

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Penal

**Los derechos de libertad y el derecho penal del enemigo en la
investigación**

Luis Antonio Galarza Bustos

Tutora: Claudia Storini

Quito, 2020



Cláusula de cesión de derechos de publicación de tesis

Yo, Luis Antonio Galarza Bustos, autor de la tesis titulada “Los derechos de libertad y derecho penal del enemigo en la investigación”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 15 de mayo de 2020

Firma:

Resumen

Esta investigación se ocupa de estudiar los derechos de libertad y el derecho penal del enemigo en la indagación penal. Los objetivos de esta indagación son, entre otros, establecer los alcances del garantismo penal y las incongruencias e injusticias de la administración de justicia en su práctica. Se analizan las teorías sobre el garantismo y la maximización del derecho penal como método para controlar la delincuencia en un país que ha suscrito los postulados del garantismo en la letra de sus cuerpos legales, pero cuyo sistema de justicia es profundamente funcionalista. La elección del tema se justifica en el hecho de que la norma suprema determina al país como un Estado constitucional de derechos y justicia social, por tanto, adscrito al garantismo en el tema penal, así como la aplicación irrestricta del debido proceso y los derechos de libertad, versus el derecho penal del enemigo en el contexto del tipo de Estado que la Constitución ha establecido en el país.

Para cumplir con los objetivos planteados se han analizado las teorías existentes de algunos autores del garantismo constitucional, el control concreto, el control abstracto que es utilizado por el Estado a través del derecho penal, así como el control de la criminalidad, etc., y se los ha confrontado con la legislación ecuatoriana, la misma que se determina desde la Constitución como garantista de derechos, por tanto, irrestrictamente respetuosa de los derechos de libertad del individuo.

Como resultado de esta investigación se ha podido verificar que el derecho penal del enemigo es una propuesta de excepción en las naciones democráticas, pues su implementación pretende enfrentar una situación de emergencia en la que el mismo Estado es atacado por un conjunto -organizado o no- de individuos que se colocan fuera de las leyes, por tanto, el modelo garantista de derechos no debe ser aplicado a estas personas. En el análisis de la concreción de los derechos de libertad en el devenir judicial ecuatoriano en confrontación con los postulados del derecho penal del enemigo, se concluye que la tipificación del delito de asociación ilícita va en contra de los contenidos jurídicos de un Estado constitucional garantista de derechos.

Palabras clave: derecho penal del enemigo; Estado de derecho; derechos fundamentales; garantismo penal, investigación judicial

Dedicatoria

A mi hijo, Luis Alejandro, quien con su sonrisa y afecto me inspira a ser un mejor ser humano cada día; a mi esposa, Patricia, quien es mi apoyo incondicional y mi amor eterno.

A mi abuela Hilda María Tello Rodríguez, ejemplo amor incondicional.

A mi madre Rosa Elvira Bustos, quien siempre ha estado junto a mí y me ha demostrado que el amor trasciende fronteras y barreras físicas.

A mi padre Luis Galarza Samaniego, por sus enseñanzas de constancia y fuerza en los momentos más difíciles, guiándome en el camino correcto.

Agradecimiento

A la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, a sus docentes de la maestría en Derecho penal, y en especial a mi tutora, la doctora Claudia Storini, quien con su paciencia y conocimientos me ha guiado durante la elaboración de este trabajo.

Tabla de contenido

Introducción	13
Capítulo primero	17
El derecho penal y la teoría del garantismo como límite al poder punitivo del Estado ..	17
1. Derecho penal	17
2. Derecho penal, sistema de vigilancia y sociedad del riesgo	23
3. El derecho penal del enemigo	27
4. La teoría del garantismo.....	30
4.1. Garantismo constitucional	34
4.2. Garantismo penal	38
Capítulo segundo.....	43
La expansión del derecho penal en la sociedad actual	43
1. Derecho penal simbólico.....	43
2. El derecho penal estratégico y la política criminal	46
3. El delito y la expansión del derecho penal.....	51
4. Control social y las garantías básicas del debido proceso	58
Capítulo tercero	65
Confrontación de la teoría garantista versus el derecho penal del enemigo en la investigación penal ecuatoriana	65
1. El procedimiento penal ecuatoriano.....	65
1.1. Fases de investigación	66
1.2. Instrucción	67
1.3. Evaluación y preparatoria de juicio	69
1.4. Juicio.....	70
2. Análisis del artículo 370 del Código Orgánico Integral Penal: ¿garantismo penal o derecho penal del enemigo?.....	71
Conclusiones	75
Bibliografía	79

Introducción

Esta tesis trata del actuar de la investigación dentro de la acción penal pública, desde el punto de vista del garantismo y del derecho penal del enemigo, en el marco de la normativa ecuatoriana, que se basa en una Constitución que muchos han denominado como garantista. El trabajo se divide en tres capítulos, más una sección de conclusiones.

El capítulo primero, titulado “El derecho penal y la teoría del garantismo como límite al poder punitivo del Estado”, se ocupa de analizar el derecho penal, como el instrumento que utiliza el Estado para ejercer su capacidad sancionadora, el *ius puniendi*, que es definido por varios autores como la rama del derecho que se ocupa específicamente de la penalización de los delitos, es decir, de aquellas acciones que vulneran bienes jurídicos protegidos. Pese a que se ha aplicado derecho penal a lo largo de todas las épocas, en los modernos Estados de derecho este ha adquirido nuevas características relacionadas con límites que garantizan los derechos de los individuos.

El derecho penal, conocido también como derecho criminal, es usado por los gobernantes para controlar a la población mediante la creación de una confusión que conduce al *ius puniendi* por la senda del autoritarismo, crea a través el uso de datos de la realidad seleccionados intencionalmente una verdad que le permite reclamar e implementar un sistema de vigilancia, aduciendo que existen en la sociedad suficientes elementos (individuos) que la ponen en riesgo.

Este capítulo estudia la implementación del derecho penal en los Estados de derecho, el uso de esta rama del derecho para establecer una sociedad del riesgo que precisa de vigilancia y control estatal y, por tanto, de una legislación más restrictiva en lo penal; asimismo, se plantean los orígenes y alcances del garantismo como teoría que positiviza derechos y racionaliza el poder sancionador del estado mediante la limitación de su punitivismo. Para ello, el primero sustenta las teorías sobre el garantismo penal, enfocado como un componente del *ius puniendi*, pues desde tiempos de Montesquieu se decía que el delito debía ser proporcional a la pena. Por lo que la investigación penal en los Estados sociales de derecho, adscrita al garantismo penal y su evolución en las naciones democráticas, se deberían fundamentar en proteger a los derechos de los ciudadanos. Esta (evolución/perfeccionamiento) de las normas debería realizarse bajo la tutela de las libertades y la garantía de aplicación de principios y derechos. En las

siguientes páginas se tratará la corriente del garantismo constitucional, misma que se encuentra en algunas normas supremas de los países de la región, Ecuador entre ellos.

El garantismo que no pocos autores localizan en las teorizaciones de Montesquieu, es el producto del intento jurídico de limitar el *ius puniendi*, ya que se origina en la idea de que el ejercicio del poder puede ser siempre potencialmente abusivo, por tanto, y para evitar o disminuir esa posibilidad es preciso hacer del derecho un sistema de garantías que positivicen los derechos, estableciendo que estos son exigibles y tutelables.

El capítulo segundo, “La expansión del derecho penal en la sociedad actual”, estudia el derecho penal simbólico, el derecho penal estratégico, la expansión del derecho penal, el control social y las garantías básicas del debido proceso. El derecho penal se asimila generalmente al derecho criminal, pero algunos autores (Zaffaroni, Alagia y Sloka) consideran que se presta a equívocos, ya que acota un espacio muy pequeño y confunde el discurso con los actos de poder político, es decir, asimila derecho penal con poder punitivo. Esta confusión, interesada al parecer, conduce al autoritarismo.

Asimismo, se analiza el delito como concepción teórica y la expansión del derecho penal en su intención de contener la criminalidad. En su desarrollo estas justifican el derecho penal del enemigo e implementaron un sistema finalista de sancionar. Es así que en la expansión del derecho penal en una sociedad que se ha empezado a denominar del riesgo, las nuevas conductas que precisan de ser tipificadas son calificadas por algunos autores como criminalidad de bagatela, ya que su peligrosidad no reside en el acto aislado, sino en la repetición indefinida de la acción.

El derecho penal simbólico se enmarca en los reproches que el debate político sobre la criminalidad hace al legislador en el sentido de que usa el derecho penal para provocar unos efectos simbólicos en la sociedad. Algunas conductas legislativas se descalifican en tanto criminalizan acciones de la ciudadanía que les afectan directamente, verbigracia, la protesta. Algunos políticos han llegado al convencimiento de que los ciudadanos solo están para votarlos en las periódicas elecciones, no para cuestionar su ejercicio de poder, generalmente infame en el tercer mundo.

En el último capítulo, “Confrontación de la teoría garantista versus el derecho penal del enemigo en la investigación”, se estudia el procedimiento penal en el Ecuador, en cada uno de sus pasos. En cuanto a las etapas de la investigación, estas son las que el Código Orgánico Integral Penal determina, la preprocesal penal (investigación previa), disertada brevemente en este trabajo y procesal penal propiamente dicha (instrucción, evaluación y preparatoria a juicio), en las cuales la Fiscalía General del Estado, realiza

un papel protagónico desde el principio hasta el fin del proceso. Se trata concisamente en las atribuciones de dicha Institución (artículo 443 Código Orgánico Integral Penal, en adelante COIP) en el que figura el organizar y dirigir la investigación especializada de medicina legal y ciencias forenses, así como dirigir la protección y la asistencia de las víctimas, etc.

El enfoque de este análisis gira alrededor del nuevo modelo de Estado ecuatoriano, el del neoconstitucionalismo, que tiene como una de sus principales características al garantismo penal, eso implica que la norma suprema, la Constitución, prescribe y garantiza principios y derechos que se aplican a una persona acusada del cometimiento de algún tipo penal, durante todo el proceso que el sistema penal abre en su contra. El numeral uno de este capítulo, hace un acercamiento conceptual y doctrinario al procedimiento penal, y remarca el hecho de que los códigos penales y de procedimiento que fueron elaborados antes de la puesta en vigencia de la Constitución garantista han sido derogados o, en su defecto, reformados, por lo que en la actualidad el Código Orgánico Integral Penal (COIP) establece que el proceso penal ecuatoriano como ya manifestamos consta de tres etapas: 1. Instrucción; 2. Evaluación y preparatoria de juicio; y, 3. Juicio.

Se aborda también en esta sección el análisis del artículo 370 del código orgánico Integral Penal, que configura el delito de asociación ilícita, por cuanto este tipo penal podría considerarse como fuera del contexto penal garantista que establece la norma suprema, lo que evidencia un problema de falta de control y vigilancia de los procesos judiciales en el país. De ninguna manera puede el marco legal establecer una dirección y la praxis jurídico-legal ir en otra totalmente opuesta, ello daría cabida a los posicionamientos de no pocos críticos del Estado, que aseguran que la ley es una y la realidad otra.

Entre las varias conclusiones a las que se ha llegado después de haber realizado esta investigación está que el derecho evoluciona con las sociedades, es decir, se adapta a las nuevas realidades, a las que debe conocer para normar, como ejemplo pueden mencionarse a los delitos cibernéticos, tan actuales y tan cambiantes, tanto que aún no se terminan de tipificar; asimismo, en el análisis del estado de los derechos de libertad en el ámbito de la administración judicial ecuatoriana, en confrontación con los postulados del derecho penal del enemigo y del garantismo penal, se concluye que la tipificación del delito de asociación ilícita va en contra de los contenidos jurídicos de un Estado constitucional garantista de derechos, sin llegar a ser derecho penal del enemigo, se acerca

mucho al totalitarismo de excepción que se han permitido algunas naciones democráticas con la excusa de combatir el terrorismo.

Capítulo primero

El derecho penal y la teoría del garantismo como límite al poder punitivo del Estado

El derecho penal como el instrumento que utiliza el Estado para para ejercer su capacidad sancionadora, el *ius puniendi*, es definido por varios autores como la rama del derecho que se ocupa específicamente de la penalización de los delitos, es decir, de aquellas acciones que vulneran bienes jurídicos protegidos. Pese a que se ha aplicado derecho penal a lo largo de todas las épocas, en los modernos Estados de derecho este ha adquirido nuevas características relacionadas con límites que garantizan los derechos de los individuos.

El derecho penal, conocido también como derecho criminal, es usado por los gobernantes para controlar a la población mediante la creación de una confusión que conduce al *ius puniendi* por la senda del autoritarismo, crea a través el uso de datos de la realidad seleccionados intencionalmente una verdad que le permite reclamar e implementar un sistema de vigilancia, aduciendo que existen en la sociedad suficientes elementos (individuos) que la ponen en riesgo.

El garantismo que no pocos autores localizan en las teorizaciones de Montesquieu, es el producto del intento jurídico de limitar el *ius puniendi*, ya que se origina en la idea de que el ejercicio del poder puede ser siempre potencialmente abusivo, por tanto, y para evitar o disminuir esa posibilidad es preciso hacer del derecho un sistema de garantías que positivicen los derechos, estableciendo que estos son exigibles y tutelables.

Este capítulo estudia la implementación del derecho penal en los Estados de derecho, el uso de esta rama del derecho para establecer una sociedad del riesgo que precisa de vigilancia y control estatal y, por tanto, de una legislación más restrictiva en lo penal; asimismo, se plantean los orígenes y alcances del garantismo como teoría que positiviza derechos y racionaliza el poder sancionador del estado mediante la limitación de su punitivismo.

1. Derecho penal

El derecho penal (también denominado derecho criminal) es la rama del derecho que se ocupa de la penalización de los delitos, a diferencia de otras áreas del derecho, que regulan las relaciones entre los individuos, y sancionan las transgresiones, pero no

penalizan. Jescheck lo definía a finales de la década del setenta del siglo XX como “la materia que determina qué contravenciones del orden social constituyen delito, y señala la pena que ha de aplicarse como consecuencia jurídica del mismo. Prevé, asimismo, qué delito puede ser presupuesto de medidas de mejora y seguridad y de otra naturaleza”.¹ Antes de continuar con las definiciones de derecho penal, es preciso dejar sentada la diferencia entre delito y falta, al respecto, Mir Puig, refiriéndose al código penal español, afirma que la calificación de delito y de falta recae, en la terminología del Código, en las acciones concretas que merecen de forma concreta una pena, cuya proporción depende, en cada caso, de las circunstancias particulares de aquellas.²

Según Plascencia Villanueva, la expresión derecho penal es relativamente nueva, “pues fue a principios del siglo XIX que se empezó a utilizar en sustitución de derecho criminal, el cual aludía al crimen”.³ De acuerdo al autor, al abordar el derecho es preciso partir desde el supuesto de que abarca dos aspectos fundamentales: el objetivo y el subjetivo; el primero es el conjunto de normas jurídicas y el segundo la facultad del Estado para elaborar y aplicar las leyes, “modernamente vista como una potestad del Estado desde la óptica de la punición y de ejecutar las sanciones y medidas de seguridad”.⁴ Es el aspecto subjetivo del derecho penal que menciona el autor el que interesa tratar en esa sección, pues el monopolio de la fuerza que ostenta el Estado como la organización legitimada para ello no se encuentra en discusión en las democracias actuales.

Aunque, a propósito de ello, resulta oportuno en este punto hacer una breve reseña del origen del *ius puniendi*, conocido también como la capacidad estatal para sancionar las conductas delictivas. Orellana Wiarco sostiene que es posible presumir, en base a estudios sociológicos y antropológicos, que aunque los grupos humanos primitivos no tenían derecho escrito, sí contaban con reglas que debían cumplir para conseguir la paz y la supervivencia. Se pregunta, asimismo, cómo fue que los seres primitivos aceptaron reglas de conducta y la imposición de una sanción a quien las violase; y en ausencia de testimonios escritos, conjetura que las reglas o leyes se establecieron como resultado de un proceso de largo aliento en el que influyen dos tipos de factores: el primero se refiere

¹ Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de derecho penal*, trad. Santiago Mir Puig (Barcelona: Bosch, 1978), 263.

² Santiago Mir Puig, “Los términos delito y falta en el Código penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 26, n. ° 2 (1973): 337.

³ Raúl Plascencia Villanueva, *Teoría del delito* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004), 19.

