693C7045C4AB.aspx>>, consulta: octubre de 2007.

**388** CP, Art. 128.

Para ilustrar las posibles respuestas, conviene mencionar el caso denominado Texas contra Johnson, resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos,<sup>389</sup> que tiene todos los elementos de nuestro caso ecuatoriano. Gregory Lee Johnson, en una manifestación pública contra un congreso republicano en Dallas y, en particular, contra la presencia de Bush (padre), quema la bandera norteamericana. Texas, al igual que 48 estados de los Estados Unidos, tiene un estatuto penal que criminaliza el abuso de la bandera como una seria ofensa a los individuos.

Los funcionarios del Estado de Texas alegaron en el juicio que la quema de la bandera constituía un disturbio que rompía la paz, que muchas personas se sintieron seriamente ofendidas por este hecho, que era una vulneración al orden público y que atentaba contra un símbolo que representa la unidad nacional. La Corte no aceptó los argumentos, en primer lugar consideró que la quema de la bandera es una forma de expresión y, posteriormente, afirmó que la principal función de la libertad de expresión es invitar a la disputa, que el acto de la quema de la bandera no propició revuelta alguna, que las autoridades de Texas y la policía persiguieron a una persona por expresar insatisfacción por las políticas del país y que esto está en el centro del derecho a la libertad de expresión, que la integridad de una bandera no está protegida por la Constitución, que prohibir una idea por el simple hecho de ser desagradable u ofensiva atenta contra la libertad de expresión, que el gesto de una persona contra la bandera no afecta en absoluto la actitud hacia la unidad nacional, que la mejor manera de rendir tributo a un símbolo como la bandera que representa la libertad es precisamente promoviéndola y no reprimiendo las libertades; finalmente, que sancionar penalmente a quien siente y piensa diferente no es la mejor manera de persuadir. La Corte sostuvo que el mejor remedio en este caso es aplicar el derecho a favor de la libertad de expresión que silenciarla.

La reacción a esta sentencia fue inmediata de parte del Congreso, que expidió una ley federal criminalizando cualquier tipo de atentado contra la bandera. Inmediatamente la Corte, reafirmando la sentencia descrita, declaró inconstitucional la ley del Congreso, bajo la premisa que el Estado se funda en un serio compromiso con la libertad de expresión.<sup>390</sup>

---

**389** Corte Suprema de los Estados Unidos, *Texas v. Johnson* 491 U. S. 397 88-155 (1989), en L. Butler y otros, *The bill of rights...*, p. 77-84.

**390** Corte Suprema de los Estados Unidos de América, *United States v. Eichman* 496 U.S. 310 89-1433 (1990), en L. Butler y otros, *The bill of rights...*, p. 84-86.



En el caso ecuatoriano, la quema de la bandera, sin duda alguna, fue un acto de libertad de expresión. Al respecto, Fernando Balseca sostiene:

no tenemos que enclaustrarnos en las formas: no se ha abrasado a Guayaquil; se ha incinerado una conducta que no vela por los más necesitados [...] un gobernante debe preguntarse qué originó esa actitud: debe leer el símbolo e interpretarlo. Y la respuesta aparece nítida: los poderes provinciales no han compartido una visión amplia y generosa con la provincia [...] En Santa Elena se ha carbonizado el hecho injusto de que unas regiones posean más que otras y se han chamuscado jerarquías que ya no se reconocen como tales.<sup>391</sup>

Otra vez, si aplicamos la Constitución el resultado podría ser diferente al contemplado en el tipo penal. ¿Puede un juez penal llegar al desconocimiento de un tipo penal? Aplicando la Constitución, ponderando y argumentando, sí.

### Los vagos y mendigos

Los vagos, personas que no tienen domicilio fijo ni medios de subsistencia o que no ejercen habitualmente oficio o profesión, serán reprimidos con prisión de tres meses a un año.<sup>392</sup>

¿Cuál es el bien jurídico protegido en este tipo penal? Desde la perspectiva constitucional parecería, al contrario, que estamos ante el caso de una persona a quien se le están violando sus derechos sociales: el derecho a la vivienda al no tener domicilio, al derecho al mínimo vital al no tener medios de subsistencia, el derecho al trabajo al no ejercer oficio o profesión. Estas personas que podrían ser víctimas, se les considera responsables y, además, se les amenaza con privar de la libertad.

Este tipo penal vigente en Ecuador se encuadra dentro de la idea de que hay personas que son peligrosas y que podrían delinquir.

Todo lo que se ha dicho del positivismo peligrosista y de su incompatibilidad ideológica con los derechos humanos, llega a su máxima expresión con las leyes de peligrosidad sin delito: aquí se viola totalmente el principio de legalidad, porque sin ninguna tipicidad se cae

---

<sup>391</sup> Fernando Balseca, *op. cit.*

<sup>392</sup> CP, Art. 383 y 384.

en una grave violación de derechos. El desprecio a la dignidad humana es total: es suficiente reunir dos o tres “síntomas” para “detectar” la forma de vida de una persona, encuadrada en una adjetivación peyorativa y privarla de libertad [...]. El origen de esta ideología es claro: se trata de la clasificación entre personas “decentes” y “peligrosas”, consagrada por la misma ley conforme a un criterio arbitrario de apreciación que pone en manos del poder público [...] y que en modo alguno deja de tener [...] un claro tinte racista.<sup>393</sup>

El derecho penal se ocupa, exclusivamente, de las acciones y no de las características personales, como el caso que comentamos de los vagos, ni de las ideas, como la quema de la bandera: “solo es admisible castigar acciones, porque el Estado no tiene poder para ir más allá”.<sup>394</sup>

En estos casos, parecería que el juez penal tiene el imperativo de inaplicar el Código Penal por existir una franca contradicción con los principios constitucionales.

## Las drogas ilícitas

Despenalizar todas las conductas que tienen que ver con las drogas, al igual de cómo se hizo en la primera mitad del siglo pasado en relación al alcohol —también droga—, es un deseo y hasta una necesidad fácil de decir. Los beneficios serían muchos y desde cualquier perspectiva: el estado podría recibir un ingreso adicional por impuestos provenientes del comercio de drogas ahora ilícitas, los consumidores tendrían control de calidad de las sustancias que ingieren, la sociedad podría luchar decente y eficazmente contra la adicción a través de la inversión en el tratamiento a las personas adictas y de campañas disuasivas para el consumo en los medios de comunicación de igual manera como efectivamente se ha hecho con el problema del cigarrillo. Asimismo, hay que reconocer, existirían perjudicados, que representan intereses gremiales o de grupos particulares, y a quienes les conviene la ilegalidad y los beneficios económicos que este mercado genera. Entre los perjudicados también están ciertos estados, que tienen un discurso moral en el tema drogas para legitimar su presencia e influencia en el mapa geo-político internacional. El tema drogas, sin duda, es un tema sensible políticamente. Los estados

---

<sup>393</sup> E. R. Zaffaroni, coord., *op. cit.*, p. 196.

<sup>394</sup> Alberto M. Binder, *Justicia penal y Estado de derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004, 2a. ed., p. 154.



contemporáneos, hoy en día, no tienen libertad absoluta para regular o desregular sobre las drogas. Hay múltiples condicionamientos, que van desde los compromisos internacionales plasmados en instrumentos jurídicos, hasta presiones de carácter económico.

El análisis de la problemática de las drogas merece cierta atención y me detengo un momento en ella para referirme a tres puntos: los paradigmas para abordar, desde el estado, la problemática de la droga, influencia de la regulación internacional, adaptación nacional de los estándares internacionales para el control y represión de las drogas ilícitas, evaluación del impacto del control de drogas, la tenencia y el consumo de drogas, y alternativas y propuestas.

Hay básicamente dos paradigmas en los que se insertan las regulaciones jurídicas sobre drogas, a las que hemos hecho referencia para juzgar al sistema penal, que se los distingue entre el estado policial y el estado democrático.<sup>395</sup> La política internacional sobre las drogas ha promovido el primer paradigma de control de drogas por parte del estado y, por tanto, choca con el reconocimiento, ejercicio y protección de derechos. La clave de la crítica que presentan los autores se encuentra en mirar las políticas, las leyes y el funcionamiento del derecho penal desde un modelo alternativo basado en derechos.

El fenómeno jurídico, sea este de vertiente liberal o comunitarista, conservador o progresista, como se quiera llamar, siempre ha sido globalizado. No existe materia jurídica, desde las revoluciones liberales del siglo XVIII en el mundo, que no responda a olas de influencia internacional. Quizá el ejemplo por excelencia sea el Código Civil y, en nuestros días, las reformas procesales penales y las innovaciones constitucionales en los derechos humanos. La regulación sobre las drogas no escapa a este fenómeno. Llama la atención, desde una mirada superficial, que el órgano que promueve el control de drogas, Naciones Unidas, sea al mismo tiempo quien promueva las libertades y los derechos de las personas. La historia del control internacional a través del derecho se origina en 1961, se perfecciona en 1988 y se actualiza el discurso en 2000; podríamos afirmar que va desde la creación del peligro de las drogas, pasando por el daño a la salud pública y acabando con la asociación de las drogas con el crimen

---

**395** Véase Eugenio Raúl Zaffaroni, “La legislación anti-droga latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritario”, en J. P. Morales Viteri y J. V. Paladines, edit., *op. cit.*

organizado y el terrorismo. Estas normas internacionales generaron leyes “hermanas” en toda la región.

Las leyes sobre drogas, y esto se puede apreciar en los distintos ensayos que abordan regulaciones nacionales de distintos países, tiene algunas coincidencias. En primer lugar son leyes especiales, en el más estricto sentido peyorativo que tiene la palabra “especial” en el derecho penal. Se establece un régimen de excepción al sistema penal ordinario que va en desmedro de garantías penales. En segundo lugar, se crean tipos penales abiertos que pretenden regular absolutamente toda actividad relacionada con las drogas ilegales, atentando contra el principio de legalidad y contra toda técnica legislativa;<sup>396</sup> no se miente si se afirma que la misma conducta podría estar encuadrada en más de tres tipos penales (tenencia, tráfico, asociación ilícita, venta...), lo que ha permitido una intolerable discrecionalidad que ha llevado —como siempre— a una arbitrariedad del uso del sistema penal. En tercer lugar, las penas han sido desproporcionadas en relación al bien jurídico lesionado (que —entre paréntesis— es difícil de encontrarlo) y en relación a otros delitos. No es difícil encontrar en cárceles de nuestros países pequeños traficantes o “mulas”, que se encuentran atrapados en el sistema penal de drogas por las mismas razones por las que estarían robando. Alguna vez uno de mis primeros clientes, que se encontraba por un gramo de cocaína que tenía en su talón, y a quien, con atenuantes, le pusieron 8 años de reclusión, me reclamaba diciendo que tiene la misma pena que su compañero de celda, que estaba preso por haber matado a una persona. Las leyes de drogas fueron pensadas en los grandes traficantes y en los carteles internacionales y fueron aplicadas a los traficantes minoristas y a los consumidores.<sup>397</sup>

En cuarto lugar, se crearon bienes jurídicos abstractos, como la salud pública, que no resistían el análisis desde el principio de lesividad.<sup>398</sup> En quinto lugar, se aumentaron las agravantes, que es una forma sutil de expandir el poder punitivo del estado. En sexto lugar, en términos procesales, se “pervirtieron” los procedimientos y se provocaron injusticias inaceptables, las leyes sospecharon de los operadores de justicia, en

---

**396** Véase J. Bustos Ramírez, “Análisis crítico y propuestas...”.

**397** Véase Elías Neuman, “La legalización de las drogas frente a los estereotipos y la victimización”, en J. P. Morales Viteri y J. V. Paladines, edit., *op. cit.*

**398** Véase Jorge Vicente Paladines, “La sociedad de riesgo en la dogmática penalizadora de drogas”, en J. P. Morales Viteri y J. V. Paladines, edit., *op. cit.*





particular de los jueces, y creyeron que los grandes traficantes a quienes se iba a juzgar iban a corromperlos, entonces se eliminó la libertad provisional por caución, se dispuso que todas las órdenes de libertad antes de ejecutarlas debían ser consultadas por el superior y se instituyó una práctica por la que se presumía la culpabilidad (*in dubio pro sociedad*) con el parte policial, que era prácticamente la sentencia. Los recursos de hábeas corpus, en los casos de drogas, se tornaron inadecuados e ineficaces. En cuanto a los consumidores, como se penalizó la tenencia y no se puede consumir sin tener droga, se presumió que eran traficantes y, en juicio con privación de libertad, debían probar que la droga la tenían para el consumo; es decir, sutilmente se penalizó el consumo. Se podría afirmar, como conclusión, que la regulación de drogas representó una involución al orden jurídico y, por tanto, una amenaza al estado constitucional de derecho.

Estos estándares internacionales para el control y represión de drogas se hicieron a espaldas de los estándares de derechos humanos que, paralelamente, se fueron desarrollando a nivel internacional y nacional. Lo que quiere decir que el régimen de excepción no solo fue en términos de leyes penales sino hasta de instrumentos internacionales.

El impacto de la regulación sobre las sustancias estupefacientes consideradas ilícitas podría ser evaluado como negativo. El énfasis en controlar y reprimir la oferta de drogas ilegales, que se concentra en los países del tercer mundo (y no en la demanda, que derivaría el control al primer mundo), ha generado mucho más problemas que el que pretende resolver: al crear nuevos tipos penales se crea nueva delincuencia, el sistema penal agudiza e incrementa los problemas, las formas de destruir los cultivos ilícitos destrazan el medio ambiente, el tráfico ilegal distorsiona los mercados locales y se hace trizas el tejido social; también se puede enunciar y cuantificar daños colaterales por la lucha contra las drogas: confusión de roles entre las fuerzas armadas y la policía, endurecimiento del aparato represivo del estado, restricción de libertades, inestabilidad política, debilitamiento de la capacidad decisiva del estado, falta de transparencia y rendición de cuentas.

En suma, a través de las políticas y regulaciones de drogas se genera un estado favorable a la violación de derechos. Un caso paradigmático en la región es Colombia, en donde encontramos en su máxima expresión la política y la guerra contra las drogas ilícitas; se sostiene que uno de los efectos es el desplazamiento forzado de más de tres millones de personas, que ha sido considerado por la Corte Constitucional de ese país como un

estado de “cosas inconstitucional”, al cerciorarse que hay una compleja violación a los derechos y a la Constitución por parte del estado, que se ha calificado como “populismo punitivo” y se ha evaluado como un fracaso de la política antidrogas.<sup>399</sup> Por otro lado, la ilegalidad al generar clandestinidad de una actividad humana, provoca corrupción, sobornos, acumulación de riquezas, armamentismo y, de parte del sistema penal, formas poco garantistas y transparentes, como la delación, los agentes encubiertos, la flexibilización del debido proceso.

En cuanto a la salud pública, efectivamente, al igual que el exceso de consumo de alcohol o de comida “chatarra”, el consumo de drogas podría generar un problema de salud pública y hay que abordarlo. Solo que hacerlo desde la perspectiva penal podría ser contraproducente y hasta absurdo. Contraproducente porque los consumidores son las víctimas y absurdo porque la adicción no se soluciona con una pena. De igual modo resulta absurdo despenalizar el consumo cuando toda la actividad para que se pueda consumir es penalizada, al final siempre acabará sancionándose al consumidor porque tiene que comprar (acto de comercio), tiene que poseer (tenencia ilícita) y tiene que llevarla al lugar donde consumiría (transporte). En suma, no se puede curar castigando ni castigar curando, las cifras demuestran el fracaso del uso de cárcel y además de su selectividad a las personas más débiles de la sociedad que, no casualmente, son las más pobres.<sup>400</sup> Nadie podría creer ya, si atiende a los datos, que la legislación de drogas protege la salud.

Ahora pensemos en la tenencia y el consumo de drogas. La ley de sustancias estupefacientes y psicotrópicas (en adelante “ley de drogas”) no es muy clara en cuanto a los consumidores. Por un lado, parecería que por no estar sujetos a detención, no se penaliza el consumo;<sup>401</sup> por otro lado, la ley considera que toda tenencia sin receta médica previa es un delito y grave.

---

**399** Véase Mauricio Martínez, “El fracaso de la política antidrogas y los conflictos institucionales que genera en Colombia”, en J. P. Morales Viteri y J. V. Paladines, edit., *op. cit.*

**400** Véase Massimo Pavarini, “Cárcel y droga en la política criminal”, en J. P. Morales Viteri y J. V. Paladines, edit., *op. cit.*

**401** Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, codificación 2004 (Ley de Drogas), Art. 30.- Prohibición de detención del usuario.- Ninguna persona será privada de su libertad por el hecho de parecer encontrarse bajo los efectos de sustancias sujetas a fiscalización.



Quienes sin autorización legal o despacho de receta médica previa, posean o tengan, con su consentimiento expreso o tácito, deducible de una o más circunstancias, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título, o que esté bajo su dependencia o control, serán sancionados con la pena de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales.<sup>402</sup>

El consumo no está penado pero la tenencia sí. Ocurre que no se puede consumir, si previamente no se tiene la droga. En términos temporales, soy delincuente antes de ingerir las sustancias y no soy delincuente después de consumirlas. En la realidad, sucede que las personas que son consumidoras pero que se las detuvo con droga tienen que demostrar procesalmente que esa droga la tenían para el consumo y no para la venta.

En estos casos tenemos serios problemas constitucionales. Se presume la culpabilidad y se debe demostrar la inocencia, lo cual invierte la carga de la prueba en contra del procesado. Además, si la persona no logra demostrar que es consumidora, aunque posea mínimas cantidades de droga, la pena es absolutamente desproporcionada. Tener, por ejemplo, un gramo de cocaína, aun si es para la venta, no se compadece con sanciones parecidas al asesinato.

Pero quizá donde mayores cuestionamientos podemos encontrar en el análisis del bien jurídico protegido y del principio de lesividad.

El objetivo de la ley de drogas es proteger a la comunidad de los peligros que dimanen de la producción, oferta, uso indebido y tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.<sup>403</sup> El principio de lesividad, también conocido como principio de reserva o de trascendencia a terceros, exige la existencia de un daño concreto. “El Estado no es un *pater familia* que deba estar preocupado por la excelencia moral de las acciones de sus ciudadanos; si estas solo tienen que ver con cada individuo, constituyen un asunto ligado a la moral”.<sup>404</sup> La Corte Constitucional Colombiana, en la

---

402 *Ibid.*, Art. 62.- Sanciones para la tenencia y posesión ilícitas.

403 *Ibid.*, Art. 1.

404 A. M. Binder, *Justicia penal y Estado...*, p. 155.

célebre sentencia sobre el consumo de drogas, ha sostenido que en un régimen jurídico que tiene una Constitución que establece principios democráticos, “a una persona no pueden castigarla por lo que posiblemente hará, sino por lo que efectivamente hace”.<sup>405</sup> El problema no es tener o consumir drogas, que no provoca daño alguno a nadie, sino cometer delitos, drogado o no, teniendo drogas o no.

En el consumo de drogas y en el enjuiciamiento penal por tenencia, se encuentra afectado el derecho a la igualdad y prohibición de la discriminación y al libre desarrollo de la personalidad.<sup>406</sup> En relación a la afectación que podría tener la comunidad por el consumo de drogas, el trato es discriminatorio porque el Estado interviene de forma distinta cuando se trata de sustancias que producen igual daño como el alcohol; en cuanto al desarrollo de la personalidad:

el considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que solo a la persona atañen, solo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen. Una vez que se ha optado por la libertad, no se la puede temer.<sup>407</sup>

Por todas estas razones, cuando de los hechos del caso (aún si no hay prueba procesalmente incorporada) se desprenda que una persona tiene droga para el consumo, no solo que el juzgador penal puede abstenerse de privar provisionalmente de la libertad a alguien, sino que podría también abstenerse de iniciar un juicio penal. De igual modo, en casos de tenencia de drogas el juez podría argumentar en contra de la aplicación de penas desproporcionadas en relación al bien jurídico protegido. Otra vez, los valores que priman son los de la Constitución y pueden ser diversos a los establecidos en la ley penal.

El reto es generar nuevos discursos, normativas e instituciones. El discurso tiene que centrarse en los derechos humanos. Una de las ideas es la de “reducción del daño”, que ha sido ya efectivamente implementada en

---

**405** CCC, Sentencia de Constitucionalidad C-221 de 1994, en Carlos Gaviria Díaz, *Sentencias...*, p. 10.

**406** CPE, Art. 23 (5) y Art. 23 (3).

**407** CCC, Sentencia de Constitucionalidad C-221, *op. cit.*, p. 15.



países como Holanda, que parte de la tutela de los derechos en lugar de la represión, en el que a las personas se les garantiza la posibilidad de elegir y, cuando tienen problemas, de protegerlos; con la batería de derechos se puede afrontar el tema: igualdad y no discriminación, educación, salud y hasta el buen vivir. En el aspecto normativo el desafío es la despenalización, que en las circunstancias actuales debe ser progresiva y la aplicación estricta del derecho constitucional en lo penal, aplicando principios tales como el de lesividad, debido proceso, necesidad, presunción de inocencia, defensa, in dubio pro reo, que excluirían el bien jurídico abstracto y la supuesta tutela penal de bienes difusos, como la salud pública.

Una reflexión final, basada en lo que sostiene el maestro Bustos sobre el problema de las drogas.<sup>408</sup> El profesor se pregunta si realmente es un problema. A veces, en algunas clases, suelo preguntar a los estudiantes si es que, legalizando las drogas, consumirían. La mayoría afirma que no y los pocos que consumen sostienen que seguirían haciéndolo. Cuando, en los mismos espacios, pregunto si alguien ha sentido inseguridad ciudadana, del mismo modo que los robos, en relación al tráfico de drogas. Todas las personas sostienen que no. El problema de las drogas realmente es un problema más ficticio que real. No tengo memoria —como sí he visto en Estados Unidos y en Europa— de caminar o cicular por las calles de Quito y ver personas drogadas (borrachas sí). El problema de las drogas es una construcción social, política y cultural. El profesor Bustos sostiene que este problema desvía la atención y aleja la preocupación social de problemas reales que tenemos en nuestros países. Nuestro problema real es la inequidad y la pobreza, la falta de satisfacción de los derechos sociales que se produce por una sociedad que concentra la riqueza en pocas manos. Los problemas que se consideran sociales y reales —afirma Bustos— integran las energías de las comunidades y los recursos para combatirlos. Esto sucede con las drogas. Tenemos inteligencia policial y militar, entrenamiento, equipamiento, cárceles abarrotadas con “mulas” y microtraficantes, noticias todos los días de los éxitos en los operativos militares, conferencias internacionales, acuerdos de cooperación, jueces y juezas temerosas, gente que cree que si no hay represión le van a vender drogas a nuestros hijos en las puertas de las escuelas... Sin embargo, toleramos a los pordioseros en las esquinas de las calles, somos indiferentes a la mortalidad infantil por falta de vacunas, nos quejamos

---

408 Véase J. Bustos Ramírez, “Análisis crítico y propuestas...”.

cuando se intenta cobrar más impuestos a quienes más tenemos (que es el mecanismo por excelencia para la distribución de riqueza). El problema de las drogas, al igual que la sobredimensión de la seguridad ciudadana focalizado en la criminalidad torpe, tiene una función enmascadora, que degrada la construcción de un estado constitucional de derechos y justicia y que incrementa la segregación social. Por eso, no tiene sentido la penalización de lo irrazonable.

## **¿Un nuevo derecho penal? Lineamientos para un derecho penal garantista e intercultural**

A lo largo de este libro hemos repasado el funcionamiento real del sistema penal, el discurso que puede corregir este funcionamiento y fortalecer el estado de derechos y justicia, y también, con ese bagaje teórico, hemos valorado al sistema penal ecuatoriano. A manera de conclusión, quisiéramos recoger las principales ideas y sintetizar las propuestas para un cambio de sistema, de modelo y hasta de estado, acorde con los derechos fundamentales y con el garantismo penal que en nuestro país debe ser intercultural. Si estamos ante una situación sistemática y generalizada de violación de derechos humanos, producida por una democracia viciada y discriminadora, es un imperativo cambiar el enfoque y el funcionamiento de la justicia penal. Erradicar la violencia del sistema penal es salvar vidas. Ya no se pueden tolerar más ejecuciones extrajudiciales, torturas, muertes por violencia al interior de las cárceles o por negligencia en la atención, encierros de jóvenes, degradación de personas al punto de determinarlas a cometer delitos. No se puede tolerar. Esta violencia puede ser evitada.