⁴ *Ibid.*

a “la aparición del poder de quien por su fuerza física, destreza, habilidad o inteligencia, pudo imponerse al resto de los demás miembros del grupo, y dictar reglas que buscó legitimar en la costumbre o en mandatos de la divinidad”.⁵ Es proceso lo explicó didácticamente Engels en su libro *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado* (1884). El segundo se refiere la ascendencia de los fenómenos naturales, los cuales “regían prácticamente todas las actividades humanas y suponían controlados por fuerzas superiores, divinas, que se debían venerar y respetar, so pena de castigos y calamidades, tal como lo refleja la tragedia griega de Edipo Rey, o en relatos bíblicos como las calamidades que asolaron el antiguo reino egipcio”.⁶

Es evidente, entonces, que el desarrollo histórico del derecho del Estado a sancionar las conductas dañosas no fue un proceso lineal, de hecho, ningún adelanto social o tecnológico ocurre a la misma velocidad en todas partes ni es producto de un momento de inspiración. Solamente, y con ciertas inevitables excepciones, en la parte occidental del continente europeo, durante la edad Media y Moderna, primó la idea de que la ley penal y la sanción emanaban del poder público, pero ese poder lo detentaba el soberano, quien - sostenía el soberano absoluto- tenía esa investidura por mandato divino. De esa condición de semidivinidad (o directamente divinidad) que se atribuyeron los reyes durante ese lapso de la historia, deriva la asunción en este gobernante de todos los derechos y todas las potestades, en su persona residía el *ius puniendi*, “todo ello se puede resumir en la frase que se atribuye a Luis XIV rey de Francia El Estado soy yo”.⁷ Ya en el siglo XVII fue cuando se empezó a cuestionar ese poder absoluto que habían detentado hasta entonces los monarcas, un ejemplo que grafica esta situación son las disputas en Inglaterra entre el Parlamento y el rey.

A nuestro modo de ver, la explicación del fundamento del poder como consecuencia y atributo de la soberanía, en la existencia de un contrato social, que a su vez parte del sacrificio de una porción de la libertad "natural" del ser humano, plantea en el plano filosófico el qué, el cómo y el porqué del nacimiento del Estado; y por ende el qué, el cómo y el porqué del papel del hombre en esa naciente situación.⁸

⁵ Octavio Orellana Wiarco, *Curso de derecho penal* (Ciudad de México: Porrúa, 1999), 2.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*, 3.

⁸ *Ibid.*

El contrato social, que fue una propuesta original de Hobbes, que enmendó Locke y amplió Rousseau, constituye una construcción ideológica basada en figuras jurídicas de la antigua Roma: el mandato y su revocación, la representación, la cesión de derechos, es decir, convenciones jurídicas pactadas libremente entre individuos. Las teorías sobre el contrato social tuvieron una fuerte repercusión en el ámbito penal, Beccaria asegura que este derecho le corresponde al soberano, ya que le corresponde por su condición establecer el castigo y la pena para los distintos delitos, y en tanto más justas sean las penas, más sagrada e inviolable es la seguridad y mayor la libertad que él da a sus súbditos.⁹

El soberano, no obstante, es un concepto que ha experimentado una interesante evolución en el devenir de la cuestión pública, puesto que antes se refería al rey, que era quien concentraba todo el poder del Estado, era el tiempo de los Estados absolutistas, de los reyes absolutos. Después, con el advenimiento de los Estados democráticos, se denomina soberano al pueblo, que es quien concede el poder cuando deposita su voto en las urnas.

Por otro lado, la pena es lícita -y aquí encuentra su justificación el *ius puniendi* estatal- en tanto que esta es una necesidad de la defensa de los particulares, esto es, de la sociedad en su totalidad, pues cuanto más sagrada sea la protección de la libertad de todos más respetará el individuo el poder punitivo del Estado. En esta época, posterior a Beccaria, el poder ya no está en una sola persona, se ha dividido en tres funciones que ejercen competencias -en teoría- de manera separada. El castigo de las infracciones contra la norma establecida por el contrato social es potestad de una de estas funciones, la judicial, que organiza sus recursos dentro de un marco legal que se nutre de dos fuentes, de una tradición jurídica que halla su origen en el derecho romano, y en la legislación nueva que elaboran los assembleístas para adecuar la normativa a los tiempos. Un ejemplo de esto es, precisamente, el garantismo presente en las constituciones, que obliga a modificar las leyes para adaptarlas a este nuevo enfoque jurídico.

¿Qué legitima el *ius puniendi* del Estado? Luquín estima que esta es la pregunta más compleja del derecho penal. Parte este autor de la convicción de que “ninguna de las teorías que pretenden justificar al *ius puniendi* lo logran”,¹⁰ lo que deja a la pena sin fundamento. Por ello el autor lo revisa en el marco de la democracia, a la que, junto con Bobbio, considera el destino de los países occidentales, por lo menos. “Teniendo el marco

⁹ Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y las penas* (Buenos Aires: Heliasta, 1993), 59-60.

¹⁰ Ernesto Luquín, “Repasando el *ius puniendi*”, *Iter Criminis*, n. ° 5 (2006): 115.

general del modelo de Estado en el que se cuestiona la justificación del *ius puniendi* puede replantearse la pregunta inicial. Y la respuesta me parece que se encuentra dentro del propio modelo de Estado. Solo dentro de un Estado social y democrático de Derecho es legítima la aplicación de las penas”.¹¹ Porque las teorías que han justificado las penas solo pueden ser aplicadas dentro de un sistema de Estado, incluso uno no democrático.

Así, el poder punitivo, justificado en el bien común, tiene su límite en el derecho penal. Según Muñoz Conde y Hassemer, comúnmente se habla de ‘misión del derecho penal’, aunque otros autores prefieren referirse a la ‘función del derecho penal’. La cuestión, aseguran, no tiene “gran importancia ya que, de un modo u otro, en tanto se entienda que la misión del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, ello también repercute en el concepto de delito y puede ser igualmente discutido en él.”¹²

De acuerdo a Villavicencio Terreros la función punitiva del Estado tiene su origen en su soberanía que este posee para identificar como punibles determinadas conductas y, consecuentemente, establecer las sanciones que corresponden:

Históricamente proviene de la Revolución Francesa y el pensamiento ilustrado del siglo XVIII, que originó la idea que el poder del Estado se halla controlado y limitado. Esta función está fundamentada y limitada por la Constitución Política, y en ella se encuentra su justificación política, como también en las normas internacionales. En nuestro caso, partimos del modelo de Estado social y democrático de derecho.¹³

De este modo, puede afirmarse que el Estado de derecho busca subordinar el poder punitivo al derecho, el Estado social sirve para legitimar la función de prevención para la protección de la sociedad, y el Estado democrático pone al derecho penal al servicio del individuo en tanto ciudadano.

Se diría que administrativa y políticamente el Estado es el titular exclusivo del derecho penal, a esa función punitiva del Estado se lo identifica como *ius puniendi*, pero el autor estima que esta denominación no es correcta, ya que esta “función no puede concebirse como un derecho (*ius*), tal denominación no alcanzaría a comprender a la potestad legislativa ubicada en la fase anterior a la aparición de la norma”.¹⁴ En vista de

¹¹ *Ibíd.*, 116.

¹² Francisco Muñoz Conde y Winfried Hassemer, *Introducción a la criminología y al derecho penal* (Valencia: tirant lo blanch, 1989), 100.

¹³ Felipe Villavicencio Terreros, “Límites a la función punitiva estatal”, *Derecho y Sociedad*, n.º 21 (2003): 93.

¹⁴ *Ibíd.*

que el derecho penal subjetivo es meramente un referente, pues hasta que no se dicte la norma que positiviza el derecho (el derecho penal objetivo) no existe posibilidad alguna de castigar o de prevenir.

De lo que se trata, entonces, es de gestionar las diferencias entre sujetos desiguales: el Estado, aparato coercitivo y el ciudadano, inerme ante el poder omnímodo de la Administración. El autor asegura que es desde las atribuciones funcionales del Estado que es posible referirse a limitaciones a su poder penal, se incluyen entre estos varios principios, el monopolio de la tutela de bienes jurídicos, la protección de derechos humanos (que se relaciona con un derecho penal garantista). “El Estado ya no tiene un poder absoluto, como antes lo tuvo, sino que al ejercer su derecho de castigar lo hace de acuerdo a determinados límites que lo rigen”.¹⁵ Los límites se manifiestan en forma de principios, los que promulga y aplica el Estado cuando establece las normas penales dentro del marco garantista de derecho.

El derecho penal funciona como limitador del poder punitivo del Estado en tanto cuenta con un conjunto de principios que frenan el exceso de celo en la punición. La legitimación de los límites sancionadores está, en primer lugar, en la Constitución y los tratados de ámbito internacional, después en un conjunto de principios. Pero todos tienen el mismo grado de importancia en el funcionamiento de un Estado garantista. Y cuando estos límites operan en la elaboración de normas penales, se llaman límites materiales (también garantías penales): pero sí lo hacen en la aplicación misma de las normas penales se denominan límites formales (o garantías procesales).

En los límites materiales están:

1. Principio de legalidad.
2. Principio de prohibición de la analogía.
3. Principio de irretroactividad.
4. Principio de la necesidad o de mínima intervención.
5. Principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos.
6. Principio de racionalidad y humanidad de las penas.
7. Principio de responsabilidad penal.
8. Principio de proporcionalidad.
9. Principio de primado de las normas del derecho de los derechos humanos y los principios constitucionales y la subordinación de la ley penal substantiva.

¹⁵ *Ibíd.*

10. Principio de representación popular.
11. Principio de respuesta no contingente
12. Principios de idoneidad.
13. Principio de implementabilidad administrativa de la ley.
14. Principio de respeto y protección a las autonomías culturales (tradiciones de las comunidades campesinas y nativas).
15. Principio de protección de la víctima.¹⁶

Limites formales o garantías procesales

1. El debido proceso.
2. Garantía jurisdiccional, principio de juicio legal o principio de jurisdiccionalidad.
3. Garantía de ejecución o principio de ejecución legal de la pena.¹⁷

En definitiva, y a modo de conclusión del acápite, puede afirmarse que el derecho penal es el instrumento que el Estado usa para ejercer su derecho punitivo, pero para prevenir excesos se crearon los límites a este poder, que son las garantías constitucionales y los principios ya mencionados, todo esto producto del desarrollo de la teoría internacional de los derechos humanos, que se vincula con la teoría del garantismo.

2. Derecho penal, sistema de vigilancia y sociedad del riesgo

Por derecho penal se entiende comúnmente como el derecho criminal, esto es, la parte que se ocupa de la tipificación de los delitos y su penalización. Respecto a esta concepción tradicional, autores como Zaffaroni, Alagia y Sloka estiman que es equívoca, al usarla en la designación de la ley penal: “La imprecisión no es inocua, porque confunde derecho penal (discurso de los juristas) con legislación penal (acto del poder político) y, por ende, derecho penal con poder punitivo, que son conceptos que es menester separar nítidamente, como paso previo al trazado de un adecuado horizonte de proyección del primero”.¹⁸ La alusión a la intencionalidad de las personas y, por consiguiente, de sus ópticas limitadas, no debe ser confundida con la negación del conocimiento racional y de la realidad del mundo.

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Sloka, *Derecho penal. Parte general*, 2.^a ed. (Buenos Aires: Ediar, 2002), 4.

La intencionalidad de esta confusión, al parecer y siguiendo el razonamiento de los autores, es conducir el *ius puniendi* por el sendero del autoritarismo, ya que de esta manera el Estado, mediante datos objetivos de la realidad seleccionados intencionalmente, crea una verdad inmodificable mediante la que implementa un sistema de vigilancia. Teniendo en cuenta que el sistema de vigilancia estatal es más o menos legítimo dependiendo del riesgo.

En el plano sociológico, Beck considera que “somos testigos (sujeto y objeto) de una fractura dentro de la modernidad, la cual se desprende de los contornos de la sociedad industrial clásica y acuña una nueva figura, a la que aquí llamamos ‘sociedad (industrial) del riesgo’”.¹⁹ El que estriba en el difícil equilibrio entre las contradicciones de la modernidad, las que se notan en los contrastes entre los distintos periodos que coexisten: la modernidad y la sociedad industrial, la sociedad industrial y la sociedad del riesgo. “En la modernidad avanzada, la producción social de riqueza -sostiene Beck, va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos”.²⁰ Es así que los conflictos en el reparto de la sociedad de la carencia se sustituyen en este nuevo tiempo por los conflictos y problemas de la producción y repartición de los riesgos producidos por la ciencia y la técnica:

En primer lugar, este cambio se consuma (como sabemos hoy) allí donde y en la medida en que mediante el nivel alcanzado por las fuerzas productivas humanas y tecnológicas y por las seguridades y regulaciones del Estado social se puede reducir objetivamente y excluir socialmente la miseria material auténtica. En segundo lugar, este cambio categorial depende al mismo tiempo de que al hilo del crecimiento exponencial de las fuerzas productivas en el proceso de modernización se liberen los riesgos y los potenciales de auto amenaza en una medida desconocida hasta el momento.²¹

La noción de sociedad industrial (o de clases, cuyos exponentes principales fueron Marx y Weber) trataba de cómo se puede repartir la riqueza (que se produce socialmente) de forma desigual, pero a la vez legítima; esta idea, según el autor, coincide exactamente con el nuevo paradigma de la sociedad del riesgo. Por tanto, suscribe que es preciso tener en cuenta que el proceso de innovación tecnológica tiene como reverso el deterioro, lo que redundará en el surgimiento de la sociedad del riesgo. Este concepto alude a un periodo

16. ¹⁹ Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad* (Barcelona: Paidós, 2002),

²⁰ *Ibíd.*, 25.

²¹ *Ibíd.*

en el desarrollo de la sociedad en la que mediante el cambio en los modelos de producción los riesgos (políticos, ecológicos e individuales) escapan -en proporción cada vez mayor- al control y la protección de los sistemas diseñados por la mencionada sociedad. Beck identifica aquí dos fases, en la primera las amenazas y las consecuencias se producen de modo sistemático, no obstante, no se las analiza públicamente y se tornan la fuente de conflicto político. En esta parte inicial la acción se supedita al conocimiento y la comprensión de la sociedad industrial, “que legitima y potencia al mismo tiempo la producción de peligros dependientes de la decisión y que son entendidos como restos de riesgo (sociedad portadora de restos de riesgo). A esto corresponde la aceptación de la dominabilidad total, ya que solo bajo este presupuesto son tolerables los restos de riesgo”.²²

En la segunda fase ocurre una situación distinta, en esta los peligros de la sociedad son motivo de debates públicos y privados. “Se constata que las instituciones de esta sociedad se convierten en focos de producción y legitimación de peligros incontrolables sobre la base de unas rígidas relaciones de propiedad y de poder. La sociedad industrial se contempla y se critica como sociedad del riesgo”.²³ Esta sociedad está determinada para actuar de acuerdo al modelo de la vieja sociedad industrial, repite sus patrones, pero las organizaciones, el sistema de derecho de las naciones, la política, conviven con debates y conflictos derivados de la dinámica de este tipo de industrialización posmoderna.

Y relacionados con las ideas de Beck, Jiménez Díaz sostiene que la calificación de sociedad del riesgo del sociólogo alemán es importante, pese a que otros autores ya habían reflexionado en esa dirección, aunque fue el sociólogo alemán quien introdujo el concepto para aludir a la forma de estructuración (en los niveles productivos, sociales y culturales) de la sociedad que emerge desde finales de la década de los setenta del siglo inmediatamente pasado.²⁴

Esta sociedad, según la autora, se caracteriza por ser compleja, dinámica, interconectada, transnacional y altamente intervenida por diversos colectivos. Y ahí el conflicto y el riesgo, pues los avances científicos y tecnológicos, junto a la globalización y otros factores, propician el apareamiento de peligros nuevos que amenazan al

²² *Ibíd.*, 201.

²³ *Ibíd.*, 202.

²⁴ María José Jiménez Díaz, “Sociedad del riesgo e intervención penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 16, (2014): 2.

individuo. Por lo anterior Jiménez Díaz considera que, planteada la situación actual, seguidamente surgen diversas interrogantes, la principal: “¿es adecuado que el Derecho penal se expanda con la finalidad de hacer frente a esos nuevos peligros o, por el contrario, debe mantenerse dentro de su ámbito clásico de tutela, dejando a otras ramas del Derecho los nuevos espacios que reclaman protección?”.²⁵ En caso de que la respuesta sea afirmativa, que es la probabilidad más alta, esto es, que se acepte como adecuada la expansión del derecho penal con la argumentación de que es preciso normar la nueva criminalidad que viene aparejada a la sociedad del riesgo, entonces surge otra duda “¿debe hacerlo manteniendo su configuración actual o sería necesario buscar alguna fórmula diferente?”.²⁶ La respuesta de muchos legisladores es el derecho criminal del enemigo.

Sin embargo, hay que preguntarse si la expansión del derecho penal, que se dirige a proteger a la sociedad actual de los nuevos peligros descritos, ¿viene a suponer una disminución de las libertades de los individuos o, por el contrario, esta expansión del punitivismo deriva en una mayor protección de esas libertades.

Prittwitz, por su parte, manifiesta que el derecho penal del riesgo es un concepto que se relaciona directamente con la escuela la Escuela de Frankfurt del derecho, y si esta imputación es correcta, o no, considera él que es de difícil solución y escasa importancia. Lo que considera trascendente es la misma vinculación del derecho penal con el riesgo de estas nuevas sociedades: “Situándonos aún en un plano descriptivo, este Derecho Penal del riesgo se caracteriza además porque el comportamiento que va ser tipificado no se considera previamente como socialmente inadecuado, al contrario, se criminaliza para que sea considerado como socialmente desvalorado”.²⁷ Esta definición afecta al derecho penal tanto medioambiental como económico y encamina a la praxis judicial por el sendero de la revitalización de la vieja creencia en el ímpetu transformador del hábito arraigado en el derecho penal.