La reforma integral y profunda penal se impone, no solo desde el ámbito formal o dogmático, sino también en la forma como se ejerce el *potestas puniendi*.

Una primera reacción, inaceptable, es revertir la realidad en el sentido de hacer un sistema penal contra las personas mejor situadas o contra quienes han ejercido tradicionalmente el poder punitivo. Si de lo que se trata es de evitar el dolor producido por el mal funcionamiento de las instituciones sociales, nada más lejano que perpetuarlo en quienes no lo sienten. No se trata, desde la perspectiva del género, de que los hombres sean sometidos y discriminados; como tampoco se trata, desde una perspectiva biocéntrica, eliminar al ser humano por haber sido históricamente el principal depredador de la naturaleza. Tampoco, por



tanto, de que las personas en situación de ventaja social sean a quienes se someta penalmente. El sistema penal lo único que haría sería cambiar de víctimas, pero continuar siendo antidemocrático, discriminatorio, desproporcionado e injusto.

Otra reacción, también inaceptable, sería considerar que existe una causa de justificación, desde la dogmática penal, para quienes se encuentran dentro de las poblaciones vulnerables al actual funcionamiento del sistema penal y cometan actos violentos. Es decir, estamos contra la impunidad y a favor de una reacción social proporcional, útil y efectiva, que no provoque dolor innecesario.

Finalmente, tampoco se trata de afirmar que solo los pobres cometen infracciones, sino que, las cometen o no, son personas vulnerables de estar expuestas al sistema penal autoritario y discriminatorio que hemos descrito.

La sociedad, en particular las víctimas de actos violentos, tienen derecho a que el estado y la sociedad ofrezcan una respuesta que sea útil, reparadora y que prevenga la multiplicación y repetición de la violencia, dentro del marco constitucional.

El sistema penal debe reunir algunas características, que se derivan de la Constitución y del modelo de estado: debe ser transparente y producir información (verdad), necesariamente solo puede lograrse en la lógica de una democracia inclusiva que rompa con el espiral y círculo vicioso de la violencia, debe restaurar y ser excepcionalmente represivo, debe prevenir violencia y, finalmente, se ubica dentro de una organización social y política que practique y promueva la justicia social.

*La verdad y el sentido común.* Después de leer el libro de Irvin Waller, activista defensor de los derechos de las víctimas y un decidido combatiente del sistema represivo penal (de hecho su libro se llama *Menos represión, más seguridad*), me llamó mucho la atención, a lo largo de su investigación, su llamado a la verdad y al sentido común. Waller sostiene que el sistema represivo como está funcionando en la actualidad se basa en supuestos y en opiniones sin sustento fáctico que alteran el sentido común.<sup>409</sup>

---

409 I. Waller, *op. cit.*, p. 26, 72, 140, 155 y 166.

La verdad es la base del cambio y de la nueva forma de enfrentar el problema de la exclusión y de la violencia, y no es otra cosa que la producción y difusión de investigaciones objetivas sobre la realidad. Sin información no se pueden tomar decisiones. Toda la retórica en la que se basan los políticos y los medios de comunicación no tienen sustento científico ni teórico y tergiversa las percepciones sobre la dimensión y la solución de problema.

Si se tienen datos objetivos sobre el funcionamiento de la justicia penal, concluiríamos que el sistema penal refuerza la pobreza, multiplica la violencia, degrada a las personas procesadas y condenadas, invisibiliza y descuida a la víctima, sin duda, el sentido común diría que hay que cambiar de rumbo. Lo cierto es que, al momento, “carecemos de estadísticas confiables orientadas a la prevención secundaria y menos aún a la primaria”.<sup>410</sup>

*Ruptura del círculo vicioso.* Actualmente, ante el fenómeno delincencial y ante cualquier manifestación de violencia, el estado, las víctimas y los medios de comunicación exigen y responden con más violencia. Esto es como el incendio que quiere apagarse con gasolina o, como en la ópera Jolanta de Tchaikovski, persistir tercamente en que la mejor forma de enfrentarse al mundo es cerrando los ojos. Ante el delito, entra a funcionar el poder punitivo, que genera y reproduce las condiciones sociales y personales para seguir cometiendo delitos. Los delitos y la violencia delincencial son más graves; se pide y se contratan más policías, los legisladores aumentan los tipos penales y endurecen las penas, se construyen más cárceles y estas se hacinan. Luego, la espiral continúa, más pobreza, más violencia, más delitos, más policías, más presos, más cárcel...<sup>411</sup> En suma, más muertes y más violaciones a los derechos humanos.

Durante los últimos trescientos años de uso del sistema penal represivo, no ha disminuido un ápice la violencia. Todos los estudios concluyen que el aumento de penas no impacta en la reducción de la criminalidad.<sup>412</sup> A pesar de ser rentable política y económicamente para

---

410 E. R. Zaffaroni, “Consideraciones acerca...”, p. 110.

411 E. Carranza, “Criminalidad, política...”, p. 121; E. Carranza, “Sobrepoblación penitenciaria...”, en E. Carranza, coord., *Justicia penal y...*, p. 34.

412 I. Waller, *op. cit.*, p. 29, 41, 53 y 102.





algunos minúsculos grupos que viven de esta justicia penal tal como la conocemos ahora, mantener un sistema de control social basado exclusivamente en el encierro, es una necesidad sin nombre.

Las altas cifras de aumento de la población carcelaria no significan mayor eficacia de la lucha contra el delito sino más bien “constituye frecuentemente un indicador de la ruptura del sentido de los valores comunitarios de una sociedad”.<sup>413</sup>

Por todas las razones expuestas en este libro, urge romper el círculo vicioso que ha sido una característica del estado moderno y de la historia contemporánea.

*Democracia inclusiva.* Hay que reunir varias condiciones para el cambio de modelo. Una de ellas requiere una democracia sustancial, que implica ciudadanos críticos, responsables y participativos. Una democracia más extensa, que no abarque solo el ámbito de lo político sino también el administrativo y jurídico<sup>414</sup> que es donde se mueve la arbitrariedad que viola derechos en el ámbito penal.

Esta democracia tiene que ser inclusiva, en el sentido de tomar seriamente el principio de participación e interés. Y esto no es nada fácil. Como advierte Santos, “sin lugar a dudas, los incluidos acatarán con resistencias la degradación de su inclusión como condición para la inclusión de los excluidos”.<sup>415</sup> Se esgrimirán los clásicos argumentos de que la exclusión es excepcional y de que la culpa la tienen precisamente los excluidos.

Cumplidos los supuestos de una democracia deliberativa, es de suponer que la ley penal sería necesariamente diferente.

*Excepcionalmente represivo.* Entendemos “represión” como uso de encierro o la amenaza del encierro como mecanismo de exclusión social, que es una medida extrema y a primera vista irracional. Una consecuencia obvia, después de haber analizado los efectos del funcionamiento

---

413 L. Larrandart, “Política criminal...”, p. 164.

414 Boaventura de Sousa Santos, *Democracia y participación: El ejemplo del presupuesto participativo*, Quito, FES-ILDIS / Abya-Yala, p. 139.

415 *Ibid.*, p. 135.

represivo del sistema penal, de constatar su inutilidad y de concluir su inconstitucionalidad, es que debemos alejarnos del paradigma represivo. Resulta fácil decirlo pero en la práctica es sumamente difícil. Pero no por difícil hay que dejar de predicarlo, particularmente cuando a esta conclusión acompañan evidencias científicas y razones jurídicas.

Pero ¿se justifica en algún caso? Gargarella ejemplifica la inutilidad del encierro en un caso que considera extremo, relacionado al enjuiciamiento penal y el correspondiente encierro de algunos de los dirigentes de la organización ETA. En este caso, el uso del sistema penal promovió la simpatía de jóvenes afines a los ideales de la organización y a acciones de lucha en la calle contra un estado que se consideró ilegítimo y opresor. Al final concluye que es injustificable y que los problemas graves hay que resolverlos con la intervención de todos.<sup>416</sup>

En el caso en mención, no existían vínculos directos entre la dirigencia del grupo armado y acciones violentas que ocasionen daños tangibles. Creo que si las reacciones y el análisis fuesen distintos, si es que se hubiesen detenido y juzgado a las personas que pusieron una bomba que hubiese ocasionado decenas de muertos en una vía pública. ¿Qué hacer con aquella persona que cree decididamente —y a pesar de cualquier intervención social— en la violencia? ¿Qué respuesta debe darse en los casos de responsables de genocidio, delitos de lesa humanidad o criminales de guerra? ¿Qué se puede hacer con una persona psicópata, que es responsable de asesinatos o violaciones en serie?

La explicación a estos casos no se encuentra en las deficiencias de la democracia, la exclusión o la marginalidad, como sucede en la mayoría de nuestros usuales habitantes de nuestras cárceles.

Me atrevo a pensar que en estos casos, que algunas personas llaman el núcleo duro del derecho penal, el sistema represivo debe persistir, pero bajo tres condiciones: Debe ser absolutamente excepcional. Las personas encerradas por estos hechos seguramente no son ni el 1% de nuestra población carcelaria. Debe demostrarse que el uso del sistema penal genera menos violencia de la que se produciría si no intervendría; sin el encierro, por ejemplo, la persona acusada de un genocidio, moriría a manos de sus víctimas sobrevivientes. En segundo lugar, las personas

---

416 R. Gargarella, *De la injusticia penal...*, p. 242.



deben ser juzgadas en estricto apego a sus derechos (garantías debido proceso y ser juzgada por un juez independiente e imparcial). Finalmente, las condiciones de vida durante el encierro deben ser dignas y estar sujetas a control judicial.

*Justicia social como forma de prevención de delitos.* En el sistema de justicia de Rawls, el trato diferenciado solo se justifica cuando está destinado a favorecer a los menos aventajados de la sociedad.<sup>417</sup> Y esto vale tanto para los pobres de nuestra sociedad como para los pobres del sistema penal. La protección del más vulnerable y la promoción de su dignidad admite mayores cargas a las personas más privilegiadas. Una sociedad que distribuye inequitativamente recursos y oportunidades no es constitucional, democrática ni justa.

A estas personas vulnerables, que actualmente son las usuarias del sistema penal, las identificamos mediante la institución denominada reincidencia. La reincidencia en los sistemas represivos es una causal para agravar las penas y justificar un uso intensivo del sistema penal. La política del *three strikes out*<sup>418</sup> o de las “ventanas rotas” o “cero tolerancia”, que focalizaba la represión en los delitos menores y en la delincuencia juvenil, han demostrado su fracaso total para disminuir la delincuencia y la violencia.<sup>419</sup> Desde la perspectiva preventiva, la reincidencia demuestra el fracaso del sistema represivo y fortalece el círculo vicioso de la violencia. “Enfrentar la violencia con más violencia no resuelve el problema, por el contrario, más temprano que tarde la incrementa...”<sup>420</sup>

En un estudio realizado por la Facultad de Salud Pública de Harvard en Chicago, en el que se hizo seguimiento a 7.000 niños y jóvenes durante 8 años, se observó el desarrollo de factores que predisponen a algunas personas a la violencia. Los adolescentes que reinciden, en general, provienen de un núcleo familiar negativo caracterizado por la pobreza y por una vivienda inadecuada, de un sistema educativo inconsistente, descuidado y violento, de la vivencia de una cultura de violencia en la televisión y el barrio, de ser hijos de padres desempleados o con ingresos

---

417 R. Gargarella, *Las teorías de la justicia...*, p. 39.

418 M. T. Castiñeira y R. Ragués, “*Three Strikes...*”, p. 189.

419 I. Waller, *op. cit.*, p. 105; M. B. Durá, *op. cit.*, p. 152; F. Carrión, J. Pontón y B. Armijos, *op. cit.*, p. 117.

420 F. Carrión, J. Pontón y B. Armijos, *op. cit.*, p. 14.

limitados.<sup>421</sup> Estos problemas, efectivamente, se solucionan con inversión en educación, salud, vivienda, trabajo. Es decir, la inversión en derechos sociales es la única forma de combatir la pobreza y la violencia. Se requieren escuelas y centros de salud en lugar de cárceles. Los niños y niñas que estudian y acaban la universidad tienen más probabilidades de conseguir trabajo y de integrarse positivamente en la sociedad.<sup>422</sup> Waller sostiene que invertir en prevención reduce un 60% la violencia y cuesta mil dólares por familia; en cambio, la represión aumenta la violencia y cuesta 13.500 dólares por familia.<sup>423</sup> ¿Por qué persistir en el encierro que provoca exactamente lo contrario, si es caro, inútil y pervierte a la persona?

La justicia social, que se manifiesta en la garantía de los derechos sociales y la distribución equitativa de la riqueza y de los chances sociales, es parte de la solución. En el siguiente acápite se pueden apreciar ejemplos de políticas sociales utilizadas en lugar de políticas de represión penal.

*La prevención.* Waller analiza los lugares donde se ha incrementado y reducido la violencia. En los primeros, se ataca a las personas y se utiliza la justicia represiva para combatir la violencia y se aumentan el número de policías, abogados, jueces y cárceles. En los segundos, en cambio, se ataca a la violencia y se trata con las personas, que son elementos propios de la justicia restauradora, y aumentan el número de profesores, trabajadores sociales, psicólogos, médicos. Como ejemplos de los segundos, Waller menciona a la ciudad de Bogotá (en las alcaldías de Bromberg, Peñalosa y Mockus), que establecieron un órgano de prevención de la violencia, que recomendaba soluciones en función de factores de riesgo, tales como control de alcohol, droga, retiro de armas, asistencia a víctimas. Solucionaron los problemas identificados.<sup>424</sup> Diez ciudades francesas constituyeron un Consejo para prevenir la delincuencia y abordar asuntos como el vandalismo y los saqueos frecuentes por parte de migrantes. Después de un diagnóstico, se discutieron las soluciones en asambleas abiertas al público. En el diagnóstico se descubrió que los castigos penales no reducían la violencia. Las agencias de estado trabajaron juntas para ejecutar el plan social y se redujo la violencia.<sup>425</sup>

---

421 I. Waller, *op. cit.*, p. 53.

422 *Ibid.*, p. 57.

423 *Ibid.*, p. 63.

424 *Ibid.*, p. 148.

425 *Ibid.*, p. 140.



La Federación de Municipios Canadienses encontró que las causas de un tipo de violencia eran la pobreza, el desempleo, la falta de vivienda, el crecimiento de grupos marginales por falta de oportunidades, la desintegración familiar y de las comunidades, el abuso de drogas. Las recomendaciones que hicieron los municipios, con la participación ciudadana, no fue reprimir a las comunidades donde se producía la violencia. Al contrario, se invirtió en atención temprana a niños, los jóvenes tuvieron programas de atención educativa, los empleadores debían ofrecer oportunidades de empleo a los jóvenes, los municipios combatieron la violencia doméstica por medio de oficinas especializadas, los agentes de represión fueron capacitados para promover la solución de conflictos.<sup>426</sup> Planes parecidos fueron acogidos y reproducidos por algunas ciudades norteamericanas, tales como Fort Worth, San Antonio, Austin, Arlington.

Birmingham, la ciudad más grande de Inglaterra y Gales, en 2004, ganó el premio de prevención europeo del delito. Lo que hizo la ciudad fue reducir de modo significativo el asalto y robo en ocho barrios de alta criminalidad. La ciudad, con participación ciudadana, determinó ocho problemas y actuó. Las políticas se dirigieron hacia la infancia temprana, los jóvenes, a quienes se les entrenó para el trabajo, el desarrollo de su creatividad, y el fortalecimiento de sus vínculos familiares.<sup>427</sup>

Al final, una profunda y significativa reforma penal solo tendrá sentido en el contexto de una reforma social. Solo la distribución de riqueza, recursos, oportunidades, chances sociales puede alterar nuestra realidad de exclusión y de violencia.<sup>428</sup>

*Un estado garantista.* Rol del legislador: un parlamento, en un régimen democrático constitucional de derecho, tiene algunos imperativos: descriminalizar tipos penales, abstenerse de regular algunas conductas, penalizar algunas otras conductas.

El Código Penal y otras leyes que tienen sanciones penales, como la ley de drogas, deben leerse en clave constitucional y, desde esta lectura, deben dejar de existir múltiples tipos penales, ya porque no tienen bien jurídico tutelados, porque no existe lesividad, porque son desproporcionadas

---

<sup>426</sup> *Ibid.*, p. 142.

<sup>427</sup> *Ibid.*, p. 147.

<sup>428</sup> D. Cole, *No equal justice...*, p. 183.

las penas, porque en lugar de promover un derecho lo están reprimiendo. Por ejemplo, la tenencia de drogas para el consumo, la sustracción de bienes bagatela, el jugar carnaval, la vagancia y la mendicidad. La justicia penal no debería tolerar normas inconstitucionales. Si el legislador quiere legitimarse en su función, debe actualizar el catálogo de las penas, además si no quiere que el juez constitucional le llame la atención al declarar inconstitucionalidades de leyes inadecuadas.

El estado, por el principio de inmunidad, no debe entrometerse de ninguna manera y peor en términos penales, cuando las personas realizan acciones que tienen que ver con el libre desarrollo de la personalidad, la libertad y la autonomía personal. No se puede, a pretexto de moral pública, seguridad, orden, salud pública, interferir en los proyectos de vida de las personas. Recordemos que el derecho solo regula relaciones interpersonales.

El legislador, finalmente, tiene que tipificar conductas humanas que sean consideradas muy graves y no pueda aplicarse el principio de subsidiaridad. Estos casos están contemplados con claridad en el Derecho Penal Internacional. No puede dejarse de tipificar, por ejemplo, la tortura, el genocidio, las ejecuciones extrajudiciales, el apartheid, el esclavismo, las detenciones arbitrarias, los crímenes de guerra.

Por su lado, los juzgadores penales, como cualquier autoridad pública, tienen la obligación de observar y aplicar la Constitución. Sin embargo, el poder de control constitucional tiene que ser usado con cautela. El juzgador penal no reemplaza a la Asamblea Nacional ni lo podrá hacer, pero en casos concretos, como se ha intentado demostrar en este ensayo, el resultado de la aplicación de los tipos penales puede acarrear resultados injustos por violar derechos y principios constitucionales.

La única forma de garantizar que la inaplicación de la ley penal no sea arbitraria es a través de la ponderación y de la argumentación jurídica. Si el juez no pondera ni argumenta, el fallo inevitablemente violará el debido proceso, por falta de motivación, y la seguridad jurídica.

El constitucionalismo no ha sido considerado aún de forma seria y consistente en la academia ni tampoco en la función judicial. El juzgador, en general, y el penal, en particular, no son solo garantes de la ley y están sujetos irracionalmente al principio de legalidad. Los jueces son garantes de los derechos de las personas que están reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Esa garantía



significa que pueden y deben controlar los abusos que, a veces, se producen por las mayorías que deciden en contra de principios.<sup>429</sup>

Los jueces pueden y deben corregir los excesos de los otros poderes del estado y esos excesos son, a veces, exagerados en cuanto al uso del *potestas puniendi*. A mayor poder del estado, como es el caso del derecho penal, mayor control judicial.

*La legitimidad del derecho y el estado.* En uno de los últimos ensayos publicados por Ferrajoli,<sup>430</sup> el jurista sostiene que el derecho solo tendrá legitimidad si evita el dolor. Agregando a este concepto, se podría considerar que, además, es llamado a favorecer la integración comunitaria.<sup>431</sup> Como hemos visto, el derecho penal como está configurado actualmente hace exactamente lo contrario: aumenta el dolor y favorece a la exclusión. Creo que la conclusión obvia es que el derecho penal y el estado represivo son ilegítimos y deben enrumbarse hacia la construcción de su legitimidad.

Revertir el sistema social inequitativo y excluyente es sumamente difícil, como difícil también es plantear una reforma penal sensata y profunda. Pero la dificultad no nos excusa para proponerlo e intentarlo implantar. Otra sociedad y otro derecho penal tienen que ser posibles.

## Características del derecho penal constitucionalizado

La resistencia y la lucha por un derecho penal basado en un discurso de derechos humanos emancipador son arduas y actúa en contracorriente a los medios de comunicación, cultura violenta y sentido común. Este derecho penal debe tener algunas características: 1. integral: debe verse como un sistema holístico y se debe regular tanto el derecho sustantivo, adjetivo como ejecutivo penal. 2. Interdisciplinario: el modelo debe ser integrado entre las ciencias, no se debe separar la dogmática, de la

---

**429** El ejemplo claro de una mayoría del Congreso que haya aprobado reformas procesales en contra de la CPE, es la famosa institución denominada “detención en firme”, que limitaba y, a ratos, imposibilitaba el ejercicio al derecho a ser juzgado en un plazo razonable (caducidad de la privación de libertad provisional), que consta en el Art. 24 (8) de la CPE.

**430** L. Ferrajoli, “La crisis del paradigma...”, p. 145.

**431** I. F. Tedesco, “Hacia la civilización...”, p. 572.

criminología (ciencias sociales y políticas) y del análisis multicultural; por tanto, debe ser interdisciplinario. 3. Reparador: el derecho penal debe ser coherente con el programa constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, en este sentido debe ser un derecho penal mínimo y restaurador, que no debe perder de vista la abolición de la privación de libertad como forma de abordar un conflicto social y para ello no debe descansar en denunciar su inutilidad social y su potencial destructor de vidas humanas. 4. Intercultural: el derecho penal debe nutrirse e inspirarse, por el principio de interculturalidad, en el derecho y las prácticas indígenas.

## Derecho penal integral

Una de las razones de la permanencia del sistema penal es precisamente no verlo como un sistema. Las facultades de derecho lo analizan desde sus tres componentes como si fueran entidades autónomas y, de hecho, así funcionan. El sustantivo penal tiene su dogmática penal, el adjetivo es meramente instrumental y el ejecutivo, el más marginal, ni siquiera merece análisis. Lo curioso es que un jurista que se considera penalista no es procesalista y ni uno ni otro es ejecutivista. La ciencia del derecho y las agencias de gobierno no llegan a establecer los vínculos entre estas tres ramas del derecho penal. Un primer esfuerzo debe llevar a pensar en todos los componentes del derecho penal como un sistema global, buscar sus interrelaciones y analizar sus inconsistencias. El fracaso de uno de los componentes compromete a los otros dos subsistemas. Si se considera, por ejemplo, que la ejecución penal ha fracasado en toda la región —y esto se puede medir con la simple constatación de los índices de reincidencia— no se debería fortalecer la eficiencia procesal o el perfeccionamiento de la dogmática penal. Como constata el profesor Zaffaroni: “Si bien con frecuencia se declara la necesidad de legislar las materias procesal y ejecutiva cuando se sanciona un nuevo código penal, con pareja frecuencia esta declaración asume el carácter de un elemento histórico y queda reducida a una buena expresión de deseos, con el consiguiente fracaso del código sancionado”.<sup>432</sup> Si se analizaría integralmente el sistema, el camino hacia su minimización sería más viable porque respondería a un esfuerzo mancomunado de estructuración.