Pero la motivación ética de en escasas ocasiones se relaciona con comportamientos violentos (ya tipificados). Las nuevas conductas no contravienen la ética social más inmediata, lo hacen frecuentemente con una especie de moral lejana, menos relevante en la estructuración de las conductas sociales si se las analiza de manera

²⁵ *Ibíd.*, 3.

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ Cornelius Prittwitz, “Sociedad del riesgo y derecho penal”, en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, eds. Luis Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann y Adán Nieto Martín (Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, 2003), 262.

aislada, pero que adquieren importancia cuando se las afronta desde el conjunto de las mismas desarrolladas en el tiempo, pues entonces es cuando se advierte su peligrosidad. En este párrafo encuentra la autora anterior su respuesta a la interrogación que planteaba sobre si se mermaban las libertades individuales de los ciudadanos con esta expansión del derecho penal.

3. El derecho penal del enemigo

Desde hace aproximadamente tres décadas se ha empezado a hablar de derecho penal del riesgo, y desde hace dos décadas de derecho penal del enemigo, ambas nociones han adquirido un papel importante en el debate político-criminal. Al respecto Prittwitz manifiesta que el problema es que se han convertido en ideas de moda en la comunidad penalista y político-criminal, por lo que las utilizan muchos que no saben de qué están hablando, lo que es nocivo para el debate científico en el que estas ideas deben analizarse debido a lo relevantes que son para la sociedad.

Este concepto caracteriza un Derecho penal con el cual el Estado no confronta a sus ciudadanos, sino a sus enemigos. ¿Cómo se le puede reconocer? Primero, en sus normas. El Derecho penal del enemigo castiga sus enemigos más, más duramente y con mayor rapidez. En el ámbito del Derecho penal material la esfera de libertad de acción y (en parte) también de pensamiento de los ciudadanos es más limitada.²⁸

Una vez que el ciudadano ha sido definido por el sistema (la administración de justicia) como enemigo, pierde sus derechos procesales, ya que el Estado lo cataloga como un peligro potencial para todos los habitantes. Aquí vale la pena traer a colación las reflexiones de Jiménez Redondo cuando recuerda que Jakobs empieza diciendo que tanto el derecho penal del ciudadano como el del enemigo son solamente dos polos de todo derecho penal, puesto que, asegura el autor, “el hecho, como hecho de una persona racional, significa algo, significa una desautorización de la norma, un ataque a su vigencia, y la pena también significa algo: significa que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente sin modificación, manteniéndose, por tanto, la configuración de la sociedad”.²⁹

²⁸ Cornelius Prittwitz, “Derecho penal del riesgo y derecho penal del enemigo”, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, n.º 6 (19 de junio de 2012): 14.

²⁹ Manuel Jiménez Redondo, “Sobre la distinción de Günther Jakobs entre ‘derecho penal del ciudadano’ y ‘derecho penal del enemigo’”, *Teorder*, n.º 4 (2008): 196.

Las nociones relativas al derecho penal del enemigo se sitúan temporalmente en 1985, cuando el alemán Günther Jakobs, profesor de derecho, publicó un artículo en una revista jurídica que luego se publicó en un libro, titulado “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”.³⁰ Después, en dos artículos publicados en la misma revista, él mismo se extendió en explicaciones sobre su teoría del derecho penal del enemigo, pero manteniendo los rasgos definitorios que constan en el artículo original. En el primero de ellos “el profesor Jakobs se refiere al empleo de la criminalización en los estadios previos a la lesión de bienes jurídicos y a la penalización de la esfera interna-privada del sujeto”.³¹ El jurista alemán solo admitía el derecho penal del enemigo como una circunstancia excepcional dentro del Estado de derecho, una legislación de emergencia enmarcada en la guerra contra el terrorismo que libraban ya Europa y los Estados Unidos.

La justificación que esgrimía Jakobs para su teoría era que en un ordenamiento jurídico tal y como está establecido una persona tiene la condición de ciudadana, esto es, que dispone de una esfera pública y de una privada que el autor denomina civil interna. “Junto a ella hay una esfera externa, a la que no solo pertenecen los derechos de intervención en asuntos públicos, lo que aquí resulta poco relevante, sino también -y esto es lo que importa- los contactos sociales no reservados y, además, los derechos a la utilización de bienes de uso común, a la salida y entrada del territorio, etc.”.³² A la segunda los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado no pueden acceder, so riesgo de vulnerar derechos fundamentales garantizados a todos los individuos por sistemas legales producto de la evolución del Estado de derecho.

Así, al diferenciar las esferas interna y externa de los ciudadanos, Jakobs crea la categoría de enemigos del Estado, para sí justificar la incursión de la policía en ese ámbito privado que se garantiza a los ciudadanos, ya que al calificarlos como enemigos se les desposee del estatus de ciudadanos, por tanto, cede una parte de su esfera interna o privada en interés del bien general. “Una disminución semejante del sujeto pertenece a un Derecho penal de índole peculiar que se diferencia nítidamente del Derecho penal de ciudadanos: el Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el

³⁰ Günther Jakobs, *Estudios de derecho penal*, trad. Enrique Peñaranda Ramos (Madrid: Civitas, 1997), 314.

³¹ Carmen Ladrón de Guevara Pascual, “Seguridad versus garantías procesales: ¿hacia un Derecho procesal del enemigo?” (tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2012), 24.

³² Jakobs, *Estudios de derecho penal*, 297.

Derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad”.³³ De acuerdo a esto, son parte del derecho penal del enemigo los actos que se efectúan en el ámbito privado como los eventos preparatorios de un atentado, las asociaciones terroristas o criminales, los delitos contra la seguridad del Estado, etc.

El enemigo, para Silva Sánchez, es aquel a través de su actitud, su comportamiento, su actividad laboral o, “principalmente, mediante su vinculación a una organización, ha abandonado el derecho de modo supuestamente duradero y no solo de manera incidental”.³⁴ En conclusión, es alguien que no garantiza ni la más elemental seguridad en su comportamiento personal, lo que se evidencia en su conducta. Estos enemigos se encuentran, entonces, fuera del contrato social, es decir, al margen de la sociedad, por consiguiente, no se les aplican los mismos derechos que a los ciudadanos: “Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo”.³⁵ Precisamente por ello se les aplican normas especiales, pues pierden para el estado su condición de personas, por tanto, no son como los demás.

Sin duda una de las características que más resalta del derecho penal actual (y, en consecuencia, de la política criminal) es su tendencia expansionista, tal como sugiere Cancio Meliá, “el fenómeno más destacado en la evolución de las legislaciones penales del mundo occidental es la aparición de múltiples nuevas figuras, a veces incluso nuevos sectores de regulación, ello acompañado de una actividad de reforma de tipos penales ya existentes realizada a un ritmo muy superior al de épocas anteriores”.³⁶ Entre los rasgos principales de esta corriente están la reglamentación de nuevos sectores de la vida social (con lo que se salta el principio de legalidad), la globalización del derecho penal para perseguir los delitos internacionalmente, así como la progresiva destrucción del derecho penal de orden liberal.

El derecho penal del enemigo se construye a partir de una previa distinción de la existencia de determinados sujetos que se consideran como ciudadanos y la de otros que -de manera obligatoria- han de ser etiquetados y tratados como enemigos, y es a partir

³³ *Ibíd.*, 298.

³⁴ Jesús-María Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª ed. (Madrid: Civitas Ediciones, 2001), 164.

³⁵ Günter Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo* (Madrid: Civitas Ediciones, 2003), 26.

³⁶ Manuel Cancio Meliá, “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el código penal español después de la LO/2000”, *Revista Jueces para la Democracia*, n.º 44 (2002): 22.

estas delimitaciones que propone la configuración de secciones del derecho penal: el derecho penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo, ambos funcionan en un Estado de derecho por esa compartimentación que se hace mediante el etiquetamiento en ciudadanos y en enemigos. Del primero sostiene Núñez Leiva afirma que “define y sanciona delitos, o infracciones de normas, que llevan a cabo los ciudadanos de un modo incidental y que normalmente son la simple expresión de un abuso por los mismos de las relaciones sociales en que participan desde su status de ciudadanos, es decir, en su condición de sujetos vinculados a y por el derecho”.³⁷ La segunda sección del derecho penal, la del enemigo, diagnóstica, describe y castiga actos cometidos por individuos que se han apartado del derecho, “presumiblemente de un modo duradero y no solo de manera incidental”.³⁸ Esto es, que cometen estos delitos por razones ideológicas, convencidos mientras atentan contra bienes jurídicos protegidos tan importantes como la vida y la seguridad públicas de que tienen la razón, sea una razón religiosa o política. Ejemplo de lo primero sería el terrorismo yihadista, de lo segundo el IRA irlandés que luchaba por la independencia de Irlanda del Norte.

En conclusión, el derecho penal del enemigo parte en dos el derecho penal liberal, al clasificar a los individuos en dos grupos, uno de ellos, el de los ciudadanos, y el otro el de los enemigos, y cada grupo es tratado por una corriente del derecho. Asimismo, es preciso recordar que en sus orígenes Jakobs desarrolló el derecho penal del enemigo como un derecho de excepción, es decir, de uso temporal hasta que la emergencia que lo hacía necesario hubiera concluido.

4. La teoría del garantismo

Souza sostiene que el garantismo -que aparece durante el Iluminismo- es la matriz histórica del paradigma que se derivará de ahí, el positivismo jurídico, asumiendo los principios de esa cultura jurídica que concede derechos exigibles a los ciudadanos. De este modo, la aportación doctrinal del garantismo pretende hacer frente a los problemas de legalidad que afrontaba el sistema, que no respetaba derechos.

De ahí que traten de radicalizar los valores y principios del sistema de garantías ideados por la cultura liberal-burguesa, refundándolos o reconfigurándolos sobre la base de una noción más amplia y porosa de legalidad. La premisa de esta operación radica en el

³⁷ José Ignacio Núñez Leiva, “Un análisis abstracto del Derecho penal del enemigo a partir del constitucionalismo garantista y dignatario”, *Política Criminal*, vol. 4, n. ° 8 (diciembre de 2009): 387.

³⁸ *Ibíd.*

reconocimiento de que la estructura de legalidad del derecho moderno contiene substratos no solo formales sino también sustanciales.³⁹

Según esto, existe un doble nivel de legalidad que además de establecer cómo se produce el derecho mediante las normas, también programa su contenido, vinculándolo a un plano superior de juridicidad en el que están ubicados los derechos y los principios esenciales del sistema. El plano superior es el de los derechos fundamentales que en la actualidad contemplan las constituciones de muchos países.

La teoría garantista encuentra sus raíces en autores pretéritos, Gascón, por ejemplo, sostiene que “la teoría general del garantismo arranca de la idea -presente ya en Locke y en Montesquieu- de que del poder hay que esperar siempre un potencial abuso que es preciso neutralizar haciendo del derecho un sistema de garantías, de límites y vínculos al poder para la tutela de los derechos”.⁴⁰ El garantismo -al principio- exige la separación entre derecho y moral, lo que viene a ser lo mismo que entre delito y pecado, mediante lo cual construye los fundamentos de la función del derecho penal y la finalidad de la pena.

Otro autor que también localiza el origen del garantismo en las teorizaciones del mismo Montesquieu (1689-1755) es Rafecas, quien afirma que desde los inicios del Iluminismo -y hasta los primeros años del siglo XX, se hicieron muchos esfuerzos por plasmar en las normas jurídicas los ideales de libertad e igualdad, pero pronto se hizo evidente que no era suficiente, “que juristas y ciudadanos debían trasladar sus esfuerzos de interpretación (los primeros) y de control (los segundos) a las prácticas de los gobernantes, al plano de la realidad social a la que dichas normas se dirigían”.⁴¹

Efectivamente, se concuerda con los autores citados en tanto atribuyen a Montesquieu un papel importante en el origen del garantismo, pues en *El espíritu de las leyes* el padre de la moderna separación de poderes ya define al principio de legalidad como una garantía de esta separación.⁴² Es así que, como sostiene Ibáñez en el prólogo de *El espíritu del garantismo. Montesquieu y el poder de castigar*.

³⁹ María de Lourdes Souza, “Del uso alternativo del derecho al garantismo: una evolución paradójica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. ° XV (1998): 244.

⁴⁰ Marina Gascón, “La teoría general del garantismo. Rasgos principales”, en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, eds. Miguel Carbonell y Pedro Salazar (Madrid: Trotta, 2005), 22.

⁴¹ Daniel Rafecas, “Una aproximación al concepto de garantismo penal”, *Lecciones y Ensayos*, n. ° 80 (2013): 160.

⁴² Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, trad. Siro García del Mazo, t. I (Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1906), 17-9.

Como penalista que enseña cómo la libertad ciudadana depende de la bondad de las leyes penales: de la configuración de la esfera de los delitos, de la composición del arsenal de las penas, de la organización jurisdiccional y de las reglas del proceso. La lección política de Montesquieu inspiró a Cesare Beccaria, fecundó el debate ilustrado y contribuyó a la laicización, humanización y racionalización del sistema penal.⁴³

Es -indudablemente- el precursor de la teoría del Estado de derecho como paradigma de organización y de la democracia como el sistema constitucional que limita a unos poderes de otro modo ilimitados.

Ferrajoli sostiene que la teoría semántica (también llamada objetiva) del significado de la verdad es esencial al garantismo, igual que la subjetiva respecto de los criterios del mismo: la subjetividad de la coherencia y la aceptabilidad justificada. En este caso, siguiendo el razonamiento del autor, si la segunda permite instituir el sistema de garantías procesales, la segunda funda el de las llamadas garantías penales. En otras palabras, “la primera teoría -la objetiva o semántica-, al definir el significado de ‘verdad’ nos indica las condiciones de uso del término ‘verdadero’, que pueden ser identificadas con la verificabilidad y con la refutabilidad de las hipótesis acusatorias, aseguradas a su vez por la predeterminación legal de las figuras de delito en términos unívocos y taxativos”.⁴⁴

Desde esa óptica, la segunda teoría lo que establece es las condiciones en las que esa hipótesis será aceptada como verdadera o rechazada como falsa. Esto se determinará en el proceso mediante el análisis del material probatorio mediante el *modus ponens*⁴⁵ o a través del *modus tollens*.⁴⁶ Es por demás evidente que la información obtenida en el uso de estos criterios no resulta ni objetiva ni cierta, puede afirmarse que es opinable y probable, esto último debido a las decisiones y los juicios de valor que participan igual en la interpretación que en la valoración de las pruebas. Pero, advierte Ferrajoli, la discrecionalidad de estas valoraciones puede, de hecho, ser reducida. “Y es justamente en las técnicas idóneas para reducirla en lo que consiste el conjunto de las garantías, tanto penales como procesales, todas las cuales se enderezan a asegurar la naturaleza

⁴³ Darío Ippólito, *El espíritu del garantismo. Montesquieu y el poder de castigar*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez (Madrid: Trotta, 2018), 7.

⁴⁴ Luigi Ferrajoli, *Epistemología jurídica y garantismo* (Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, 2004), 237.

⁴⁵ Justo Fernández López, “*Modus ponens und modus tollens*”, *Hispanoteca*, accedido 28 de junio de 2019, <https://bit.ly/3eIXp9B>: “Según la cual puede afirmarse el consecuente de un condicional si se afirma su antecedente”.

⁴⁶ *Ibíd.*: “Según la cual puede negarse el antecedente de un condicional si se niega su consecuente”.

cognoscitiva del juicio mediante reglas sobre la semántica del lenguaje legal y del jurisdiccional”.⁴⁷

En una segunda definición, garantismo se refiere a una teoría jurídica de la efectividad y la validez como categorías paralelas entre sí y respecto a las normas. En este sentido, asegura Ferrajoli:

La palabra garantismo expresa una aproximación teórica que mantiene separados el ‘ser y el deber ser’ en el derecho; e incluso propone, como cuestión teórica central, la divergencia existente en los ordenamientos complejos entre modelos normativos (tendencialmente garantistas) y prácticas operativas (tendencialmente antigarantistas), interpretándola mediante la antinomia -dentro de ciertos límites fisiológica y fuera de ellos patológica- que subsiste entre validez (e inefectividad) de los primeros y efectividad (e invalidez) de las segundas.⁴⁸

La teoría del garantismo, por tanto, responde a unos postulados divergentes entre normatividad y realidad, entre la validez y la invalidez del sistema normativo, entre el funcionamiento efectivo en los niveles más bajos y en los más altos, por lo que se revela idónea para revelar tanto su efectividad como su inefectividad. El garantismo es, en la praxis, una doctrina jurídica dicotómica, pues a la vez que legitima deslegitima el derecho penal, demanda de jueces y juristas una permanente crítica hacia la normativa vigente debido a los dos puntos de vista: el normativo y el fáctico.