---

432 E. R. Zaffaroni, “Presentación del anteproyecto...”.





## Derecho penal interdisciplinario

El derecho penal no solo está compartimentalizado entre sí, sino también que está aislado. El derecho penal está dividido y solo. La herencia de un derecho “puro” se manifiesta en la separación entre la ciencia jurídica y otras ciencias sociales. El positivismo jurídico produjo una teoría en la que separaba conceptual y metodológicamente al derecho de otras ciencias e incluso de la moral. Si bien consiguió elevar al derecho a categoría de ciencia y subir la autoestima de quienes la cultivamos, también logró una ciencia autorreferencial, que se basta a sí misma y que no requiere para su comprensión y reproducción de otras ciencias. No es casual, entonces, que el objeto de estudio sea la ley penal y que el método de aproximación sea el exegético. El problema de este enfoque es que la realidad, que supuestamente es donde la ley despliega sus (d)efectos, no es motivo de análisis en la enseñanza del derecho, en la preparación de propuestas normativas ni en la aplicación por parte de abogados y abogadas. La brecha entre la ley y la realidad es enorme. Por una parte, la ley y los profundos tratados de dogmática penal tienen niveles incomprensibles de abstracción, en los que se ejemplifican los detalles más minuciosos y exquisitos de la interpretación de la ley. Por otra parte, la realidad no se compadece con postulado alguno de la ley: la ley se aplica selectivamente contra los más pobres, los plazos procesales no se cumplen, la dogmática no cuenta para determinación de una pena, la ejecución penal es un espacio de violencia y corrupción. Si el derecho penal comprendería a la realidad de su (in)aplicación, las leyes tendrían otro contenido y la realidad posiblemente podría ser modificada.

El profesor Alessandro Baratta abogaba, ya a finales del siglo pasado, por la creación de un modelo integrado para el análisis del derecho penal.<sup>433</sup> En el modelo, el análisis de la ley no podría ser separado de las ciencias penales, sociales y políticas. Baratta sostenía que el estudio del derecho penal debía estar estrechamente ligado a la criminología crítica y, por su intermedio, a las ciencias sociales. Para afirmar que el derecho penal es un instrumento de poder que tiene impacto en la perpetuación de sociedades intrínsecamente excluyentes y que fomenta la violencia, requerimos de otros objetos de estudio y otros métodos de investigación. En primer lugar, la sociología nos diría que requerimos analizar la realidad

---

433 A. Baratta, “Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social”, en *Criminología y sistema...*, p. 168-198.

carcelaria y el fenómeno de la estigmatización efectuada por la criminalización secundaria. En las cárceles encontramos a las personas más débiles y vulnerables de la sociedad, y que representan a grupos humanos contrarios totalmente al *optimo iure*: pobre, afrodescendiente, analfabeto, desempleado. En segundo lugar, la ciencia política nos evidenciaría que el derecho penal es un instrumento de poder, quizás el más efectivo en términos simbólicos, para mantener una sociedad sustentada en la desigualdad. Finalmente, la filosofía tendría un reto enorme en intentar fundamentar la legitimidad del derecho penal, que es harto abstracta y poco satisfactoria, en sociedades excluyentes.<sup>434</sup> Solo mirando la realidad objetivamente se podrá nutrir al sentido común de nuevos elementos para modificar y transformar al sistema penal.

## Derecho penal reparador

El derecho penal ha sido represivo por esencia. Los modelos de derecho penal han propugnado el aumento de la capacidad represiva del estado, su limitación o su abolición. La abolición propugna la eliminación del poder punitivo y afirma la posibilidad de afrontar los conflictos sociales derivados de los hechos delictivos mediante formas no violentas. Esta posibilidad parecería no tener viabilidad política en los actuales momentos y requerir una sociedad distinta, al menos en valores y apreciaciones sobre los hechos violentos, aunque desde la perspectiva intercultural se demuestre lo contrario. La promoción y aumento del poder punitivo responde a un modelo autoritario de estado, que no compartimos, como hemos venido sosteniendo. Finalmente, la limitación del poder punitivo por medio de los derechos y del derecho penal mínimo, mediante la distinción de las formas de abordar los conflictos sociales. Los conflictos seleccionados para ser canalizados por el derecho penal, por los efectos que produce, deberían ser muy pocos, con el único objeto de evitar la venganza y la desproporción de las penas privadas.

Los conflictos, que ahora son catalogados como solucionables, se abordarían por intermedio del derecho constitucional, civil o administrativo. De esta forma, el poder punitivo tendría una esfera de aplicación mínima necesaria. Entre los conflictos solucionables sin la represión estarían todos aquellos derivados de la propiedad privada, bajo la premisa de que son

---

<sup>434</sup> Véase Roberto Gargarella, "La coerción penal en contextos de injusta desigualdad", ensayo compartido por el autor.



derechos disponibles y condicionantes que no compiten con la libertad de movimiento que, en sociedades democráticas, deberían tener un valor superior. Sin embargo, en sociedades liberales-capitalistas, la remisión de los delitos contra la propiedad al derecho civil, al igual como otros delitos tales como los económicos o de drogas, parecería inviable.

Un camino intermedio entre abolicionismo y derecho penal mínimo sería la introducción en el derecho penal de la justicia restauradora o civilizadora.<sup>435</sup> La justicia restauradora consiste en buscar soluciones a los conflictos sociales seleccionados por el derecho penal sin recurrir a la privación de libertad, prestando atención al daño ocasionado a la víctima por el delito. El objetivo del derecho penal ya no sería exclusivamente la imposición de una pena privativa de libertad sino también, y a veces exclusivamente, la reparación del daño. Nada impediría que un acuerdo reparatorio entre víctima y victimario constituya una forma de pena. En términos prácticos, si no es posible políticamente derivar un conflicto penal al derecho civil, lo más práctico sería traer el derecho civil al derecho penal. El objetivo es claro: disminuir el potencial de dolor que genera el puro derecho penal represivo.

El abolicionismo penal, como ninguna otra perspectiva jurídica que ha abordado el funcionamiento del sistema penal, ha aportado con información sobre la realidad penitenciaria y sus consecuencias. El fundamento fáctico aportado por el abolicionismo para demostrar la inutilidad y perversidad del sistema represivo penal, sirve también para sustentar la inclusión de la justicia restauradora y de penas no privativas de libertad. Esto del lado de la persona que ha entrado, como responsable o presunto responsable, al sistema penal.

Si pensamos en la víctima de un delito, la perspectiva de un derecho penal restaurador también tiene sentido. La víctima tendría una respuesta estatal adecuada al daño producido por el hecho delictivo. El derecho a la reparación integral podría ser reclamado en juicio penal y sin mayores formalidades. Desde esta perspectiva, la pena sería útil para las partes en conflicto. El estado de a poco devolvería el protagonismo del conflicto social a las personas que lo vivieron.

---

435 I. F. Tedesco, "Hacia la civilización...", p. 589-590.

¿Contaminación del derecho penal con el derecho civil? Para algunas personas dogmáticas, el derecho penal se estaría desnaturalizando y se estarían mezclando dos esferas del derecho que no pueden relacionarse, porque la penal responde a la lógica del derecho público y la otra a la esfera del derecho privado. Sin embargo, la integración del derecho, gracias a la influencia del derecho constitucional y de los derechos humanos, cada vez es más evidente. Por un lado, las relaciones que antes se consideraban exclusivamente privadas han pasado a la esfera pública (violencia doméstica, restricción de la libertad de empresa por cuestiones de derechos de consumidor o ambiental), y la esfera pública se ha privatizado con la expansión del régimen neoliberal (sistema de vigilancia privada, por ejemplo). Nada extraño, entonces, en la interrelación de las áreas del derecho siempre que conlleven un fin instrumental: el abordamiento más adecuado y menos violento de los conflictos sociales.

Los estados constitucionales tienen proyectos utópicos insertos en las partes dogmáticas de sus cartas políticas. La realización de los derechos humanos son prácticamente imposibles de cumplir y el germen de ilegitimación de los propios estados se encuentra en sus constituciones. El derecho a la libertad, a la tutela efectiva y a la seguridad se encuentra en la misma constitución y manifiestan tensiones en su realización. En términos también utópicos, la mejor forma de respetar los tres derechos es mediante la supresión progresiva de la respuesta penal al conflicto social.

Una sociedad, como cualquiera de las nuestras, que usa intensivamente el sistema penal, profundiza las brechas entre las clases sociales. En general, nuestros sistemas judiciales son adversariales, que son procedimientos que se parecen mucho a una guerra judicial, en la que intervienen dos partes opuestas y que son literalmente enemigas. La solución, que se manifiesta en una sentencia, lo que hace es acrecentar la distancia entre las dos partes en conflicto, dando la razón a una de ellas. Cuando —como sucede en el derecho penal— además una de las partes está en profunda desventaja, la intervención penal lo que genera es una gran desconfianza: “No confío en ninguna autoridad de las que me he relacionado, porque para ellos yo soy un delincuente y ellos para mí unos funcionarios...”<sup>436</sup> Esta desconfianza es diferente a las de las víctimas, que, en cambio son ignoradas en su dolor y la respuesta que reciben suele ser la impunidad. Por cualquier razón, lo cierto es que nadie confía en el

---

436 A. Ramm, *op. cit.*, p. 21.



sistema penal y las pocas respuestas que ofrece son siempre dentro de la lógica “todo o nada” (ganar-perder). Por ello, el juicio debe ser un lugar de encuentro y de deliberación; para lograrlo, hay que devolver a la víctima y a la comunidad la capacidad para resolver sus problemas; lo que implica que la justicia debe ser restauradora.

La devolución del conflicto a la víctima y a la comunidad: proceso penal y sentencia lugar de encuentro

Definitivamente hay que devolver a la víctima su protagonismo y su capacidad para resolver conflictos.<sup>437</sup> Según Zaffaroni, es necesario manifestar la esperanza de que el tercer milenio repare la confiscación del conflicto y “sea el milenio de la desaparición del sistema penal, reemplazado por mecanismos efectivos de solución de conflictos y no por ilusiones que encubren un ejercicio de poder verticalizador, autoritario y corporativo”,<sup>438</sup> que impide la entrada de la realidad.<sup>439</sup> Por ello, “se trata de encontrar soluciones que, dejando de lado la venganza o reduciéndola en la medida de lo posible, procuren involucrar a los lesionados y repararlos, volver a la víctima, tomarla en cuenta como persona y no como mero dato sobre el cual justificar la represión sin sentido ni objeto, buscar soluciones restaurativas, conciliatorias, terapéuticas, que contribuyan a restablecer el debilitado tejido social de nuestras sociedades...”<sup>440</sup>

¿Si las víctimas tuviesen las condiciones y la capacidad para intervenir activamente en la resolución de su conflicto, qué demandarían? A primera vista, se creería que lo que quieren es que la persona esté encerrada y de alguna manera inutilizada socialmente. En el fondo, lo que realmente queremos las víctimas es no ser víctimas de más violencia y que nos reparen el daño sufrido. La primera solución la brinda el sistema tradicional; la segunda, más adecuada con el sentido común, requiere lo que Gargarella denomina proceso “comunicativo”, que es de doble vía, “en donde una parte procura activamente involucrarse con la otra apelando a su razón (y no, por ejemplo, a la extorsión por el miedo)”.<sup>441</sup> En este

---

437 Jorge Paladines, “¿Fiscal General o General Fiscal?”, en Santiago Andrade y otros, *La transformación de la justicia*, Quito, MJDHC, 2008, p. 272.

438 Eugenio Raúl Zaffaroni, *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, Caracas, Monte Ávila, 1993, p. 41.

439 *Ibid.*, p. 105.

440 E. R. Zaffaroni, “Consideraciones acerca...”, p. 110.

441 R. Gargarella, *De la injusticia penal...*, p. 122.

proceso hay escucha activa de ambas partes, genuino interés por entender la conducta, la reacción y los sentimientos de la otra persona en conflicto. El proceso se torna en un espacio deliberativo. La sentencia no estará predeterminada en la ley (8 a 12 años de reclusión) sino que dependerá de los hechos, de las normas y de los partícipes.

Por otro lado, el proceso penal se tornaría en un lugar de encuentro, que no existe en nuestras sociedades complejas ni aún en los parlamentos, entre dos grupos humanos que no están habituados a dialogar. El conflicto penal sería una oportunidad para apreciar las percepciones y romper los estereotipos, que son tan frecuentes en el sistema penal. Uno de los partícipes sin duda reprocharía pero, con el diálogo, seguramente justificaría o al menos se explicaría la conducta violenta; el otro partícipe se disculparía y muy posiblemente enmendaría su conducta. El ofensor no sería tratado como un enemigo y seguramente encontraría más de una razón para respetar el derecho.<sup>442</sup>

Cuando uno lee cualquiera de las famosas historias de criminales, del tipo Jean Valjean de *Los Miserables*, Raskolnikov de *Crimen y Castigo*, o Perry Smith de *A Sangre Fría*, nos repugna en una primera instancia su crimen, pero cuando nos adentramos en todas las circunstancias (y no solo en el hecho penal como lo hace la dogmática penal) no solo que comprendemos al responsable sino que hasta nos despierta algo parecido a la compasión. Perry, condenado a pena de muerte y ejecutado por el asesinato de una familia campesina apreciada en su comunidad, por ejemplo, fue una persona que durante toda su vida, de parte de quienes ejercían autoridad social, recibió desprecio y violencia (de la madre alcohólica, del padre maltratante, de la monja que le bañaba en agua fría cuando a media noche se orinaba en la cama, y qué decir de las autoridades carcelarias desde que era adolescente y de sus compañeros de escuela y celda).<sup>443</sup> Sin duda, un primer proceso comunicativo por sus primeras infracciones penales, hubiese significado darle a Perry una oportunidad que nunca tuvo en la vida.

El derecho penal es represivo y focalizado en el delincuente. Este modelo no nos conduce a nada. En los últimos años, en particular desde la segunda mitad del siglo pasado, se ha desarrollado un derecho que se

---

442 *Ibid.*, p. 129.

443 Truman Capote, *In cold blood*, Nueva York, Vintage, 1993, p. 93, 132, 134 y 137.



concentra en la víctima y que pretende reparar el daño. Este derecho es el constitucional, y tiene una fuerte influencia de los mecanismos de protección de los derechos humanos desarrollados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por otro lado, ancestralmente, las comunidades indígenas han venido practicando lo que se conoce como “justicia restauradora”, que se basa en los mismos principios.

El derecho reparador se caracteriza, además de lo dicho, por considerar que todos los participantes en la resolución del conflicto son miembros de una comunidad y están interesados en erradicar la violencia (porque a todos perjudica) y no en perpetuarla. La autoridad es un facilitador del diálogo, no siempre fácil cuando se trata de violencia, entre los protagonistas del conflicto. El proceso, al igual que la sentencia, son mecanismos de encuentro y conciliación. La pena no es excluyente ni dolorosa, sino más bien incluye y repara. La reparación es integral, puede ser tan simple como el mero reconocimiento del daño y las disculpas, o tan compleja que implica múltiples actividades en el tiempo para enmendar el daño. El sistema no generaría injusticias mayores de las que genera el delito sino que estaría comprometido con la inclusión y la justicia social. Esto no se logrará, por supuesto, con más policías, jueces, fiscales cárceles, sino con un buen número de profesionales que promuevan la salud, la educación, la cultura, el restablecimiento emocional. De ahí que el protagonismo de la justicia penal no estaría en el fiscal sino en las autoridades civiles, con capacidad de decidir sobre planes y recursos públicos, como alcaldes, ministros y otros funcionarios de la política. Lo que se pretende, en suma, es “buscar posibilidades para reparar en el futuro, en lugar de castigar por el pasado [...] y lograr que tanto la víctima, el victimario y la comunidad participen en la búsqueda de soluciones [...]. Así se puede lograr la reconciliación de las partes y el fortalecimiento del sentido de comunidad”.<sup>444</sup>

En el siguiente cuadro se resumen los postulados de un derecho penal restaurador:

---

444 F. Carrión, J. Pontón y B. Armijos, *op. cit.*, p. 53.



	<b>Derecho represivo</b>	<b>Derecho restaurador</b>
<b>Víctima</b>	Invisible	Protagonista
<b>Victimario</b>	Marginado/objeto	Sujeto
<b>Operador</b>	Burócrata tramitador papeles	Solucionadora problemas
<b>Perfil operador</b>	Policías, jueces, abogados	Médicos, profesores...
<b>Daño</b>	Multiplicado	Restaurado/prevenido
<b>Efecto</b>	Excluye	Incluye
<b>Proceso</b>	Escrito y lento	Integrador
<b>Intervención</b>	Ex post facto	Ex ante
<b>Énfasis</b>	Delincuente	Daño
<b>Fuente</b>	Dogmática penal	DIDH/CCSS/ justicia indígena
<b>Sociedad</b>	Tolera y multiplica injusticia	Lucha contra la injusticia
<b>Autoridad líder</b>	Fiscal	Alcalde/autoridad leg. dem.
<b>Instrumento</b>	Juicios penales	Políticas sociales

Estas propuestas no son arreglos o reformas cosméticas. Tampoco son novedosas en la doctrina —las vienen promoviendo desde hace años los abolicionistas penales y los criminólogos críticos—, se han experimentado dentro de algunos estados, son de aplicación excepcional en el mundo occidental, y se los vive y practica de forma consistente por nuestras comunidades indígenas, como regla de comportamiento comunitario. Ahí tenemos, cerca de nosotros una fuente inagotable de aprendizaje.

## **Derecho penal intercultural**

Agreguemos algunos puntos adicionales a los ya discutidos. El derecho penal es una de las “joyas” del estado liberal y de la modernidad. Cuando hablamos de las nuevas tendencias a la expansión penal, nuestros doctrinarios progresistas nos suelen recomendar mirar a las conquistas logradas en el derecho penal liberal del siglo XVIII. Sin embargo, el derecho penal como parte del estado nacional del que surge, si bien impuso límites y vínculos al poder punitivo, es parte integrante de un estado que ignoró otros





saberes, otras culturas y otras formas de afrontar los conflictos sociales. Las promesas del estado moderno no se cumplieron para muchos grupos humanos o simplemente les perjudicaron.

Cuando estados como el ecuatoriano y el boliviano se declaran como plurinacionales, el efecto no solo tiene que ver con reconocer a otros grupos humanos y sus derechos específicos, sino que tiene relación profunda con el derecho: existen varios derechos, varias jurisdicciones y varios procedimientos. Emergen, para quienes cultivamos la cultura jurídica dominante, nuevos actores, nuevos imaginarios para la solución de conflictos, nuevas prácticas transformadoras, nuevas formas de organización y hasta nuevas formas de territorialidad.

El derecho penal frente a otros derechos sancionadores se encuentra ante tres posibilidades: 1. Negar su existencia, que no cabe en un régimen constitucional que promueve la diversidad y la interculturalidad; 2. Respetar la diferencia, permitir y promover la existencia de otros sistemas, marcar límites y solucionar los problemas de conflicto de competencias; 3. Aprender de los otros sistemas.

Esta relación entre derecho dominante y otros derechos no es pacífica ni tampoco ha sido adecuadamente resuelta por la academia ni por nuestros estados. Los derechos ancestrales han venido resolviendo conflictos que podríamos denominar penales de formas distintas a la privación de libertad y con otros métodos. La interrelación entre sistemas jurídicos, particularmente para los que han tenido una relación dominante, es saludable aunque no exenta de problemas teóricos y prácticos. Señalemos algunos de los aspectos de posible aprendizaje, en los que se aprecian las distancias enormes entre sistemas jurídicos: las condiciones de la autoridad, el procedimiento, la relación entre víctima y victimario, la consideración del tiempo, la valoración de la sanción con la comunidad.

La autoridad en el sistema occidental es seleccionada mediante un procedimiento basado en concursos de merecimientos y se debe garantizar la imparcialidad de la juez o jueza de las partes en conflicto, el procedimiento es burocrático y con una fuerte tradición inquisitiva, la víctima está en una relación de diametral oposición al victimario y sus pretensiones son contrarias, el tiempo es lineal en el que la pena interrumpe la vida productiva de una persona, la sanción es pura privación de derechos y se enfoca en la represión y la persona condenada es excluida de la vida social y es hasta estigmatizada.

Sin ánimo de idealizar la justicia indígena y reconociendo que de hecho pueden existir excesos, arbitrariedades y violaciones a los derechos humanos (como sucede en cualquier administración de justicia), en cambio, en ella encontramos una autoridad basada en el respeto, la sabiduría y la experiencia, el procedimiento es completamente oral, es conciliatorio y se basa en la escucha activa; las partes en conflicto, incluido el juzgador, son parte de la comunidad; el tiempo es circular y la sanción pretende purificar, respetar los ciclos de la vida y la paz.<sup>445</sup> “Lo que está en juego no es la justicia que se debe aplicar a un individuo, sino la armonía que debe ser instaurada en el seno de una comunidad”.<sup>446</sup> No menos importante es que la sanción de privación de libertad es desconocida en el derecho “penal” indígena, que son precisamente los caminos por los que parecería que el derecho penal va a recorrer, y que ya han sido recorridos por nuestros habitantes pertenecientes a comunidades indígenas. El derecho occidental tiene mucho que aprender de la forma de resolver sus conflictos, así como las personas indígenas han aprendido del sistema occidental y lo han adaptado de acuerdo con su cultura e historia.<sup>447</sup> Si se quiere introducir la oralidad en los procedimientos penales, se mira la experiencia norteamericana o chilena, pero no la de los huaoranis o kichwas; en cuanto a la pena, ¿qué es más humano: una pena que reafirma valores de una comunidad y recupera vínculos rotos, aun si se manifiesta mediante vulneraciones a la integridad física; o una pena que excluye, denigra y olvida por medio de la privación de la libertad? Este es un cuestionamiento que no lo hemos tomado en serio y más bien nos hemos apresurado a descalificar a la justicia indígena como salvaje o primitiva.

Señalemos, de igual modo, el punto problemático por excelencia: el reconocimiento de la norma, la estricta legalidad, la estricta jurisdiccionalidad y, en general, la apreciación de los derechos humanos. Desde la cultura jurídica occidental resulta importante la separación de derecho positivo con la moral y, para ello, la forma de verificar la existencia de la norma. El principio de estricta legalidad resulta complicado cumplirlo en la justicia indígena, dado que las normas no están escritas ni creadas de

---

445 Véase Raimon Panikkar, *Paz e interculturalidad, una reflexión filosófica*, Barcelona, Herder, 2006, p. 112 y 116.

446 Jean-Godefroy Bidima, *La palabra. Une jurisdiction de la parole*, París, Michalon, 1997, p. 11, citado por Akuavi Adonon, “La conciliación: ¿un medio o un fin en la solución de conflictos?”, en R. Huber y otros, *op. cit.*, p. 113.

447 Elisa Cruz Rueda, “Principios generales del derecho indígena”, en R. Huber y otros, *op. cit.*, p. 47.



forma como conocemos nuestra democracia deliberativa. En la estricta jurisdiccional se exige debido proceso (pruebas, contradicción, acusación, argumentación fáctica y jurídica, sentencia motivada). En catálogo de penas la línea entre trato inhumano y degradante no es fácil de trazar, además que las penas dependen de las infracciones y no de la determinación de una norma. En fin, muchas interrogantes difíciles de contestar, pero que tenemos que afrontarlas si queremos buscar soluciones más humanas, más útiles y menos violentas.

## Bibliografía

- Abramovich, Víctor, “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Sur. Revista internacional de derechos humanos*, año 6, No. 11, Sao Paulo, Red Universitaria de Derechos Humanos (RUDH), p. 7-39, 2009.
- Alexy, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, edit., *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia (UEC), p. 97-109, 2010.
- “La fórmula del peso”, en Miguel Carbonell, edit., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos (MJDHC), p. 13-42, 2008.
- *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), 2008.
- Anitua, Gabriel Ignacio, “El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva”, en Julio B. J. Maier y Alberto Bovino, comp., *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Edit. del Puerto, p. 137-160, 2005.
- *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Edit. del Puerto, 2006.
- Aniyar de Castro, Lola, “Derechos humanos: delincuentes y víctimas, todos víctimas”, en Elsie Rosales y Lola Aniyar de Castro, comp., *Cuestión criminal y derechos humanos: La perspectiva crítica*, Caracas, Instituto de Ciencias Penales (ICP)-Universidad Central de Venezuela (UCV), p. 19-38, 2009.
- “Derechos humanos, modelo integral de la ciencia penal y sistema penal subterráneo”, en Eugenio Raúl Zaffaroni, coord., *Sistemas*



penales y derechos humanos en América Latina (Primer informe), Buenos Aires, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) / Depalma, p. 233-248, 1986.