En una tercera acepción, garantismo viene a referirse a una filosofía política que exige al derecho y al mismo Estado hacer una justificación de acuerdo a los bienes y a los intereses que tiene como finalidad garantizar y proteger. En este último sentido, asegura el autor, el garantismo “presupone la doctrina laica de la separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre punto de vista interno y punto de vista externo en la valoración del ordenamiento, es decir, entre ser y deber ser» del derecho”.⁴⁹ Esto, no obstante, equivale a asumir un punto de vista solamente externo, respecto a los objetivos de legitimación y deslegitimación ético-política del derecho y del Estado. Esta tercera acepción, por otro lado, corresponde al pensamiento ilustrado y a la ciencia del derecho que este permitió elaborar durante la teorización y conformación del moderno Estado de derecho, cuando el Estado absolutista agonizaba. En general, en este punto de vista coinciden todos los teóricos que tienen una perspectiva no conservadora, sea esta

⁴⁷ Ferrajoli, *Epistemología jurídica y garantismo*, 237.

⁴⁸ *Ibíd.*, 852.

⁴⁹ *Ibíd.*, 853.

reformista o revolucionaria. Además, es preciso mencionar que un punto de vista externo (o político), que no se base ni copie al interno (o jurídico), es imperativo a toda doctrina democrática que teorice sobre los poderes del Estado y no solo sobre el penal.

4.1. Garantismo constitucional

Dalla afirma que el garantismo podría confundirse con una parte del derecho constitucional, con la dogmática, “una primera aproximación clásica diría que en la parte dogmática de la constitución se encuentran las declaraciones, derechos y garantías, en tanto se reserva a la parte orgánica lo referido al estatuto del poder y a sus divisiones ‘verticales’ y ‘horizontales’, si usamos la terminología de Lowenstein”.⁵⁰ Esta aproximación, sin embargo, ofrece una versión limitada de las garantías constitucionales, puesto que los derechos consagrados -en teoría- en la Constitución se relacionan con la potencialidad de un sujeto, un grupo o de varios, en tanto que las garantías constitucionales tienen un ejercicio más restringido, circunscrito este a los mecanismos procesales susceptibles de proteger o hacer valer los derechos. Y aquí se refiere el autor a Kelsen, que sostenía que “el verdadero derecho subjetivo existe cuando el individuo cuenta con todo un sistema para defenderse ante la violación de un derecho, sistema que incluye la titularidad de una acción (legitimidad), y el acceso a la justicia ante los tribunales imparciales integrados por jueces que respeten las reglas del proceso”.⁵¹

El garantismo constitucional, también llamado neoconstitucionalismo, viene a inaugurar un modelo nuevo de Estado de derecho, así como “un tipo de teoría del derecho requerida para explicar dicho modelo y también se refiere a la ideología, o filosofía política que permite justificar la fórmula del Estado constitucional de derecho”.⁵² La ideología del neoconstitucionalismo es para los autores una reacción ética a los abusos que posibilitó el positivismo jurídico. El análisis de las diferencias y similitudes entre ambas ideologías del derecho, según los autores, permiten entender el apareamiento y la institucionalización del garantismo como una garantía más del Estado de derecho contemporáneo:

⁵⁰ Alberto Ricardo Dalla, *Estudios sobre Constitución y economía* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003), 29.

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² Juan Montaña Pinto y Patricio Pazmiño Freire, “Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano”, en *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, eds. Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero Solís (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013), 30.

1. El Estado descubre una nueva finalidad: garantizar los derechos de las personas.
2. El Estado se torna constitucionalista, es decir, la Constitución está por encima del resto del ordenamiento jurídico.
3. La Constitución es aplicable directamente, no precisa de norma secundaria.
4. La Constitución se hace omnipresente, puesta se apela a ella para resolver todo conflicto, aunque sea mínimamente relevante.
5. Coexisten valores contradictorios, antes todos eran ideológicamente homogéneos.
6. El papel del juez es reforzado, ya que se asigna a la jurisdicción una categoría de garantía de los derechos de los individuos y de creación de jurisprudencia.
7. Se origina, igualmente, una modificación significativa en la forma de establecer los juicios sobre la validez de las normas jurídicas.
8. El conjunto de estas acciones tiene como fin que un organismo autónomo y especializado la garantice la nueva institucionalidad. La función principal del mismo es garantizar la supremacía de la Constitución.⁵³

Puede colegirse, entonces, que el garantismo constitucional otorga a la Constitución en el Ecuador un carácter de norma jurídica que se aplica directamente, que no precisa de norma secundaria porque es -efectivamente- suprema al haberse definido en ella al Estado como constitucional.

Por otro lado, el modelo constitucional actual (que llega con la Constitución de 2008, todavía en vigencia), lo entienden los autores como una reacción humanista a los gobiernos autoritarios (y empresariales) que tuvo el país desde el retorno a la democracia, una crisis que suscitó la necesidad (en círculos académicos y políticos) de plantearse un nuevo modelo estatal. Este modelo conjuga los postulados del garantismo constitucional europeo con respuestas propias de la región. Es así que el constitucionalismo ecuatoriano contiene los elementos modelo pos positivista junto a elementos propias de la realidad local:

⁵³ *Ibíd.*, 35-6.

- a) la adopción de un modelo de democracia participativa en reemplazo de la antigua democracia representativa;
- b) la constitucionalización de las modernas tendencias del derecho internacional de los derechos humanos;
- c) el fortalecimiento del papel de los jueces y la función judicial dentro de la arquitectura constitucional;
- d) la ampliación radical del sistema de garantías establecido en la Constitución; e) el reconocimiento al carácter multiétnico y pluricultural de las naciones latinoamericanas.⁵⁴

El esbozado en la Constitución de 2008, no obstante, es un modelo de Estado que ha contado con no pocos problemas para su implementación. Las viejas infraestructuras (sobre todo mentales) se resisten a dejar paso a las nuevas. Se diría, entonces, que el garantismo constitucional ecuatoriano emprendió un camino en 2008, para modificar el Estado y convertirlo en uno de derechos y justicia social, y para ello cuenta con importantes instrumentos de apoyo, como la Corte Constitucional, en opinión de Núñez Santamaría, quien asegura que la dogmática jurídica ha discutido ampliamente el estatus de los tribunales constitucionales, que sin duda ha cambiado con el transcurrir del tiempo, en un primer acercamiento, “necesariamente debemos buscar un acercamiento con el creador del Tribunal Constitucional como hoy lo conocemos. Así, Hans Kelsen introduce la idea de un Tribunal Constitucional en el esquema de su concepción del derecho, es decir, que una norma es jurídica únicamente cuando tiene la fuerza para ser ejecutada.⁵⁵ Para ello en el país se establece una Corte Constitucional, que es la instancia judicial suprema da la que acceden los ciudadanos.

Antes de las teorizaciones de Kelsen la Constitución no se constituía en una norma jurídica vinculante, era meramente programática; consecuentemente, se mostraba incapaz de vincular a los poderes estatales y de limitar el abuso de la fuerza (en teoría legítima) de la que hace uso del Estado. Es entonces cuando “el profesor austríaco idea la teoría de la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico, y así una Constitución se torna en una verdadera norma válida y eficaz, a través de una garantía”.⁵⁶ Para ello se precisaba de un órgano especialmente diseñado y que contase con las competencias de verificar el uso y la eficacia de las garantías establecidas en la Constitución. A partir de aquí el Tribunal Constitucional (en Ecuador la Corte Constitucional) pasa a ser el ente garante de la fuerza de la norma suprema, sin lo cual no se la podría considerar como norma jurídica.

⁵⁴ *Ibíd.*, 39.

⁵⁵ Diego Núñez Santamaría, “Estatus de una Corte Constitucional: Corte de precedentes”, en *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, eds. Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero Solís (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013), 51.

⁵⁶ *Ibíd.*

No obstante, es preciso recordar que después de la posguerra el derecho dejó de ser valorativo, es decir, ya no se consideraba meramente como un valor social, sin tomar en cuenta su valor moral, lo que constituyó, según el autor, en cambio en el positivismo metodológico en el que estaba inmerso el derecho hasta esa época. Desde entonces las constituciones, al concebir a los derechos como normas, han empezado a incluir garantías jurisdiccionales. Los derechos deben ser observados a lo largo de todo proceso judicial, lo que viene a implicar en la práctica que los derechos fundamentales irradian a todo el sistema jurídico. “Con estas apreciaciones podemos afirmar que los órganos de control constitucional también tienen un estatus material de protector de derechos fundamentales, señalados en los principios sustanciales de las Constituciones”.⁵⁷ Y lo tienen porque una parte de su trabajo es la defensa de los derechos fundamentales y la reivindicación de los derechos inmanentes a la dignidad humana, pese a que no se encuentren previstos en los textos normativos.

Ferrajoli, el fundador del garantismo moderno estima que hay tres acepciones sobre las que este se asienta: el Estado de derecho, teoría del derecho y crítica del derecho y filosofía del derecho y crítica de la política:

Según una primera acepción, garantismo designa un modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de estricta legalidad» SG propio del estado de derecho, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad, y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es garantista todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva.⁵⁸

Al ser este un paradigma límite, es necesario aludir más que a sistemas garantistas a los diversos grados de garantismo, distinguiendo entre el modelo y el funcionamiento. La bondad de un sistema constitucional se mide por la efectividad de los mecanismos de invalidación y de reparación, en decir, por cuánto garanticen los derechos proclamados en una constitución.

⁵⁷ *Ibíd.*, 55.

⁵⁸ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid: Trotta, 1995), 851.

4.2. Garantismo penal

Para Díaz-Madrigal el garantismo penal es una ideología de lo jurídico, remite a una manera de entender y de aplicar el derecho: “Se trata también de una serie de postulados en construcción que conforman una teoría general, donde se explica la lógica del Estado de derecho, vinculada estrechamente con la teoría del Estado constitucional (desde el punto de vista normativo), y con el llamado neoconstitucionalismo (desde el punto de vista teórico)”.⁵⁹ Porque el garantismo como postulado teórico desconfió del poder en general, sea este público o privado, nacional o internacional. Ante ellos, afirma la autora, “no se da de manera espontánea un cumplimiento espontáneo de los derechos, por tal razón se les debe limitar, sujetarlos a vínculos jurídicos que los acoten y que preserven los derechos subjetivos, sobre todo si tienen carácter de derechos fundamentales”.⁶⁰

Por lo demás, la teoría del garantismo penal, dice Ferrajoli, tiene un alcance teórico y filosófico, ya que bosqueja el carácter del poder público en un Estado de derecho, la discrepancia entre la validez y la vigencia que producen los desniveles de normas, “la distinción entre punto de vista externo (o ético-político) y punto de vista interno (o jurídico) y la correspondiente divergencia entre justicia y validez; la autonomía y la precedencia del primero y un cierto grado irreductible de ilegitimidad política de las instituciones vigentes con respecto a él”.⁶¹ Importante es destacar que estos elementos son válidos más allá del marco del derecho pena, se extienden a todos los sectores del ordenamiento jurídico

Por lo que es posible elaborar para ellos, respecto a otros derechos fundamentales, modelos que garanticen la legalidad y la justicia, en el derecho civil, el laboral, el administrativo, constitucional, laboral, etc. Igualmente les sirven las categorías del planteamiento garantista, puesto que estas representan instrumentos esenciales para el análisis y para la crítica de las contradicciones y las lagunas jurídicas y políticas que esta metodología pone de manifiesto.

En el Ecuador la noción del garantismo se ha insertado en la norma suprema vigente (de 2008), en la que se evidencian avances de calado relativos a las garantías constitucionales (normativas, jurisdiccionales o institucionales). De hecho, desde la

⁵⁹ Ivonne Díaz Madrigal, *La mediación en el sistema de justicia penal: justicia restaurativa en México y España* (Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013), 15-6.

⁶⁰ *Ibid.*, 16.

⁶¹ Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 854.

entrada en vigencia de la nueva Constitución, se empezó a hablar del ingreso del país en la órbita del garantismo, se ha debatido en la misma medida, especialmente en los medios de comunicación, y, de acuerdo a Montaña Pinto y Pazmiño Freire, “sobre los riesgos de tal decisión constituyente, particularmente de las amenazas que se ciernen sobre el orden jurídico con la importación e imposición de un modelo teórico y filosófico ajeno a nuestra realidad”.⁶²

La realidad penal ecuatoriana ha sido hasta esa fecha la del derecho penal del enemigo, recuérdese que el Estado responde a una tradición heredada de la Corona española, diseñada para mantener y eternizar un sistema injusto de redistribución de la riqueza mediante constructos sociales racistas, clasistas y machistas. Una realidad que no ha cambiado mucho desde los tres siglos que hace que el país obtuvo su independencia de la metrópoli española.

Es así que este nuevo enfoque constitucional que se aplica al derecho penal en el país viene a representar una absoluta novedad en el panorama constitucional y jurídico-penal nacional, pese a lo cual la comprensión (de los juristas, los políticos y los operadores de justicia) sobre su significado y alcances son más bien pocos. Montaña Pinto y Pazmiño Freire afirman que no se conocen sus orígenes, ni los presupuestos de los que parten o sus objetivos, así como -la mayoría- no sabe cuáles son sus elementos, su contenido y sus diferencias con el sistema anterior.

En cambio, y a diferencia, no se ha discutido en absoluto sobre cuáles y cuántos son los elementos que componen la cultura jurídica tradicional en el Ecuador, esto es, cuál es el aporte del positivismo criollo en el “mantenimiento y la profundización del *statu quo* de profunda inequidad y desigualdad en que vivimos los ecuatorianos; tampoco se ha dicho mucho sobre los elementos específicos de la propuesta jurídica de cambio, que podemos denominar posneoliberal, implícita en la actual Constitución”.⁶³

Para comprender cabalmente las diferencias entre uno y otro sistema (el antiguo y el nuevo, por decirlo de alguna manera) es preciso reconocer algunos rasgos esenciales del positivismo antes de entrar a valorar el garantismo aplicado en Ecuador. Autores como Hart o Bobbio afirma que no es posible hablar de único positivismo jurídico, puesto que esta expresión puede tener varios y disímiles significados, incluso contradictorios.

⁶² Montaña Pinto y Pazmiño Freire, “Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano”, 23.

⁶³ *Ibíd.*, 24.

Hart, por ejemplo, considera que el término positivismo jurídico se puede aplicar a cinco tesis diferentes: a) la caracterización del derecho como conjunto de mandatos formulados por seres humanos; b) la distinción radical entre el derecho y la moral, o también entre el derecho que es y el que debiera ser; c) la clara distinción entre dogmática del derecho, la historia del derecho y la sociología del derecho; d) el entendimiento que el sistema jurídico es un orden del que siempre se pueden encontrar respuestas correctas a partir de análisis lógicos, sin necesidad de tomar en cuenta principios éticos, tendencias políticas o fines sociales; finalmente e) la concepción según la cual los hechos jurídicos no se formulan en la forma en que se definen los juicios morales.⁶⁴

Hart considera que no hay vínculos imposibles de romper entre estas cinco tesis, lo que permite colegir que no es indispensable suscribirlas todas, también es posible defender unas y rechazar otras.

Por otro lado, Bobbio estableció hace poco más de cuatro décadas que son cuatro los aspectos que caracterizan el positivismo: “a) el positivismo como metodología de estudio del derecho; b) el positivismo como teoría o concepción específica del derecho; c) el positivismo o formalismo como método de aplicación o interpretación del derecho; d) el positivismo como ideología o teoría de la justicia”. Pero este positivismo, así como el formalismo ético y la teoría estatalista del derecho, sostienen Montaña Pinto y Pazmiño Freire, están en crisis desde poco después de la Segunda Guerra Mundial. “No cabe duda de que la crisis del positivismo, y la potente aparición del constitucionalismo social en Alemania e Italia especialmente, están relacionadas con la historia, las circunstancias y el comportamiento del positivismo durante la guerra”.⁶⁵ Se debe, fundamentalmente, a que el positivismo jurídico no sirvió para contener los terribles acontecimientos que costaron la vida a millones de personas, de hecho, los derechos humanos y el garantismo penal son consecuencia directa de los horrores que el positivismo jurídico -de alguna manera- permitió desde 1933 y hasta 1945 en Europa, lo que explica el rechazo al formalismo y la búsqueda de un fundamento moral.

Sin embargo, en el país, la cultura jurídica -mayoritariamente del siglo XIX- se basa en una visión formalista y mecanicista de lo jurídico, en la que confluyen el rígido estatalismo jurídico y un formalismo ético, especialmente fuerte entre los jueces, así como una escasa capacidad de interpretación de la norma y poca aplicación del método científico en cuanto al derecho. Los autores consideran que el resultado una praxis desfasada y de bajo nivel del positivismo europeo y una total incapacidad de cumplir con su función en la sociedad, alejada de la realidad en la que se aplica.

⁶⁴ *Ibíd.*, 26.

⁶⁵ *Ibíd.*, 29.

Muestra de ello es que en Ecuador todavía existen algunos juristas tradicionales que, ajenos a una mínima comprensión del proceso histórico y social en que viven, sostienen aún la validez de la concepción formal de la justicia que identifica lo justo con lo que es conforme al texto de la ley, y en tal sentido la aplicación del derecho solo se puede dar a partir de una búsqueda del *significado de la ley* positiva estatal; pero olvidan que los operadores jurídicos prácticos y los jueces en particular, aplican estas reglas positivas a partir de una idea o principio de justicia supuestamente *amoral* que vincula lo justo con lo legal.⁶⁶

Muchos olvidan que cuando un juez toma una decisión esta se debe a motivaciones internas (ideas religiosas, idiosincrasia, incluso ignorancia) que no tienen que ver con la interpretación de la ley. En la actualidad ya está más generalmente aceptado que los juicios de valor de cada juzgador intervienen directamente en la solución del problema jurídico que se le presenta. En el caso del Ecuador, la mayoría de los juristas se adscriben entusiastamente a una versión criolla del positivismo jurídico, continúan asumiendo todos sus postulados de forma totalmente acrítica.

Ávila Santamaría afirma que el derecho penal funciona como un sistema que garantiza la protección de los derechos de las garantías de los ciudadanos del poder omnímodo del Estado. En este sentido, el “garantismo tiene sustento jurídico en las constituciones conocidas como fuertemente materializadas por la incorporación de múltiples derechos de las personas y colectividades”.⁶⁷ Y el único modelo de derecho penal que un Estado constitucional puede admitir es uno de garantismo penal. Según el autor el garantismo en lo penal admite la elaboración de un discurso coherente y contemporáneo, además de “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”.⁶⁸

Además de un discurso coherente, contemporáneo y una justificación a la existencia del derecho penal, el garantismo le otorga una legitimación que ayuda a sustentar la autoridad del Estado ante la sociedad.

Por lo mencionado es que, desde el punto de vista del garantismo, sobre todo desde el ámbito del derecho penal, es esencial hacer una diferenciación entre validez y

⁶⁶ *Ibíd.*, 30.

⁶⁷ Ramiro Ávila Santamaría, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal* (Quito: Ediciones Legales EDLE, 2013), 42.

⁶⁸ *Ibíd.*

eficacia de las normas, pero, especialmente y más importante, entre validez y vigencia de las mismas. Rafecas sostiene que:

En verdad, a primera vista parece ser una cuestión inherente al Derecho Penal -de hecho, el garantismo se gestó en el ámbito de reflexión sobre el derecho y el sistema penal, en la perspectiva del “derecho penal mínimo”-. pero si hacemos un esfuerzo más penetrante acerca de su significado, importancia y consecuencias, veremos que la cuestión no es ajena a otras ramas del derecho como son la teoría del derecho y del Estado, el derecho constitucional y la filosofía del derecho. Su tratamiento también parece inevitable en las ciencias políticas y en la sociología jurídica.⁶⁹

Los derechos fundamentales -expectativas de todos los ciudadanos de una nación- son por disposición constitucional los límites insalvables de las decisiones de gobierno. En este la organización social Estado es quien garantiza a la vez que limita esas libertades. “En este sentido, el enfoque garantista requiere de modo indispensable partir del concepto de Estado como un instrumento, como un medio para la realización de tales derechos fundamentales (que defendía toda la tradición ilustrada de los siglos XVII y XVIII)”.⁷⁰ Se trata, pues, de un fin utilitarista, de conseguir el máximo de concreción de esas expectativas, que provienen de la idea del contrato social y de que la comunidad es anterior al Estado.

⁶⁹ Rafecas, “Una aproximación al concepto de garantismo penal”, 162.

⁷⁰ *Ibíd.*, 163.

Capítulo segundo

La expansión del derecho penal en la sociedad actual

El derecho penal, como el instrumento que usa el Estado en su ejercicio del legítimo *ius puniendi*, tiene varias corrientes. En la actualidad el garantismo se ha instalado en las normas supremas de muchos países de la región, no obstante, coexiste con una expansión del derecho penal, representado en el derecho penal extremo, que puede ser implementado en ocasiones por largos periodos. Este es el llamado derecho penal del enemigo. Esta vertiente se relaciona con lo que el sociólogo alemán Beck llamó la sociedad del riesgo, que se refiere a cambios económicos y sociales que configuran una sociedad a merced de nuevos delitos que precisan de nuevos tipos penales.

1. Derecho penal simbólico

En el debate político-criminal de los últimos tiempos se ha hecho frecuente el reproche de que el legislador se sirve de manera ilegítima del derecho penal para producir efectos simbólicos en la sociedad. Según Díez Ripollés su empleo “sirve para descalificar tajantemente determinadas decisiones legislativas, generalmente criminalizadoras, que no solo carecerían de los fundamentos materiales justificadores de su adopción, sino que además realizarían un uso ventajista del derecho penal para fines que no le son propios”.⁷¹ Este fenómeno adquirió durante los últimos años del siglo XX un inusitado alcance, que se puede percibir en las reformas penales que se hicieron en Europa, a propósito de la renovación de que fueron objeto los códigos penales de algunos países del continente, además de la utilización cada vez más frecuente que hacen los organismos de ámbito global, ente ellos los europeos, del derecho penal para dirimir conflictos.

Esta potenciación se encuentra directamente relacionada con diversas transformaciones sociales también recientes, las que uso de manifiesto el sociólogo alemán Beck con su libro *La sociedad del riesgo*, a las que no es posible ignorar dada su evidente poder de modificar los comportamientos sociales de una minoría y de constituirse en un motivo para temer de la población general. Considera que, primero, la sociedad en cuando foro en el que se desarrolla la discusión pública respecto a los problemas más relevantes, para que sea positivo tal debate es preciso que medie un debate

⁷¹ José Luis Díez Ripollés, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XXXV, n. ° 103 (2002): 64.

previo entre especialistas; segundo, “por la progresiva conformación de los medios como uno de los más significativos agentes del control social en las sociedades modernas, al haber demostrado sobradamente su capacidad para generalizar la asunción de puntos de vista y actitudes”.⁷²

Los que no siempre son adecuados e incluso correctos, pues los medios de comunicación, todos sin excepción, responden a los intereses económicos e ideológicos (sin que se pueda encontrar la frontera que los separa) de sus propietarios. Como un elemento que viene a empeorar esta situación se puede mencionar, la ilusión que han creado las redes sociales respecto a una supuesta libertad del individuo para expresar sus opiniones, sin que la mayoría entienda que todo está controlado por. Internet reproduce la realidad y, aún más, la acentúa.

Hassemer sostiene que quien relacione derecho penal y efectos simbólicos le resulta sospechoso.

La prisión preventiva y la pena privativa de libertad, las penas de multa, la obligación de testificar, son todas ellas intervenciones más que puramente simbólicas en los derechos de las personas. Los inmensos costes de la administración de justicia, los cuales son pagados no solo por el contribuyente sino en ocasiones por la parte directamente implicada, no tendrían en un derecho penal gestionado de forma meramente simbólica ningún equivalente.⁷³

Sin duda la efectividad y la justeza del derecho penal son temas que revisten enorme seriedad para las sociedades, dice Hassemer, y esta quedaría ciertamente mermada si se concede que su objeto es puramente simbólico. Es, pues, evidente que el procesamiento, el juicio y la pena cuentan con un historial de gran utilidad en la historia de la humanidad como para asumir que son meramente simbólicos; aunque, por otro, es también notorio que este extremo al que está llegando el derecho penal, denominado por algunos autores como del enemigo.

El autor, no obstante, sugiere que hay que tomarse en serio este asunto de lo simbólico, puesto que los investigadores (sociólogos, políticos y criminólogos) estadounidenses, desde la década de los sesenta del siglo inmediatamente pasado, han establecido mediante sus estudios que la política como actividad y ciencia es algo más

⁷² Beck, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, 64-5.

⁷³ Winfried Hassemer, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, *Nuevo Foro Penal*, n.º 51 (1991): 17.

que poder mezclado con intereses, esta, es indudable, también abarca “la provisión y defensa de símbolos: procesos de ‘elaborating symbols’ y ‘summarizing symbol’» (los cuales tienen también un potencial emotivo y manipulativo) o la eliminación y concreción de los símbolos (los cuales tienen solo una relación vaga con la realidad preexistente, y con ello desarrollan una capacidad de crear una nueva realidad aparente y ficticia)”.⁷⁴

Por un lado, es preciso recordar y subrayar que la tipificación de un delito y su pena tienen como objetivo desmotivar al individuo con tendencias delictivas a cometer el delito o, por lo menos, a ser proactivo y no cometer más delitos. En la estipulación de una sanción dineraria o la de una pena alta en reclusión se puede ver una cuestión simbólica destinada a amedrentar al sujeto con tendencias delictivas. Asimismo, Hassemer sostiene que -en el análisis del fenómeno estadounidense- en la prohibición existen elementos como empresarios morales y cruzadas simbólicas, pues la prohibición estatal solo pretende minimizar o evitar el comportamiento proscrito, tras lo que está la defensa de unos valores que son símbolos de un estilo de vida.

Otros autores también han sostenido que el derecho penal tiene una importante función simbólica, pasada la mitad del siglo XX el jurista suizo Hans Ryffel se refería a ello en su tratado de filosofía del derecho.⁷⁵

Díez-Ripollés manifiesta que es frecuente en la literatura jurídico-penal confrontar los efectos instrumentales con los efectos simbólicos de la pena.

De este modo, los efectos instrumentales, vinculados al fin o la función de protección de bienes jurídicos, tendría la capacidad para modificar la realidad social por la vía de prevenir la realización de comportamientos indeseados. Los efectos simbólicos, por su parte, estarían conectados al fin o la función de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos, y su capacidad de influencia quedaría confinada a las mentes o las conciencias, en las que producirían emociones o, cuando más, representaciones mentales.⁷⁶

Según este autor, los efectos simbólicos de la pena no gozan de un gran aprecio entre los juristas, puesto que, en su opinión, estos no resultan especialmente eficientes en la protección de los bienes jurídicos ni en la modificación de los comportamientos sociales.

⁷⁴ *Ibíd.*, 18.

⁷⁵ Hans Ryffel, *Rechtssoziologie, Eine systematische Orientierung*, de 1974

⁷⁶ Díez Ripollés, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, 68.

En esto Díez-Ripollés está cerca de la posición de Hassemer, en tanto que este último considera que el derecho penal simbólico no elimina la posibilidad del cometimiento del delito, él sostiene que la ganancia que implica no se produce sobre la protección de los bienes jurídicos, lo hace respecto a la imagen del legislador y del empresario (moral): “Lo que se consigue cuando el derecho penal simbólico efectúa este engaño entre funciones latentes y funciones manifiestas es que la pregunta crítica sobre la capacidad real del derecho penal para proteger bienes jurídicos ni siquiera se plantee”.⁷⁷

De ese modo, asume la legislación penal y la ejecución de la misma como una pura fanfarronería, una salida equivocada ante la necesidad de la prevención del delito. Por tanto, un derecho penal simbólico traiciona los principios del derecho liberal, sobre todo el de protección de los bienes jurídicos del conjunto de los ciudadanos y mina la confianza de estos en el sistema judicial.

2. El derecho penal estratégico y la política criminal

La noción de derecho penal estratégico es absolutamente nueva, de hecho, la mayoría de los autores, sobre todo de América Latina, no tiene conocimiento de esta tendencia o, por lo menos, no se refiere a ella como tal. Este es un enfoque político-criminal integral, en el cual la sociedad gestiona la conflictividad criminal tomando en cuenta la suma total de los componentes involucrados y las circunstancias propias de cada situación. Como sostiene Delmas-Marty, “para alcanzar el fin último de preservar la convivencia social hace uso de todo el instrumental que la colectividad dispone”.⁷⁸

Según Zalamea León:

Este concepto se propone con el carácter de provisional, debido a que será el estudio empírico el que forje la definición definitiva; por el momento es sólo un instrumento para obtener ciertos referentes que marcan la visión con que se elaborará la nueva propuesta político criminal. En esas pocas líneas la nueva concepción ha marcado un distanciamiento profundo con la posición tradicional, conlleva cinco (5) rupturas trascendentes, tres (3) de ellas de naturaleza originaria y dos (2) producto de uno de los virajes primigenios.⁷⁹

⁷⁷ Hassemer, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, 30.

⁷⁸ Mireille Delmas-Marty, *Modelos actuales de política criminal* (Madrid: Centro de Publicaciones Secretaría Técnica, Ministerio de Justicia, 1986), 19.

⁷⁹ Diego Zalamea León, “Del Derecho penal mínimo al Derecho penal estratégico una propuesta político-criminal desde el Ecuador” (tesis de doctorado, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2014), 241.

Estas tres rupturas son las que sustentan un cambio fundamental en el derecho penal. La primera de ellas es la que rompe con la visión parcial del fenómeno criminal y tiende a hacer un análisis global, esta se relaciona, a decir del autor, con la tradicional línea divisoria que separa a la teoría general del delito y a la política criminal. La óptica tradicional ha determinado que la dogmática penal tiene por objeto el proteger los derechos de las personas frente a los posibles abusos de poder del Estado, así como a la política criminal la protección de los intereses de la sociedad. “El nivel de incoherencia de este enfoque ha sido revelado por Roxin, quien hace notar que no es raro que un mismo hecho sea verdadero para un saber y falso para el otro”.⁸⁰ En la segunda ruptura lo que se cuestiona es el concepto ortodoxo de política criminal, se pasa de una visión restrictiva a una más amplia.

Delmas-Marty, la pionera de esta ruptura conceptual, manifiesta que desde que Fauerbach estableció a la política criminal como aquel conjunto de métodos represivos de los que hace uso el Estado para reaccionar contra el crimen, limitó a esta área del derecho a una suerte de permanente reflexión sobre el derecho penal. Por ello, y tomando en cuenta la opinión de Ancel, “que subraya la necesidad de incluir dentro de la política criminal “tanto los problemas de prevención como el sistema represivo”, sugerimos, como delimitación provisional del campo a investigar la siguiente: Conjunto de métodos con los que el cuerpo social organiza las respuestas ante el fenómeno criminal”.⁸¹ Esta ruptura planteada por la autora francesa es producto del cambio que han experimentado las ciencias penales, permeadas por pensamientos de corte sociológico de la criminología.

Si el objetivo es gestionar el fenómeno criminal, no hay motivo válido para que este saber parta del preconceito que solo puede hacerlo con el uso de una herramienta: la ley penal. Este problema conceptual que ya era serio cuando se forjó, en la actualidad profundiza su gravedad porque escuelas como el minimalismo y abolicionismo han mostrado que este instrumento tiene problemas de efectividad.⁸²

La óptica reduccionista del objeto de estudio de la política criminal implica un costo elevado para este conocimiento, puesto que no hay otra ciencia que se ocupe de estudiar las distintas instancias del fenómeno criminal. La tercera ruptura conceptual es

⁸⁰ *Ibíd.*, 242.

⁸¹ Mireille Delmas-Marty, *Modelos actuales de política criminal*, 19.

⁸² Zalamea León, “Del Derecho penal mínimo al Derecho penal estratégico una propuesta político-criminal desde el Ecuador”, 243.

la que va de una óptica universalista a un enfoque segmentado. Y no es difícil llegar a concluir que las escuelas criminológicas más importantes, las que marcan las tendencias en el área, se adscriben a la filosofía de la prevención en la penalización del derecho penal.⁸³

El derecho penal estratégico hace un acercamiento teórico distinto, dialectalmente opuesto, se diría, al que ha dominado en esta área de conocimiento. Zalamea León considera que para comprender cabalmente este desvío teórico solo hay que preguntarse por qué no se ha materializado en políticas que traten lo criminal, y ello se debe a que a pesar de que las propuestas político-criminales de estos autores sustentan abandonar el derecho penal como instrumento único en el uso del combate a la delincuencia, aún no se han elaborado las herramientas, los procesos y la sustentación teórica suficiente para la materialización de este enfoque tan nuevo.

Para alcanzar el fin último de preservar la convivencia social hace uso de todo el instrumental que la colectividad dispone. Moccia considera que el derecho penal, se diferencia de las otras ramas del derecho por tres particularidades, al menos. La primera es el formalismo tendencial de la construcción del sistema y de la interpretación de las distintas normas que lo constituyen.

Esta característica tiene su razón evidente en el hecho de que el derecho penal es el instrumento de intervención estatal que en mayor medida incide en la libertad individual: de ahí la aspiración a elaborar un confiable conjunto de reglas, muy atentas respecto de exigencias de certeza, que en el plano axiológico-sustancial se resuelve en garantías socio-individuales.⁸⁴

No es, pues, casual que las grandes obras que sistematizaron el derecho penal se editaran finales fines del siglo XVIII, seguramente cuando ya se habían afianzado -en el plano cultural- las conquistas del pensamiento jurídico-político iluminista, que pregonaba derechos individuales y universales.