Ávila Santamaría, Ramiro, “La rehabilitación no rehabilita”, en Carolina Silva Portero, edit., *Ejecución penal y derechos humanos: Una mirada crítica a la privación de la libertad*, Quito, MJDHC, p. 143-161, 2008.

----- “Los derechos sociales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos”, en Christian Curtis y Ramiro Ávila Santamaría, edit., *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, MJDHC, p. 451-477, 2009.

----- *Neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E) / Abya-Yala, 2011.

----- “Prólogo: La penalización de lo irrazonable”, en Juan Pablo Morales Viteri y Jorge Vicente Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos: Los retos de la política y la legislación de drogas*, Quito, MJDHC, p. xi-xix, 2009.

----- “¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal?”, en *Foro: revista de derecho*, No. 8, Quito, UASB-E / Corporación Editora Nacional (CEN), 2008.

Ávila Santamaría, Ramiro, coord., *Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales: La constitucionalidad del derecho penal*, Quito, MJDHC, 2010.

Ávila Santamaría, Ramiro, María Paz Ávila y Gustavo Gómez, edit., *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, Quito, UNESCO / Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011.

Ávila Santamaría, Ramiro, y José Valencia Amores, *Ecuador y el derecho internacional humanitario. Estudio de compatibilidad entre el ordenamiento jurídico ecuatoriano y las normas del DIH*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP) / Comité Internacional de la Cruz Roja, 2006.

Ayala Mora, Enrique, *La interculturalidad, camino para el Ecuador*, Quito, UASB-E / FENOCIN / Seguro Social Campesino, 2011.

Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica al derecho penal. Introducción a la sociología jurídico penal*, México DF, Siglo XXI, 8a. ed., 2004.

----- *Criminología y sistema penal*, Buenos Aires, B de F, 2006.

- Barroso, Luís Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, México DF, IJ-UNAM, 2008.
- Beccaria, Cesare, *De los delitos y las penas*, Madrid, Alianza, 3a. ed., 2005.
- Benjamin, Walter, *Para una crítica de la violencia y otros ensayos. Iluminaciones IV*, Madrid, Taurus, 1991.
- Berlin, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre libertad*, Madrid, Alianza, 2000.
- Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 3a. ed., 2007.
- Bernal Pulido Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Beristain, Carlos Martín, *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*, Quito, MJDHC, 2009.
- Bidima, Jean-Godefroy, *La palabre. Une juridiction de la parole*, París, Michalon, 1997, p. 11, citado por Akuavi Adonon, "La conciliación: ¿un medio o un fin en la solución de conflictos?", en Rudolf Huber y otros, *Hacia sistemas jurídicos plurales*, Bogotá, Antropos, p. 113, 2008.
- Binder, Alberto, *El incumplimiento de las formas procesales: Elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000.
- *Justicia penal y Estado de derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004, 2a. ed.
- *Introducción al derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004.
- Bobbio, Norberto, *Elogio de la templanza y otros escritos morales*, Madrid, Temas de Hoy, 1997.
- *El tercero ausente*, Madrid, Cátedra, 1997.
- Brandt, Hans-Jürgen, y Rocío Franco Valdivia, *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. El tratamiento de conflictos. Un estudio de actas en 133 comunidades*, Lima, Instituto de Defensa Legal (IDL), 2006.
- *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Normas, valores y procedimientos en la justicia comunitaria. Estudio cualitativo en comunidades indígenas y campesinas en Ecuador y Perú*, Lima, IDL, 2007.
- Bustos Ramírez, Juan, "Análisis crítico y propuestas en torno a la legislación regulatoria del consumo y tráfico de drogas ilícitas", en Juan Pablo Morales Viteri y Jorge Vicente Paladines, edit., *Entre el*



- control social y los derechos humanos: Los retos de la política y la legislación de drogas*, Quito, MJDHC, p. 351-368, 2009.
- *Derecho penal. Parte general*, vol. II, Quito, Ed. Jurídica del Ecuador, 2008.
- Calvo García, Manuel, *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid, Tecnos, 1994.
- Capella, Juan Ramón, *Entrada en la barbarie*, Madrid, Trotta, 2007.
- Capote, Truman, *In cold blood*, Nueva York, Vintage, 1993.
- Carbonell, Miguel, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.
- Carbonell, Miguel, y Enrique Ochoa Reza, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, México DF, Porrúa, 2009.
- Carnelutti, Francesco, *Las miserias del proceso penal*, Bogotá, Temis, 1989.
- Carranza, Elías, "Criminalidad, política criminal y participación de la sociedad", en Elsie Rosales y Lola Aniyar de Castro, comp., *Cuestión criminal y derechos humanos: La perspectiva crítica*, Caracas, ICP-UCV, p. 109-128, 2007.
- Carranza, Elías, coord., *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria: Respuestas posibles*, México DF, Siglo XXI / ILANUD, 2007.
- Carrión, Fernando, Jenny Pontón y Blanca Armijos, *120 estrategias y 36 experiencias de seguridad ciudadana*, Quito, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Ecuador (FLACSO-E) / Municipio del Distrito Metropolitano de Quito (MDMQ), 2009.
- Castiñeira, María Teresa, y Ramón Ragués, "Three Strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos", en Miguel Carbonell, edit., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, MJDHC, p. 189-220, 2008.
- Castro, Martín, comp., *Proceso penal y derechos humanos*, Quito, Comisión Andina de Juristas, 2002.
- Coba Mejía, Lisset, "Rehabilitación, el verdadero castigo", en Carolina Silva Portero, edit., *Ejecución penal y derechos humanos: Una mirada crítica a la privación de libertad*, Quito, MJDHC, p. 63-118, 2008.
- Cole, David, *No equal justice. Race and Class in the American Criminal Justice System*, Nueva York, The New Press, 1999.

- Cámara en lo Criminal y Correccional, Argentina, “Massera excepciones, sentencia del 9 de septiembre de 1999”, en American University, *Compilación de documentos en derecho internacional de los derechos humanos para profesores de esta materia*, vol. II, Washington, American University, p. 871-883, 2001.
- Comisión de la Verdad, *Sin verdad no hay justicia: Informe de la Comisión de la Verdad. Ecuador 2010. Resumen ejecutivo*, Quito, Comisión de la Verdad, 2010.
- Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia T. 349/96, Ponente Carlos Gaviria, 8 de agosto de 1996”, en Daniel O’Donnell y otros, *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, vol. II, Bogotá, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2003, p. 605-629.
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia de constitucionalidad C-22, en Carlos Gaviria Díaz, *Sentencias. Herejías constitucionales*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 59-71.
- Cruz Rueda, Elisa, “Principios generales del derecho indígena”, en Rudolf Huber y otros, *Hacia sistemas jurídicos plurales*, Bogotá, Antropos, p. 29-51, 2008.
- Defensa de los Niños Internacional, *Adolescentes detenidos por la policía y proceso de internamiento. Informe de investigación*, Quito, MJDHC, 2010.
- Dufour, Gilbert, *Sospechas en Ecuador. Infernal injusticia*, Quito, MJDHC / Trama, 2009.
- Durá, Mauricio Benito, *Sistemas penitenciarios y penas alternativas en Iberoamérica: Análisis a partir de la situación de la criminalidad y las políticas criminológicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- Dworkin, Ronald, “Igualdad, democracia y Constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales”, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, edit., *El canon neoconstitucional*, Bogotá, UEC, p. 111-144, 2010.
- *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2002.
- Echeverría, Bolívar, *Definición de la cultura*, México DF, Fondo de Cultura Económica / Itaca, 2a. ed., 2010.
- Eichler, Margrit, “Cambios familiares: del modelo patriarcal al modelo de responsabilidad individual”, en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, comp., *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Quito, MJDHC, p. 465-513, 2010.





- Esterman, Josef, *Filosofía andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Quito, Abya-Yala, 1998.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho penal mínimo y otros ensayos*, México DF, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes, 2008.
- *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 7a. ed., 2005.
- *Derechos y garantías: La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 3a. ed., 2003.
- “La crisis del paradigma constitucional”, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, edit., *El canon neoconstitucional*, Bogotá, UEC, p. 145-155, 2010.
- *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.
- Fiss, Owen, *The Law, as it could be*, Nueva York, New York University Press, 2003.
- Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*, México DF, Siglo XXI, 1992.
- Franco Valdivia, Rocío, y María Alejandra González Luna, *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Las mujeres en la justicia comunitaria: víctimas, sujetos y actores*, Lima, IDL, 2009.
- Fundación Esquel, “La justicia vista desde la Reforma Procesal Penal”, en Luis Pásara, edit., *El funcionamiento de la justicia del Estado*, Quito, MJDHC, p. 97-132, 2011.
- García Ramírez, Sergio, coord., *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México DF, Universidad Autónoma de México, 2008.
- Gargarella, Roberto, *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá, Universidad de los Andes (UA) / Siglo del Hombre, 2008.
- “La coerción penal en contextos de injusta desigualdad”, ensayo compartido por el autor.
- *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Barcelona, Paidós, 1999.
- Gaviria Díaz, Carlos, *Sentencias. Herejías constitucionales*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- Gomáriz, Enrique, “Violencia y castigo desde una perspectiva integral”, en *Nueva Sociedad*, No. 208, marzo-abril, 2007, citado por Mauricio Benito Durá, *Sistemas penitenciarios y penas alternativas en*

- Iberoamérica. Análisis a partir de la situación de la criminalidad y las políticas criminológicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 134, 2009.
- Huber, Rudolf, y otros, *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung (KAS), 2008.
- Iturralde, Manuel, *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*, Bogotá, UA / Siglo del Hombre, 2010.
- Kant, Immanuel, "The doctrine of virtue", en *Metaphysics of morals*, citado por Steiner Henry y Philip Alston, *International Human Rightst in context. Law Politics and Morals*, Oxford, Oxford University Press, 2a. ed., p. 261-163, 2000.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 4a. ed., 2003.
- Langbein, John H., "Tortura y *plea bargaining*", Julio B. J. Maier y Alberto Bovino, comp., *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Edit. del Puerto, p. 3-30, 2005.
- Larrandart, Lucila, "Política criminal y Estado de derecho: ¿Tolerancia cero?", en Elsie Rosales y Lola Aniyar de Castro, comp., *Cuestión criminal y derechos humanos: La perspectiva crítica*, Caracas, ICP-UCV, p. 159-190, 2007.
- Lefort, Claude, *La incertidumbre democrática. Ensayos sobre lo político*, Barcelona, Anthropos, 2004.
- Llasag, Raúl, "Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipatoria", en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, MJDHC, p. 311-355, 2008.
- López Medina, Diego Eduardo, *El proceso penal entre la eficiencia y la justicia*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, 2006.
- Macas, Luis, "Construyendo desde la historia. Resistencia del movimiento indígena del Ecuador", en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comp., *Plurinacionalidad: Democracia en la diversidad*, Quito, Abya-Yala, p. 81-98, 2009.
- Magendzo, Abraham, "Dilemas y tensiones en torno a la educación en derechos humanos en democracia", en *Estudios básicos de derechos humanos*, t. VI, San José, IIDH, p. 505-517, 1996.
- Maier, Julio B. J., "La privación de libertad durante el procedimiento penal. El encarcelamiento preventivo hoy", en Gabriel Ignacio Anitua e Ignacio Francisco Tedesco, comp., *La cultura penal. Homenaje al*



- profesor Edmundo S. Hendler, Buenos Aires, Edit. del Puerto, p. 399-412, 2009.
- Maier, Julio B. J., y Alberto Bovino, comp., *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Edit. del Puerto, 2005.
- Martínez, Mauricio, “El fracaso de la política antidrogas y los conflictos institucionales que genera en Colombia”, en Juan Pablo Morales Viteri y Jorge Vicente Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos: Los retos de la política y la legislación de drogas*, Quito, MJDHC, p. 273-302, 2009.
- “La política criminal antidrogas y el control constitucional en Colombia. El fracaso del populismo punitivo, el éxito del negocio de las drogas ilícitas y el desastre humanitario y ecológico en la región andina”, en Elsie Rosales y Lola Aniyar de Castro, comp., *Cuestión criminal y derechos humanos: La perspectiva crítica*, Caracas, ICP-UCV, p. 191-218, 2007.
- Mathiesen, Thomas, *Juicio a la prisión*, Buenos Aires, Ediar, 2003.
- Mora, Luis Paulino, “Sobrepoblación penitenciaria y derechos humanos: la experiencia constitucional”, en Elías Carranza, coord., *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles*, México DF, Siglo XXI / ILANUD, p. 58-84, 2007.
- Morales, Juan Pablo, “Democracia sustancial: sus elementos y conflictos en la práctica”, en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, MJDHC, p. 85-122, 2008.
- Morales Viteri, Juan Pablo, y Jorge Vicente Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos: Los retos de la política y la legislación de drogas*, Quito, MJDHC, 2009.
- Nercellas, Marta, “Desigualdades en la balanza socioeconómica y sistema penal”, en Gabriel Ignacio Anitua e Ignacio Francisco Tedesco, comp., *La cultura penal. Homenaje al profesor Edmundo S. Hendler*, Buenos Aires, Edit. del Puerto, p. 459-480, 2009.
- Neuman, Elías, “La legalización de las drogas frente a los estereotipos y la victimización”, en Juan Pablo Morales Viteri y Jorge Vicente Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos: Los retos de la política y la legislación de drogas*, Quito, MJDHC, p. 113-140, 2009.
- Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2a. ed., 2005.