La segunda peculiaridad es la intensa atención que dedica a la conceptualización de la titularidad de la responsabilidad, que acentúa el componente subjetivo: la norma. Los fines de la imputabilidad de un hecho están dados por la presencia del dolo. Esto implica “la búsqueda de claros criterios de efectiva imputación de una conducta y/o de

⁸³ *Ibíd.*, 244.

⁸⁴ Sergio Moccia, *El derecho penal entre ser y valor. La función de la pena y sistemática teleológica* (Buenos Aires: B de f, 2003), 3.

un acontecimiento perjudicial o peligroso, que evidencien el ser ‘propio’ del agente de un suceso relacionado -al menos formalmente- con el disvalor social”.⁸⁵

La tercera característica se refiere al tipo de sanciones establecidas en el derecho penal, sobre todo por la inclusión de la pena criminal. “Ella constituye la forma por la cual, como regla, se realiza la intervención del Estado a los efectos de controlar los hechos considerados socialmente perjudiciales y se sustancia en una considerable limitación de la libertad personal”.⁸⁶ La misma pena, cuando es económica, tiene una consecuencia de limitación de la libertad personal, por cuanto resulta en una bajada de la calidad de vida y, por consiguiente, una merma de la capacidad de maniobra.

Por otro lado, encuentra el autor que hay una relación estrecha entre el ordenamiento jurídico y la ideología bajo la que este se elabora, la que, “partiendo de la profundización de las relaciones entre política criminal y sistema de derecho penal, ha terminado por signar un verdadero punto de inflexión en la dogmática jurídico-penal”.⁸⁷ Corriente doctrinal esta que enlaza con las ideas con las que empieza Roxin en su obra *Política criminal y sistema del derecho penal*, en donde da inicio al capítulo uno citando a Von Liszt cuando dice que “el derecho penal es la infranqueable barrera de la política criminal”, de la que considera que pone de relieve una tensión que aún pervive en la ciencia del derecho, puesto que opone métodos de ordenación y elaboración conceptual - en sentido estricto- de los presupuestos del delito a los principios del tratamiento de la conducta desviada, los que tienen su base en el empirismo.

O dicho de una forma más abreviada: La frase caracteriza al derecho penal, por un lado, como ciencia social, y, por el otro, como ciencia jurídica. En este doble carácter de la “ciencia universal del derecho penal”, fundada ciertamente por él, se materializan para Liszt tendencias contradictorias. En la política criminal incluye los métodos adecuados, en sentido social, para la lucha contra el delito, es decir, la llamada misión social del derecho penal; mientras que al derecho penal, en el sentido jurídico de la palabra, debe corresponder la función liberal del Estado de derecho, asegurar la igualdad en la aplicación del Derecho y la libertad individual frente al ataque del “Leviatán”, del Estado.⁸⁸

⁸⁵ *Ibíd.*, 4.

⁸⁶ *Ibíd.*, 4-5.

⁸⁷ *Ibíd.*, 13.

⁸⁸ Claus Roxin, *Política criminal y sistema del derecho penal*, 2.ª ed., trad. Francisco Muñoz Conde (Buenos Aires: Hammurabi, 2002), 32.

Es decir, la idea de fin del derecho penal, bajo la que -según Roxin- Liszt había colocado su programa de Marburgo, es la meta de la política criminal, en tanto que el derecho penal protege al delincuente al garantizarle que solo puede ser castigado bajo los presupuestos legales, solamente dentro de esos límites. Roxin está en desacuerdo con esta postura, él postula que la vinculación entre el derecho penal y la política criminal no deben ser opuestas, al contrario, tienen que funcionar de manera conjunta, así como el Estado de derecho y el Estado social no se oponen entre sí, son, en opinión del autor, “una unidad dialéctica”.⁸⁹ El orden estatal sin justicia social no configura un Estado de derecho materialmente hablando.

Y, para terminar con la teorización de Roxin sobre derecho penal y política criminal, es importante la siguiente cita:

La unidad sistemática entre política criminal y derecho penal, que, en mi opinión también debe incluirse en la estructura de la teoría del delito, es, por tanto, solo una realización de la misión que tiene planteada hoy nuestro ordenamiento jurídico en todos sus sectores. Pero un intento totalizador de esta clase no se ha emprendido hasta ahora en la dogmática de la parte general. Más bien el edificio del delito, que hoy vemos ante nosotros con variadas divergencias en los concretos autores, pero en su totalidad como el modelo estándar de la praxis y la teoría, es un extraño conglomerado de diferentes épocas estilísticas.⁹⁰

Moccia concuerda con Roxin en que la integración entre dogmática y política criminal debe realizarse en la teoría del delito, en su construcción y fundamentación, por lo tanto, asegura, “las tres categorías fundamentales: tipicidad. antijuridicidad y culpabilidad se deben considerar, desarrollar y sistematizar desde el principio, a partir del punto de vista de su función político-criminal”.⁹¹

Crespo-Berti dice respecto a la vinculación entre el derecho penal y la política criminal en el Ecuador que, durante la última década el Estado ha desarrollado planes y programas estratégicos con participación ciudadana y entidades de seguridad del país, no obstante, estos se han revelado un tanto laxos, a la luz de las regulaciones adoptadas, “lo que en teoría no pareciera encaminado a enfrentar la criminalidad en forma consolidada (sin atajos), controlar las conductas antisociales negativas, mediante procedimientos de

⁸⁹ *Ibíd.*, 49.

⁹⁰ *Ibíd.*, 51.

⁹¹ Moccia, *El derecho penal entre ser y valor. La función de la pena y sistemática teleológica*, 14.

control, preventivos, disuasivos y represivos, como respuesta a las acciones criminales”,⁹² que se ha comprobado infructuoso para concretar los fines del derecho penal y la norma jurídica.

3. El delito y la expansión del derecho penal

Cancio Meliá, a propósito de la expansión penal y el derecho penal del riesgo, íntimamente relacionados con el punitivismo, sostiene que ambos fenómenos son uno solo en realidad. La denominación de derecho penal simbólico, asegura, no se refiere a un grupo fijo de infracciones penales, caracterizadas estas por una fuerte incapacidad de aplicación y por la irrelevancia en la solución de los problemas que pretende abordar. En realidad, y, en síntesis, solamente diagnostica la singular importancia que otorga el legislador a las cuestiones de comunicación política (con la base de su electorado) en el muy corto plazo durante la aprobación de las normas. “Y estos efectos incluso pueden llegar a estar integrados en estrategias mercadotécnicas de conservación del poder político, llegando hasta la génesis consciente en la población de determinadas actitudes en relación con los fenómenos penales que después son satisfechas por las fuerzas políticas”.⁹³

La expansión del derecho penal, el derecho penal simbólico o el punitivismo, dependerá la denominación del autor que se estudie, lo que persigue es la construcción de una identidad social mediante la excusión de los otros, de una minoría que no cabe en esa identidad, fines para los cuales sirve un punitivismo vigoroso. A propósito de las reflexiones aquí vertidas, dice Cancio Meliá que “el derecho penal simbólico y el punitivismo mantienen una relación fraternal”.⁹⁴ Y lo que surge de su unión es el derecho penal del enemigo, del cual sostiene el autor, citando a Jakobs que se caracteriza por tres elementos:

En primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de -como es lo habitual- retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido).

En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada.

⁹² Luis A. Crespo-Berti, “La política criminal y su vinculación con el derecho penal”, *Holopraxis*, vol. I, n. ° 2 (2017): 54.

⁹³ Jakobs y Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, 77.

⁹⁴ *Ibíd.*

En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas.⁹⁵

Palacios Valencia, que está de acuerdo con Cancio Meliá y con Jakobs, sostiene que el derecho internacional, que antes era la rama del derecho que se ocupaba de la regulación de las relaciones entre los Estados, ha sufrido grandes cambios, en los que, entre otros, ha ampliado la concepción de sujetos de derecho a los individuos, pues antes eran exclusivamente los Estados.

Por ello, se abre la posibilidad de que los individuos sean penalmente responsables a nivel internacional, cuando se trate de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. De tal forma que el derecho penal aparece en este contexto para vincularse al derecho internacional, al hacer un juicio de reproche sobre aquellas conductas que lesionan gravemente bienes jurídicos reconocidos y protegidos universalmente en nombre de la humanidad.⁹⁶

Esto se enmarca en los acontecimientos conocidos sobre los crímenes atroces cometidos después de las dos guerras mundiales del siglo XX, que son los antecedentes del protagonismo que adquiere la persona en el derecho internacional. Dos hechos son relevantes en la coyuntura histórica de 1939-1944, la consolidación de la noción de crímenes de la humanidad, que permitió la creación del Tribunal Internacional para juzgarlos (los Juicios de Núremberg); por otro lado, también fue la ocasión que permitió la fundación de la Organización de las Naciones Unidas y la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos humanos.

En las teorizaciones que se hicieron del delito estuvo la justificación del derecho penal del enemigo que implementó y usó el sistema finalista de sancionar. En el estudio del delito hicieron muy significativos aportes la escuela clásica y los sistemas causales hasta que hizo su aparición la teoría finalista. “La corriente finalista en el Derecho penal nace como una reacción frente al pensamiento causal, y fue diseñada y sistematizada por el jurista Welzel, quien es reconocido como su auténtico creador”.⁹⁷ Otros autores, sin embargo (Von Weber y Graaf zu Dohna), hicieron muy relevantes aportes del finalismo a la dogmática del delito al concebirlo como un tipo complejo.

⁹⁵ *Ibíd.*, 80.

⁹⁶ Yennesit Palacios Valencia, “Existencia del derecho penal del enemigo en el derecho penal internacional”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, vol. XXI, n. ° 2 (2010): 20.

⁹⁷ Esequio Sánchez Herrera, *La dogmática de la teoría del delito. Evolución científica del sistema del delito* (Caracas: Universidad Externado de Colombia, 2007), 135.

En la expansión del derecho penal que la sociedad del riesgo ha implicado, tal y como se sostenía en el subtítulo anterior, manifiesta Prittwitz que las nuevas conductas destinadas a ser tipificadas por el mismo, en principio, pueden ser designadas como “criminalidad de bagatela”, en tanto que su peligrosidad se halla no en el acto aislado sino en la repetición de esa acción muchas veces, por lo que solo una perspectiva temporal más amplia permite hacerse una idea cabal de la afectación de estos actos a la sociedad. Frente a la duda, dice el autor, se afecta primero comportamientos conformes con el sistema que los desviados, lo que, una vez más, “muestra en los nuevos criminalizadores un punto de partida crítico hacia la sociedad y hacia el poder, lo que políticamente despierta mis simpatías; destinatarios idóneos de las nuevas normas penales son con frecuencia solo aquellos que disponen ya de determinadas posiciones de poder”.⁹⁸ En opinión de este autor, la acentuación de estas características del derecho penal de riesgo legitima esta expansión del punitivismo, sus fines se manifiestan como legítimos, necesarios y justos.

Jiménez Díaz asevera que las respuestas de la doctrina jurídica a la necesidad de que el derecho penal haga frente a estas nuevas realidades (delictivas y no tipificadas) igual que el método a adoptar son, pues, diversos y, en esencia, “pueden agruparse en torno a dos discursos ideológicos y político-criminales: de un lado, las tendencias modernizadoras y, de otro, las tendencias de resistencia a la modernización (resistencia garantista o tendencias reduccionistas)”.⁹⁹

Sobre el derecho penal, como el instrumento fundamental de la protección de bienes jurídicos, Silva Sánchez sostiene que es considerar la posibilidad de que su expansión se deba a la aparición de nuevos bienes jurídicos que proteger y al aumento de valor experimentado por algunos de los que existían hasta ahora, lo que, en opinión de este autor podría legitimar su protección mediante el derecho penal. Las causas de las nuevas tipificaciones penales son, sin duda, variadas:

Por un lado, cabe considerar la conformación o generalización de nuevas realidades que antes no existían -no con la misma incidencia, y en cuyo contexto ha de vivir la persona, que se ve influida por una alteración de aquellas; así, a mero título de ejemplo, las instituciones económicas del crédito o de la inversión. Por otro lado, debe aludirse al deterioro de realidades tradicionalmente abundantes y que en nuestros días empiezan a manifestarse como «bienes escasos», atribuyéndoseles ahora un valor que anteriormente no se les asignaba, al menos de modo expreso; por ejemplo, el medioambiente. En tercer

⁹⁸ Prittwitz, “Sociedad del riesgo y derecho penal”, 263.

⁹⁹ Jiménez Díaz, “Sociedad del riesgo e intervención penal”, 5-6.

lugar, hay que contemplar el incremento esencial de valor que experimentan, como consecuencia del cambio social y cultural, ciertas realidades que siempre estuvieron ahí, sin que se reparara en las mismas; por ejemplo, el patrimonio histórico-artístico.¹⁰⁰

De cada una de estas nuevas realidades, incluso en lo relativo al medioambiente puede hablarse de una nueva posición ante este, que se nota en algunas legislaciones, como la ecuatoriana que le concede derechos a la Naturaleza. Cada uno de estos segmentos ha modificado la forma en que la ciudadanía afrontaba su propia vida, es decir, tiene la facultad de cambiarla, por ello el derecho, en cumplimiento de su función primigenia, debe normar estas nuevas realidades a las que alude el autor.

Por otro lado, la doctrina ha tratado con detalle ya estos fenómenos -bienes colectivos, intereses difusos- que ponen de manifiesto la progresiva dependencia del individuo de condiciones externas, por ejemplo, de la normal actividad de intermediarios; aunque, también es indudable que no hay un consenso -al menos no todavía- sobre cuáles son esos bienes que debe ser protegidos por el derecho penal.

Afirma Silva Sánchez que es ocioso dedicar mucho espacio a esa discusión, puesto que lo que interesa poner en cuestión es que con seguridad el derecho penal tiene un espacio de expansión razonable, aunque, y con idéntica convicción, es preciso aseverar que se han dado en los últimos tiempos espacios de expansión irrazonables en el tema penal, como ejemplos menciona: “la entrada masiva de capitales procedentes de actividades delictivas (singularmente, del narcotráfico) en un determinado sector de la economía provoca una profunda desestabilización del mismo con importantes repercusiones lesivas”.¹⁰¹

Por ello, se presenta como razonable que la justicia persiga a los responsables de una introducción masiva de dinero negro en algún sector de la economía para sancionarlos penalmente por el ilícito cometido en contra de la economía; pero, también es preciso mencionar que esto no hace que se vea razonable sancionar penalmente la utilización en negro de cantidades pequeñas para adquirir bienes (igualmente pequeños) o retribuir servicios.

La tipificación del delito de blanqueo de capitales es, en fin, una manifestación de expansión razonable del Derecho penal (en su núcleo, de muy limitado alcance) y de

¹⁰⁰ Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 25.

¹⁰¹ *Ibíd.*, 26.

expansión irrazonable del mismo (en el resto de conductas, de las que no puede afirmarse en absoluto que, una por una, lesionen el orden económico de modo penalmente relevante.¹⁰²

Es decir, y aquí identifica Silva Sánchez uno de los principales problemas de la expansión del derecho penal, se extralimita en su cometido y traspasa límites que conculcan derechos a ciudadanos que nada tienen que ver con las conductas penalmente sancionables que estas nuevas tipificaciones pretenden controlar.

La efectiva aparición de nuevos riesgos para los bienes jurídicos protegidos, desde la publicación de la obra de Beck, se ha tornado común caracterizarla como sociedad del riesgo. En efecto, dice el autor, el marco económico de las sociedades actuales cambia rápidamente, y los avances tecnológicos hacen que esa velocidad no tenga parangón en la historia. Pero este extraordinario progreso tecnológico, que no ha concluido, ha derivado en obvias e importantes repercusiones en el aumento del bienestar personal del ciudadano, así como lo ha hecho la dinámica de la economía, pero no es conveniente pasar por alto la parte negativa de esas consecuencias

De entre ellas, la que aquí interesa resaltar es la configuración del riesgo de procedencia humana como fenómeno social estructural. Ello, por el hecho de que buena parte de las amenazas a que los ciudadanos estamos expuestos provienen precisamente de decisiones que otros conciudadanos adoptan en el manejo de los avances técnicos: riesgos más o menos directos para los ciudadanos (como consumidores, usuarios, beneficiarios de prestaciones públicas, etc.) que derivan de las aplicaciones técnicas de los desarrollos en la industria, la biología, la genética, la energía nuclear, la informática, las comunicaciones, etcétera.¹⁰³

Y esto también porque la sociedad tecnológica, alta y crecientemente competitiva, lanza a la marginalidad a no pocos individuos, los que no tenían las herramientas para desenvolverse en este nuevo entorno y no pudieron ya no solo prosperar en este nuevo contexto, tampoco sobrevivir.

Cardozo Pozo sostiene que el concepto de expansión en el derecho penal es utilizado no solo por Silva Sánchez, pero que se refiere a él, en primer lugar, para delimitar su análisis, y en segundo, debido a la enorme trascendencia que tuvo su libro. Sánchez Silva se refiere a esta expansión como la creación de nuevos bienes jurídicos

¹⁰² *Ibíd.*

¹⁰³ *Ibíd.*

penales, tal como se citó en los párrafos inmediatamente anteriores: “De esta manera, según mi opinión, el término “expansión” se encontrará más próximo a conceptos más bien referidos a la modernización del Derecho Penal para enfrentar de mejor forma los desafíos de una sociedad dinámica que manifiesta otros conflictos sociales, en algunos casos nuevos y en otros antigua pero con distinta valoración”.¹⁰⁴ Ahora, y siguiendo el razonamiento de Cardozo Pozo sobre las definiciones de Sánchez Silva, ¿no es esta modernización una actualización ante la evidencia de cambios, a menudo vertiginosos, que ocurren en las sociedades? Y esta actualización, ¿no es en sí misma una expansión porque los tipos penales existentes hasta entonces no cubrían los nuevos actos que atentaban contra los nuevos bienes jurídicos protegidos?

Carrasco Jiménez, que igualmente concede crédito a Silva Sánchez, afirma que la expansión del derecho penal como concepto es anterior a este autor, él mismo afirma haberlo extraído de un texto alemán.¹⁰⁵ Y tiene razón en cuanto ya se ha citado aquí que esta corriente penalista se origina en la Escuela de Frankfurt, tal como se ha citado ya aquí. Incluso encuentra alusiones al mismo en Ferrajoli, que se refiere a expansión anormal de los bienes jurídicos; y Sáez Valcárcel¹⁰⁶, que en un texto de 1989, y a propósito de la política en el tema de drogas, lo denomina como expansión del control penal. A este ensanchamiento Carrasco Jiménez lo llama maximalismo, y sostiene que:

Tal maximalismo tendría como foco, ciertos fenómenos jurídico-penales, los cuales son:
 Introducción de nuevos tipos penales;
 Agravación de los ya existentes;
 “Reinterpretación” de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal;
 Creación de nuevos “bienes jurídico-penales”;
 Ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes;
 Flexibilización de las reglas de imputación; y
 Relativización de los principios político-criminales de garantía.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Rodrigo Cardozo Pozo, “De lo ‘moderno’, la ‘expansión’ y la falsa encrucijada del derecho penal actual”, *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, n. ° 9 (2007): 37.

¹⁰⁵ Edison Carrasco Jiménez, “El concepto de ‘expansión’ del derecho penal puesto en cuestionamiento. Su relación conflictiva con el concepto de ‘inflación’ penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVII (2017): 42.

¹⁰⁶ Ramón Sáez Valcárcel, “Política legislativa antidrogas: la ilusión represiva”, *Jueces para la Democracia*, n. ° 7 (1989): 17.

¹⁰⁷ Carrasco Jiménez, “El concepto de ‘expansión’ del derecho penal puesto en cuestionamiento. Su relación conflictiva con el concepto de ‘inflación’ penal”, 43.

Todo este contradice a los actuales estados garantistas de derecho y se inscribe en ese derecho penal del enemigo, que Jakobs (en un libro escrito en conjunto con Jakobs y Cancio Meliá) caracteriza con la interrogación, ¿ciudadanos como enemigos? Y plantea que el Estado puede actuar de dos maneras con los delincuentes, puede afrontarlos como personas que delinquen (como un error) o sujetos a los que se debe impedir (usando la coacción), impedir que destruyan la paz social y el ordenamiento jurídico. Y aunque ambos enfoques tienen, en determinados contextos, legitimidad, también pueden ser usados de forma equivocada, puesto que la personalidad no puede usarse para hacer la construcción normativa, no es real:

Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no solo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas. Por lo tanto, sería completamente erróneo demonizar aquello que aquí se ha denominado Derecho penal del enemigo; con ello no se puede resolver el problema de cómo tratar a los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana. Como ya se ha indicado, exige la separación de ellos, lo que no significa otra cosa que hay que protegerse frente a los enemigos.¹⁰⁸

Lo anterior, sin embargo, no convierte a todos los delincuentes en adversarios del sistema jurídico por derivación y principios. Por ello actualmente la introducción de muchos postulados del derecho penal del enemigo en el derecho penal general constituye, según el autor, un mal desde el punto de vista del Estado de derecho.

Manuel Cancio Meliá y Günther Jakobs sostienen que la política criminal de los últimos años se caracteriza por la expansión del derecho penal porque en el último tiempo han aparecido nuevas y preocupantes figuras penales en las normativas de los países occidentales, en ocasiones estas copan secciones completas de regulación, “acompañada de una actividad de reforma de tipos penales ya existentes realizada a un ritmo muy superior al de épocas anteriores”.¹⁰⁹ En resumidas cuentas, el devenir actual tanto del derecho penal como del procesal, se constatan tendencias en las políticas criminales que permiten concluir que se trata de un derecho penal del riesgo, por sus características antiliberales.

¹⁰⁸ Jakobs y Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, 49.

¹⁰⁹ *Ibid.*, 64.

4. Control social y las garantías básicas del debido proceso

El control social es una de los sagrados deberes del Estado, de hecho, y de acuerdo a la cita de Locke de páginas antes, fue la razón central de la constitución del Estado como la organización suprema que pasaba a imperar sobre los individuos a través del contrato social. Por tanto, el control social es una función estatal en su origen, el mismo que realiza mediante el derecho y la política criminal que elabora el Estado. Pero la conceptualización de la expresión control social. Según Carrillo Prieto, el tema, “se abre en distintas direcciones terminológicas que expresan indefectiblemente diversas concepciones de lo social en general y de lo penal en particular. Es preciso, entonces elegir”.¹¹⁰ Esta elección debe hacerse respecto al enfoque bajo el que va a tratarse, es decir, entre el alternativo o el extrajudicial (en el sentido de estatal), o la dicotomía entre el control social formal y el informal. Una definición que hace el autor permite contextualizar el tema: “El control social es el conjunto de instrumentos de que se vale el poder político para dirigir la sociedad”.¹¹¹ Mas una caracterización así es demasiado amplia, igual que la que conceptúa el control social como los mecanismos que usa el grupo de poder para ejercer dominio sobre los demás individuos. Por ello Carrillo Prieto puntualiza:

A fin de enfocar con más precisión el problema algunos establecen la existencia de un control social alternativo como el conjunto de medidas encaminadas a coordinar y dirigir la sociedad por encima y con supresión de las puramente formales y represivas; como ejemplo son citados la justicia participativa (incluso de representantes de la comunidad en la actividad jurisdiccional), la abolición del sistema penal (para sustituirlo por compensaciones e indemnizaciones) y el uso alternativo del derecho (para disminuir el peso de las legislaciones clasistas). También para mejor destacar el tema algunos aluden al control social extrapenal entendiéndolo como el conjunto de instrumentos utilizados por el poder para mantener el orden impuesto, que se reflejan en las instituciones económicas, religiosas, familiares y, en especial, en que establece el derecho civil, el mercantil, el laboral, el administrativo, etcétera.¹¹²

El control social informal se da cuando en determinada sociedad no existe coercibilidad objetiva, este es de carácter mediato y consiste en la manipulación de la masa de la población desde la economía, la religión, la educación, la recreación. Se lleva

¹¹⁰ Ignacio Carrillo Prieto, “El control social formal”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n.º 209-210 (1996): 31.

¹¹¹ *Ibíd.*

¹¹² *Ibíd.*, 32.

a cabo desde las instituciones y los medios de comunicación, quienes moldean la opinión pública que requiere el poder porque son ellos mismos poder.

El control social informal, a diferencia del anterior, es directo, no tiene periodicidad y se caracteriza por ser permanente: “Hay, en cambio, control social formal cuando se materializa en el sistema penal, en sus fases de creación (momento legislativo), de asignación o rotulación (momento judicial) y de ejecución (momento administrativo)”¹¹³.

Para Melossi, que ha estudiado la evolución del concepto de control social en la sociedad estadounidense desde los autores más destacados:

Las conceptualizaciones de George Herbert Mead y de John Dewey constituían la teoría quintaesencialmente democrática del control social, por cuanto rechazaban la idea de un punto de vista privilegiado desde el cual emanase el control social. Este, el control social, está en función de la interacción social, en la cual el yo y el control social no son más que dos caras del mismo proceso. El suyo era un ideal, y nunca trató de ser una descripción de la sociedad estadounidense, ni una apología de esta.¹¹⁴

Esta concepción de control social parece una utopía, pero una que solo pudo surgir en los Estados Unidos de esa época, cuando se creaba ese vínculo especial entre la tradición liberal y el capitalismo. El Estado es la clave en el control social, por tanto, no puede ser analizado como un elemento distante del mismo.

Bergalli, por su parte, asegura que:

Si bien a los sistemas penales modernos se les viene adjudicando en los tiempos más recientes la función de control social, ya me he permitido afirmar en otras oportunidades que tal atribución no solo es errónea, sino que también se hace sin conocimiento de la historia, de los orígenes y de sus aplicaciones en la tradición de las ciencias sociales. Ello así por cuanto el sustantivo «control» descuenta que alguien o una instancia ubicada en un plano distinto (superior o distante) de los objetos/sujetos controlados ejerce sobre estos una misión de comprobación, inspección, fiscalización, intervención o regulación dentro de unos parámetros, o bien impuestos sobre ellos, o bien acordados con ellos.¹¹⁵

No obstante, el control adquiere dimensiones distintas si quienes son controlados aprueban este ejercicio estatal, que dan su consentimiento a todas las actividades,

¹¹³ *Ibíd.*

¹¹⁴ Dario Melossi, *El estado del control social. Un estudio sociológico de los conceptos de Estado y control social en la conformación de la democracia* (Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 1992), 162.

¹¹⁵ Roberto Bergalli, “Relaciones entre control social y globalización: Fordismo y disciplina. Postfordismo y control punitivo”, *Sociologías*, n. ° 13 (2005): 186.

incluidas las de corrección, que esto requiere; pero otra, y muy distinta, es que el control lleve aparejado un castigo en caso de que se compruebe una transgresión al orden establecido. Este concepto de Bergalli no entra en la corriente sociológica, que se ocupa abundantemente del control social, este se enmarca en el derecho penal.

Puede decirse, entonces, que aunque el control social descuenta una cierta coerción, el control punitivo es por naturaleza el más coercitivo y su aplicación conlleva la violencia, en el caso que tenga que ser cumplido contra la voluntad del/los controlado/s. Y, este procedimiento está legitimado porque su ejercicio corresponde a la propia esencia de los sistemas penales modernos elaborados y constituidos en el marco de la forma del Estado constitucional de derecho.¹¹⁶

Efectivamente, este investigador está de acuerdo con el autor en cuanto es inevitable que el control social implique cierto nivel de coerción, además, la violencia a la que alude es aquella que ejerce de forma monopólica la organización estatal como una de sus atribuciones propias en el ejercicio del *ius puniendi*, al que limitan las garantías del Estado constitucional de derecho, entre estas el debido proceso.

Y de garantías constitucionales ya hablaba en el siglo XIX el jurista Alcorta, quien empezaba citando a Montesquieu cuando decía que ninguna palabra había recibido más significados más dispares y -al mismo tiempo- haya causado más honda impresión en los espíritus que la libertad.

¿Pero qué son los derechos individuales? ¿Qué significan las garantías individuales o constitucionales? Se llaman derechos individuales a todos aquellos derechos que constituyen la personalidad del hombre y cuyo ejercicio le corresponde exclusivamente, sin más límite que el límite del derecho recíproco. Las garantías constitucionales son la realización por escrito de esos derechos en el cuerpo de preceptos constitutivos del Estado y los que se encuentran fuera del alcance de los poderes públicos¹¹⁷.

Los derechos individuales, afirma el autor, se exteriorizan en el individuo, en los actos que aluden a su libertad individual; en las cosas, en su derecho al uso y propiedad en forma exclusiva; en las acciones se refiere a la expresión de su opinión por cualquier medio, sea escrito u oral. En ese tiempo Alcorta calificaba a las garantías o derechos

¹¹⁶ *Ibid.*, 187.

¹¹⁷ Amancio Alcorta, *Garantías constitucionales* (Buenos Aires: Félix Lajouane, 1881), 7.

constitucionales como una conquista vacilante y no definitiva, siempre en peligro y fruto de siglos de desarrollo del derecho.

Ya en tiempos más actuales sobre las garantías constitucionales sostiene Ferrajoli que:

Con esta expresión se alude normalmente a la “rigidez” de la Constitución, es decir, a la no modificabilidad de los principios, de los derechos y de los institutos en ella previstos si no es mediante procedimientos de revisión agravados, y al control jurisdiccional de la constitucionalidad respecto de las leyes ordinarias reñidas con aquélla. Se trata en realidad de una noción compleja, que aquí descompondré en varias nociones distintas: por un lado, la rigidez, que es un rasgo de la norma constitucional; por otro lado, el conjunto complejo y articulado de sus garantías, que requieren, a su vez, ser distinguidas y analizadas.¹¹⁸

Lo que Ferrajoli llama rigidez es un rasgo consustancial a la constitución que se halla ligado a su lugar en la cumbre de la pirámide de las normas. Puede agregarse que las constituciones son característicamente rígidas porque si no lo fueran sería leyes y no la norma suprema que inspira el espíritu de todas las leyes de una nación.

El debido proceso se constituye en una garantía constitucional en los Estados de derecho actuales. López Olvera considera que el debido proceso es uno de los mecanismos más importantes en la garantía de varios de los derechos humanos que el sistema jurídico de los países democráticos reconoce:

Desde épocas antiguas y hasta la actualidad, el debido proceso ha sido una garantía en constante revisión y precisión, especialmente en los últimos años, y principalmente por los tribunales internacionales, que lo van dotando de contenido preciso en cada función y materia al incorporarle nuevas subgarantías, las cuales le dan un carácter altamente protector.¹¹⁹

Esta garantía se integra en un conjunto de normas, principios y garantías que constan en la norma suprema y que tienen por objetivo garantizar los derechos humanos de los ciudadanos.

La Constitución ecuatoriana, en su título II, “Derechos”, establece que el ejercicio de los mismos se hará regido, entre otros, por el principio del debido proceso, y

¹¹⁸ Luigi Ferrajoli, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *DOXA*, n. ° 29 (2006): 23.

¹¹⁹ Miguel Alejandro López Olvera, “El debido proceso en el siglo XXI”, en *Historia y Constitución. Homenaje a José Luis Soberanes Fernández*, eds. Miguel Carbonell Sánchez y Óscar Cruz (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015), 313.

responsabiliza al Estado en caso de producirse una detención arbitraria, un error judicial, algún retardo en la administración de justicia, la violación del derecho a la tutela judicial “y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso”.¹²⁰

Asimismo, el artículo 76 estipula que cuando en un proceso se incluya la determinación de derechos y obligaciones, este garantizará un conjunto de garantías, a las que califica de básicas. Entre ellas está que corresponde a la autoridad judicial garantizar el cumplimiento de las normas, que se presumirá la inocencia del encausado hasta que haya una sentencia en firme que diga lo contrario. El numeral 3 de este artículo se refiere al principio de legalidad como una de las garantías, en tanto dice que nadie deberá ser juzgado ni sancionado por delito que no esté tipificado. EN lo relativo al derecho de las personas a la defensa, el numeral 7 especifica las garantías que ella tiene:

- a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
- b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
- c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.
- d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.
- e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.
- f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.
- g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.
- h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.
- i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.
- j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.
- k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.
- l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

¹²⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 11.

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.¹²¹

También el artículo 169 contempla, igualmente, que el derecho procesal es un medio de realización de la justicia, las normas, procesales, por tanto, consagrarán varios principios pertinentes y efectivizarán las garantías del debido proceso. García Ramírez, el debido proceso “se instala entre las grandes decisiones constitucionales, cualesquiera que sean su denominación o tratamiento, deducidas de la determinación política fundamental de colocar al hombre en el centro de la escena, honrar la dignidad humana, asegurar la libertad y la igualdad de los individuos”.¹²² La evolución de esta garantía, o este principio, depende de los autores, ha sido fundamental y paralela a la del ser humano en el devenir histórico que le ha llevado a construir sociedades más racionales y menos injustas.

¹²¹ *Ibíd.*, art. 76.

¹²² García Ramírez, Sergio, “El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. ° 117, septiembre-diciembre de 2006, p. 655.

Capítulo tercero

Confrontación de la teoría garantista versus el derecho penal del enemigo en la investigación penal ecuatoriana

El Ecuador es uno de los países de América Latina cuya Constitución ha girado hacia el garantismo, lo que significa que la norma suprema prescribe y garantiza principios y derechos que se aplican a una persona acusada de algún tipo penal; además, es preciso señalar que la teoría del garantismo aboga por un punitivismo rebajado, en la certeza de que el encarcelamiento, además de que no rehabilita al delincuente, no arregla el problema social que constituye el delito.

Pero la normativa bajo la que se desarrolla la administración de justicia del país se enmarca en las teorizaciones de la expansión penal y el derecho penal del riesgo, los que configuran el llamado derecho penal del enemigo, tal como se ha sustentado teóricamente en capítulos anteriores, a la vez que desde 2008 (Constitución) y Código Orgánico Integral Penal (2014), introdujo amplias modificaciones respecto al enfoque del trato a la delincuencia.