- O'Donnell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Santiago, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2a. ed., 2007.
- Olsen, Frances, "El sexo del derecho", en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, comp., *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Quito, MJDHC, p. 137-156, 2009.
- Organización Panamericana de la Salud, "Informes anuales sobre el estado de la salud en las Américas", citado por Mauricio Benito Durá, *Sistemas penitenciarios y penas alternativas en Iberoamérica: Análisis a partir de la situación de la criminalidad y las políticas criminológicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- Padilla, Guillermo, "La historia de Chico. Sucesos en torno al pluralismo jurídico en Guatemala, un país mayoritariamente indígena", en Rudolf Huber y otros, *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Bogotá, KAS, p. 151-186, 2008.
- Panikkar, Raimon, *Paz e interculturalidad, una reflexión filosófica*, Barcelona, Herder, 2006.
- Paladines, Jorge, "La sociedad de riesgo en la dogmática penalizadora de drogas", en Juan Pablo Morales Viteri y Jorge Vicente Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos: Los retos de la política y la legislación de drogas*, Quito, MJDHC, p. 17-54, 2009.
- "¿Fiscal General o General Fiscal?", en Santiago Andrade y otros, *La transformación de la justicia*, Quito, MJDHC, p. 269-304, 2008.
- Pásara, Luis, edit., *El funcionamiento de la justicia del Estado*, Quito, MJDHC, 2011.
- Pavarini, Massimo, "Cárcel y droga en la política criminal", en Juan Pablo Morales Viteri y Jorge Vicente Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos: Los retos de la política y la legislación de drogas*, Quito, MJDHC, p. 89-112, 2009.
- *Castigar al enemigo. Criminalidad, exclusión e inseguridad*, Quito, FLACSO-E / MDMQ, 2009.
- Peces-Barba, Gregorio, *Curso de Derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1999.



- Pitch, Tamar, "El aborto", en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, comp., *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Quito, MJDH, p. 335-382, 2010.
- Pogge, Thomas, "Propuesta para un dividendo sobre recursos globales", en *Sur. Revista internacional de derechos humanos*, año 4, No. 6, Sao Paulo, RUDH, p. 144-169, 2007.
- *World Poverty and Human Rights. Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Londres, Polity Press, 2005.
- Poveda, Carlos, "La Cocha: 2002-2010. Retrocesos en un Estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, pluricultural y laico", en *Novedades Jurídicas*, año VII, No. 19, Quito, Ediciones Legales MYL, 2010.
- Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2004.
- *Constitucionalismo y positivismo*, México DF, Fontamara, 2a. ed., 1999.
- "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, p. 123-158, 2003.
- Quijano, Aníbal, "Colonialidad del poder y clasificación social", en *Journal of World Systems Research*, vol. VI, No. 2, Summer/Fall, p. 201-246, <<http://cisoupr.net/documents/jwsr-v6n2-quijsano.pdf>>, consulta: enero de 2011.
- Ramm, Alejandra, *Imputados. Primerizos y reincidentes: un registro testimonial*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2005.
- Riego, Cristian, y Mauricio Duce, edit., *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*, Santiago, CEJA / JSCA, 2008.
- Rodríguez Garavito, César, coord., *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, UA, 2010.
- Roig, Arturo Andrés, *Ética del poder y moralidad de la protesta: La moral latinoamericana de la emergencia*, Quito, UASB-E / CEN, 2002.
- Rosales, Elsie, "Sistema penal y Estado constitucional en Venezuela", en Elsie Rosales y Lola Aniyar de Castro, comp., *Cuestión criminal y derechos humanos: La perspectiva crítica*, Caracas, ICP-UCV, p. 219-258, 2007.

- Santos, Boaventura de Sousa, *Democracia y participación: El ejemplo del presupuesto participativo*, Quito, FES-ILDIS / Abya-Yala, 2004.
- *La globalización del derecho: Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, ILSA-Universidad Nacional de Colombia, 2002.
- Schmitt, Carl, *La dictadura*, Madrid, Alianza, 1985.
- Silva Portero, Carolina, edit., *Ejecución penal y derechos humanos: Una mirada crítica a la privación de libertad*, Quito, MJDHC, 2008.
- Simon, Farith, "Criminalidad y respuestas del sistema penal", en Luis Pásara, edit., *El funcionamiento de la justicia del Estado*, Quito, MJDHC, p. 133-148, 2011.
- Steiner, Henry, y Alston Philip, *International Human Rights in context, Law Politics and Morals*, Oxford, Oxford University Press, 2a. ed., 2000.
- Tedesco, Ignacio Francisco, "Hacia la civilización del derecho penal", en Gabriel Ignacio Anitua e Ignacio Francisco Tedesco, comp., *La cultura penal. Homenaje al profesor Edmundo S. Hendler*, Buenos Aires, Edit. del Puerto, p. 569-592, 2009.
- Terradillos Basoco, Juan M., *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Trotta, 2003.
- Tidball-Binz, Morris, "Atención de la salud y sobrepoblación penitenciaria: un problema de todos", en Elías Carranza, coord., *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles*, México DF, Siglo XXI / ILANUD, p. 48-57, 2007.
- Tourraine, Alain, *Un nuevo paradigma*, Barcelona, Paidós, 2006.
- Uprimny Yepes, Rodrigo, "El bloque constitucional en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal", en Daniel O'Donnell y otros, *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, vol. I, Bogotá, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2003.
- Urofsky, Melvin, "New York Times v. Sullivan", en Lynda Butler y otros, *The bill of rights, the courts and the law*, Charlottesville, Virginia Foundation for the Humanities and Public Policy, 3a. ed., p. 50-51, 1999.
- Vilhena Vieira, Oscar, "Desigualdad y Estado de derecho", en *Sur. Revista internacional de derechos humanos*, año 4, No. 6, Sao Paulo, RUDH, p. 29-52, 2007.



- Vintimilla Saldaña, Jaime, Milena Almeida y Remigia Saldaña, *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Derecho indígena, conflicto y justicia comunitaria en comunidades kichwas del Ecuador*, Lima, IDL, 2007.
- Waller, Irvin, *Menos represión, más seguridad: Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, México DF, Instituto Nacional de Ciencias Penales / ILANUD / Ubijus, 2008.
- Walsh, Catherine, “Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico”, en Judith Salgado, comp., *Justicia indígena. Aportes para el debate*, Quito, UASB-E / Abya-Yala, p. 23-36, 2010.
- “Interculturalidad crítica y pluralismo jurídico”, ponencia presentada en el Seminario Pluralismo Jurídico, organizado por la Procuraduría del Estado y el Ministerio de Justicia de Brasil, Brasilia, 13 y 14 de abril de 2010.
- *Interculturalidad, Estado, sociedad: Luchas (de) coloniales de nuestra época*, Quito, UASB-E / Abya-Yala, 2009.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Algunas observaciones al anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales para la República del Ecuador”, documento de trabajo enviado al autor, septiembre de 2009, párr. 2.
- “Buscando al enemigo: de satán al derecho penal cool”, en Elsie Rosales y Lola Aniyar de Castro, comp., *Cuestión criminal y derechos humanos: La perspectiva crítica*, Caracas, ICP-UCV, p. 291-315, 2007.
- “Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal”, en Carlos Espinosa y Danilo Caicedo, edit., *Derechos ancestrales: Justicia en contextos plurinacionales*, Quito, MJDC, p. 99-121, 2009.
- *Estructura básica del derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2009.
- “El discurso feminista y el poder punitivo”, en Haydée Birgin, comp., *Las trampas del poder punitivo. El género en el derecho penal*, Buenos Aires, Biblos, p. 17-48, 2000.
- *El enemigo en el derecho penal*, Bogotá, Ibáñez, 2006.
- *Criminología: Aproximación desde el margen*, Bogotá, Temis, 1998.
- *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, Caracas, Monte Ávila, 1993.
- *La cuestión criminal*, Buenos Aires, Planeta, 2011.

- “La legislación anti-droga latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritario”, en Juan Pablo Morales Viteri y Jorge Vicente Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos: Los retos de la política y la legislación de drogas*, Quito, MJDHC, p. 3-16, 2009.
- *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*, Buenos Aires, Ediar, 2011.
- *Muertes anunciadas*, Bogotá, Temis, 1993.
- “Presentación del anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales del Ecuador”, en Ramiro Ávila Santamaría, coord., *Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales: La constitucionalidad del derecho penal*, Quito, MJDHC, p. 11-19, 2010.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2005.
- *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2a. ed., 2002.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, coord., *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Primer informe)*, Buenos Aires, IIDH / Depalma, 1984.
- Zagrebelky, Gustavo, *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2004.
- Zalamea, Diego, “Reporte del Estado de la Prisión Preventiva en Ecuador”, en Cristian Riego y Mauricio Duce, edit., *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*, Santiago, CEJA / JSCA, 2008.
- Zambrano Pasquel, Alfonso, *Manual de derecho penal. Parte general*, Quito, CEP, 2008.





*La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución académica de nuevo tipo, creada para afrontar los desafíos del siglo XXI. Como centro de excelencia, se dedica a la investigación, la enseñanza y la prestación de servicios para la transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos.*

*La Universidad es un centro académico abierto a la cooperación internacional, tiene como eje fundamental de trabajo la reflexión sobre América andina, su historia, su cultura, su desarrollo científico y tecnológico, su proceso de integración, y el papel de la subregión en América Latina y el mundo.*

*La Universidad Andina Simón Bolívar fue creada en 1985 por el Parlamento Andino. Es un organismo del Sistema Andino de Integración. Además de su carácter de institución académica autónoma, goza del estatus de organismo de derecho público internacional. Tiene su Sede Central en Sucre, Bolivia, una sede nacional en Quito, Ecuador, una sede local en La Paz, Bolivia, y una oficina en Bogotá, Colombia.*

*La Universidad Andina Simón Bolívar se estableció en el Ecuador en 1992. En ese año la universidad suscribió un convenio de sede con el gobierno del Ecuador, representado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, que ratifica su carácter de organismo académico internacional. En 1997, el Congreso de la República del Ecuador, mediante ley, la incorporó al sistema de educación superior del Ecuador, y la Constitución de 1998 reconoció su estatus jurídico, el que fue ratificado por la Ley de Educación Superior de 2000.*

*La Sede Ecuador realiza actividades, con alcance nacional e internacional, dirigidas a la Comunidad Andina, América Latina y otros ámbitos del mundo, en el marco de áreas y programas de Letras, Estudios Culturales, Comunicación, Derecho, Relaciones Internacionales, Integración y Comercio, Estudios Latinoamericanos, Historia, Estudios sobre Democracia, Educación, Adolescencia, Salud y Medicinas Tradicionales, Medio Ambiente, Derechos Humanos, Migraciones, Gestión Pública, Dirección de Empresas, Economía y Finanzas, Estudios Agrarios, y Estudios Interculturales, Indígenas y Afroecuatorianos.*