Este capítulo analiza el procedimiento penal ecuatoriano, tomando en cuenta las modificaciones de enfoque y la nueva normativa que se usa para investigar y juzgar los delitos en el país, concentrándonos en un caso específico como conclusión.

1. El procedimiento penal ecuatoriano

Se interroga Ávila Santamaría sobre quiénes están sometidos al sistema punitivo y, en consecuencia, son encerrados en las cárceles. Y aunque hay varias posibles respuestas a esta pregunta, pues la imaginación inmediatamente se desborda de las construcciones sociales prejuiciosas que estimulan los medios de comunicación: “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, afrodescendientes, jóvenes y mal encarados”.¹²³ Aparecen porque forman parte del estereotipo de lo que es un delincuente, igual que lo es para la policía, los fiscales y los jueces; pero esto no significa que personas con otras características no puedan ser sujetos

¹²³ Ávila Santamaría, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal*, 133.

de interés para el sistema penal, lo que ocurre es que son una minoría que llega al sistema por motivos diferentes de la exclusión social.

Nuestra Constitución vigente desde el 2008, al estar enmarcada en el garantismo constitucional asumido por algunos países de la región en los últimos años, se encontraba en una constante y álgida tensión con la normativa penal, ya que no guardaba concordancia con la dirección dada por la norma suprema. Por ello en 2014 se pone en vigencia el Código Orgánico Integral Penal (COIP), que según la fundamentación de uno de sus motivos, es debido a que “el Código Penal, Código de Procedimiento Penal y Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social fueron promulgados antes de la entrada en vigencia de la actual Constitución y que sus normas, deben ser actualizadas y adecuadas a las nuevas exigencias del Estado constitucional de derechos y de justicia”.¹²⁴ Es, pues, evidente que los códigos de procedimiento penal y de ejecución de penas fueron elaborados con anterioridad a la vigencia de la actual Constitución garantista, lo que obliga -en un ejercicio de concordancia- a cambiarlos por cuerpos legales que acojan el espíritu y la letra de la norma suprema de 2008, la vigente. De este modo, según el actual COIP, el proceso penal ecuatoriano consta de tres etapas: 1. Instrucción; 2. Evaluación y preparatoria de juicio; 3. Juicio.¹²⁵

Ávila Santamaría afirma que la fase que precede a estas tres, la detención, “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”.¹²⁶ Hablamos de la fase de Investigación Previa, descrita en el artículo 580 del COIP, en la que si bien en cierto, le obliga al Fiscal a facilitar al investigado preparar su defensa, esto no ocurre al tenor de la norma, en mucho de los casos, debido a que el sistema penal se deja opacar por un estado policía, siendo seleccionador y eficientista.

1.1. Fases de investigación

Las fases de la investigación en el procedimiento penal ecuatoriano son dos: preprocesal y procesal penal, según el artículo 442 del COIP, las dirige la Fiscalía, que

¹²⁴ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014,

¹²⁵ *Ibíd.*

¹²⁶ Ávila Santamaría, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal*, 134.

interviene hasta la misma finalización del proceso, ya que son atribuciones de la Fiscalía las siguientes:

1. Organizar y dirigir el Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses.
2. Dirigir el Sistema de protección y asistencia de víctimas, testigos y otros participantes en el proceso.
3. Expedir en coordinación con las entidades que apoyan al Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses o con el organismo competente en materia de tránsito, los manuales de procedimiento y normas técnicas para el desempeño de las funciones investigativas.
4. Garantizar la intervención de fiscales especializados en delitos contra la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas y adultos mayores y, en las materias pertinentes que, por sus particularidades, requieren una mayor protección.¹²⁷

Los investigadores son, como puede verse, de diversas áreas de las ciencias, además de policiales, ya que los delitos se cometen en múltiples y variadas áreas, lo que hace necesario al Estado la organización y especialización de investigadores.

1.2. Instrucción

La instrucción tiene como finalidad (artículo 590, COIP) determinar si existen los elementos de convicción que ameriten la presentación de una acusación en contra de la persona que se encuentra procesada. Esta da inicio con la audiencia en la que el o la fiscal formulan cargos, siempre que se cuente con los elementos para deducir la imputación (artículo 591, COIP). Sobre la duración trata el siguiente artículo, que establece que no podrá ser de más de noventa días, más allá de que es la fiscalía la que determina el tiempo que esta ha de durar, siempre dentro del límite legal que establece este artículo, y sin que implique que debe agotar el plazo, además de que existen excepciones en los siguientes casos:

1. En delitos de tránsito la instrucción concluirá dentro del plazo máximo de cuarenta y cinco días.
2. En todo delito flagrante la instrucción durará hasta treinta días.
3. En los procedimientos directos.
4. Cuando exista vinculación a la instrucción.

¹²⁷ *Ibíd.*, art. 443.

5. Cuando exista reformulación de cargos. En ningún caso una instrucción fiscal podrá durar más de ciento veinte días.

En delitos de tránsito no podrá durar más de setenta y cinco días y en delitos flagrantes más de sesenta días.¹²⁸

Una vez agotados los plazos señalados no se pueden realizar más diligencias, pues carecerían de valor. En cambio, si hasta antes de que se cumpla el plazo de la instrucción (de acuerdo al artículo 593, COIP) aparecen indicios que permiten presumir participación o autoría de otra u otras personas en el hecho investigado, el (o la) fiscal solicitará que se las vincule a la instrucción. La audiencia se llevará a cabo en un plazo no mayor a cinco días, y en ella deberán participar las personas a vincular y sus respectivos defensores, los que pueden ser públicos (proporcionados por el Estado) o privados (pagados por los propios acusados).

La instrucción se lleva a cabo bajo un conjunto de reglas, que son las que dan legitimidad al proceso en un país de Constitución garantista:

1. Cuando la o el fiscal cuente con los elementos suficientes, solicitará a la o al juzgador, convoque a la audiencia de formulación de cargos.
2. La o el juzgador, dentro de veinticuatro horas, señalará día y hora para la audiencia, que deberá realizarse dentro de los cinco días posteriores a la solicitud, salvo los casos de flagrancia y notificará a los sujetos procesales.
3. La o el fiscal deberá agotar todos los medios necesarios que permitan identificar el domicilio del investigado.
4. La o el fiscal, en audiencia, formulará cargos cuando existan elementos sobre la existencia de la infracción y la participación de la persona en el hecho investigado.
5. A la audiencia de formulación de cargos deberá comparecer la o el fiscal, la persona procesada o su defensora o defensor público o privado.
6. En esta audiencia, si la persona procesada considera pertinente podrá solicitar la aplicación del procedimiento abreviado, así como cualquiera de los derechos y garantías en la forma y términos previstos en la Constitución y en este Código.
7. Los sujetos procesales quedarán notificados en la misma audiencia con el inicio de la instrucción y las decisiones que en ella se tomen.¹²⁹

Todo lo que ocurrió en esta audiencia se registra, en papel y por algún medio tecnológico (como grabación). Asimismo, la instrucción fiscal concluye por una de tres causas: 1. Que se haya agotado el plazo, 2. Que el fiscal lo decida por considerar que ya cuenta con todos los elementos necesarios para concluir, aunque no se haya agotado el

¹²⁸ *Ibíd.*

¹²⁹ *Ibíd.*

plazo, y 3. Por decisión judicial cuando una vez transcurrido el plazo legal el o la fiscal no han concluido con la instrucción (artículo 599, COIP).

1.3. Evaluación y preparatoria de juicio

La segunda etapa es la de evaluación y preparatoria de juicio, esta tiene como fin resolver sobre cuestiones de procedibilidad, prejudicialidad, competencia y procedimiento, aquí se establece la validez procesal y se valoran y evalúan los elementos de convicción que sustentan la acusación fiscal, se excluyen los elementos de ilegales, se delimitan los temas del juicio, se anuncian las pruebas y se aprueban los acuerdos relativos a las pruebas a que llegan las partes (artículo 601, COIP).

Igual que la instrucción, la etapa de evaluación y preparatoria de juicio también tiene reglas:

1. La o el fiscal solicitará a la o al juzgador que fije día y hora para la audiencia.
2. El señalamiento de día y hora para la audiencia se hará dentro de los cinco días siguientes a la petición fiscal. La audiencia se efectuará en un plazo no mayor a los quince días siguientes a la notificación.
3. Si la o el fiscal no solicita la audiencia dentro de los plazos respectivos, la o el juzgador, de oficio requerirá a la o al fiscal que manifieste su decisión y deberá comunicar dicha omisión al Consejo de la Judicatura.¹³⁰

En la audiencia preparatoria del juicio el fiscal deberá recabar todos los elementos que le permitan probar que el encausado es, efectivamente culpable, la acusación fiscal, por tanto, deberá contener, según el artículo 603, COIP:

1. La individualización concreta de la persona o personas acusadas y su grado de participación en la infracción.
2. La relación clara y sucinta de los hechos atribuidos de la infracción en un lenguaje comprensible.
3. Los elementos en los que se funda la acusación. Si son varios los acusados, la fundamentación deberá referirse individualmente a cada uno de ellos, describiendo los actos en los que participó en la infracción.
4. La expresión de los preceptos legales aplicables al hecho que acusa.
5. Anuncio de los medios de prueba con los que la o el fiscal sustentará su acusación en el juicio.
6. Si se ofrece rendir prueba de testigos o peritos, se presentará una lista individualizándolos.

¹³⁰ *Ibíd.*, art. 602.

7. La solicitud de aplicación de medidas cautelares o de protección no dictadas hasta el momento o su ratificación, revocación o sustitución de aquellas dispuestas con antelación.¹³¹

El fiscal está obligado a ceñirse en sus alegatos a los hechos y las personas que constan en la formulación de cargos.

1.4. Juicio

El juicio es la parte medular del proceso judicial penal, este se sustancia en la acusación del fiscal y se rige por varios principios, especialmente los de oralidad, inmediación, publicidad y contradicción (artículo 610, COIP). Para su comparecencia en el juicio, la o el juzgador a testigos y peritos (en caso de ser precisos) de que deben comparecer, de igual manera, oficia las certificaciones que solicita la defensa para solicitar la comparecencia de los testigos y peritos. La instalación de la audiencia del juicio es declarada por la o el juzgador en el día y hora señalados por el fiscal en el final de la instrucción, esta debe contar con la presencia de fiscal, defensor, procesado, excepto en los casos en los que la Constitución autoriza audiencias telemáticas. Si durante esta le corresponde intervenir a un testigo o perito que por desconocidas razones no se encuentra presente o no puede dar su testimonio por medios telemáticos, se continúa con quienes están presentes (art. 611, COIP).

Finalizados los testimonios, cualquiera de las partes podrá fundamentar ante el tribunal la relevancia de la comparecencia de los peritos o testigos que no están presentes. El tribunal excepcionalmente, en caso de aceptar esta solicitud, suspenderá la audiencia y señalará día y hora para su reanudación, la cual se realizará de manera inmediata, en un plazo no mayor a diez días.¹³²

Si el tribunal no acepta la petición de comparecencia en fecha posterior de los testigos y peritos ausentes, este deberá dictar sentencia basándose en las pruebas evacuadas.

¹³¹ *Ibíd.*

¹³² *Ibíd.*, art. 611.

2. Análisis del artículo 370 del Código Orgánico Integral Penal: ¿garantismo penal o derecho penal del enemigo?

El artículo 370 del Código Orgánico Integral Penal (de 2014) tipifica el delito de asociación ilícita,¹³³ pero no es la primera vez que esta tipificación se introduce en el Código penal ecuatoriano, puesto que el que se puso en vigencia en 1971 lo contenía en el título V “De los delitos contra la seguridad pública”, capítulo I, “De las asociaciones ilícitas”.¹³⁴ Serrano Gómez localiza el origen de este delito en el apareamiento de grupos de criminales (bandas), debido a factores como odio a las clases sociales más altas, rebelión en contra de la familia, buscar la posesión de importantes bienes materiales de manera ilícita, entre otras. “En todo caso tiene gran importancia la clase social, pues la casi totalidad proceden de los grupos subculturales de la clase media y baja, teniendo más participación los de esta”.¹³⁵

Castex asevera que, en la legislación mexicana, para que se concrete esta figura jurídica se requiere del concurso de un número no menor de tres personas, quienes -en forma organizada y permanente- se dediquen a cometer delitos-, pero siempre que “dicha organización tenga un carácter estable que dé lugar a la existencia de un vínculo de comunidad y pertenencia entre sus miembros”.¹³⁶ Esto es, los principales elementos son la permanencia y la organización. En la norma ecuatoriana, citada en la nota al pie 133, es suficiente con dos individuos que se reúnan para cometer delitos, sancionado con una pena de reclusión de dos a cinco años; pero, esta descripción del artículo en cuestión es

¹³³ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 370: Asociación ilícita.- Cuando dos o más personas se asocien con el fin de cometer delitos, sancionados con pena privativa de libertad de menos de cinco años, cada una de ellas será sancionada, por el solo hecho de la asociación, con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

¹³⁴ Ecuador, *Código penal*, Registro Oficial 147, Suplemento, 22 de enero de 1971, art. 369: Toda asociación formada con el fin de atentar contra las personas o las propiedades, es un delito que existe por el solo hecho de la organización de la partida. art. 370: Si la asociación ha tenido por fin la perpetración de delitos que merezcan pena de reclusión mayor, los provocadores de la asociación, sus jefes y los que hubieren ejercido en ella un mando cualquiera, serán reprimidos con tres a seis años de reclusión menor. Serán reprimidos con prisión de dos a cinco años, si la asociación ha sido formada para cometer delitos reprimidos con reclusión menor; y con prisión correccional de seis meses a tres años, si la asociación ha sido formada para cometer delitos de otra índole. art. 371: Cualesquiera otros individuos que hubieren tomado parte en la asociación y los que dolosamente hubieren suministrado a la partida o a sus divisiones, armas, municiones, instrumentos para cometer el delito, alojamiento, escondite o lugar de reunión, serán reprimidos: En el primer caso del artículo precedente, con prisión de uno a cinco años; En el segundo caso, con prisión de tres meses a tres años; y, En el tercer caso, con prisión de dos meses a un año.

¹³⁵ Alfonso Serrano Gómez, “Criminología de las asociaciones ilícitas”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 24, n.º 1 (1971): 54.

¹³⁶ Francisco Castex, “Asociación ilícita y principios constitucionales del derecho penal”, *Lecciones y Ensayos*, n.º 80 (2004): 580.

imprecisa, de una notable vaguedad, por lo que es preciso apelar a los doctrinarios para explicar su contenido.

Zavala Egas la denomina como una infracción de peligro, pero sin lesión a bien jurídico determinado, “ya que se configura con la conducta asociativa simplemente y no exige que los delitos previstos se ejecuten, ni siquiera en etapa de tentativa”.¹³⁷ Puesto que así lo indica el artículo en tanto dispone la penalización solamente el mero hecho de la asociación, la que es obligatoriamente jerarquizada, como en el caso de las mafias de la droga en la región, aunque sí exige un mínimo de estructura organizativa.

La asociación no debe estar jerarquizada necesariamente, pero sí con un mínimo de estructura, tal y como sería, por ejemplo, la asignación de roles claros y específicos para cada sujeto en relación a la finalidad propuesta. Se debe probar, entonces, el conocimiento cabal de su pertenencia asociativa, de la finalidad criminal y las tareas a cumplir.

La ONU establece en la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* que se entiende por grupo delictivo organizado a un “grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.¹³⁸ Igualmente, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito determina que tipos penales como la conspiración y la asociación delictiva ya estaban presentes en varios sistemas legales “mucho tiempo antes de que se firmara esa línea política en el ámbito internacional, pero su papel se volvió de importancia primordial cuando la estructura criminal en sí misma que subyace la comisión de delitos, se declaró como uno de los objetivos principales de la acción de la aplicación de la ley en su contra”.¹³⁹ En cualesquiera que sean los términos en que se hayan redactado las leyes nacionales, la justicia se encamina a reaccionar antes de la comisión material del delito, o del intento de cometer el delito.

¹³⁷ Xavier Zavala Egas, “La asociación ilícita”, El Telégrafo, 21 de noviembre de 2017, <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/columnistas/15/la-asociacion-ilicita>.

¹³⁸ Asamblea General ONU, *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, Resolución-A/RES/55/25, 15 de noviembre de 2000, art. 2.

¹³⁹ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Compendio de casos de delincuencia organizada. Recopilación comentada de casos y experiencias adquiridas* (Viena: Naciones Unidas, 2012),

El derecho ecuatoriano (y de casi toda América Latina) es herencia y producto de la Colonia, por tanto, para indagar en el origen de esa figura es preciso revisar las tipificaciones de la normativa española en las que se origina esta figura. La fórmula de las asociaciones ilícitas, encuentra García-Pablos de Molina, proviene de las denominadas asociaciones, grupos y organizaciones criminales establecidas en los códigos penales españoles de 1822, de 1848 e incluso de antes: “Las cuadrillas de malhechores, las bandas a que se refiere la legislación española anterior al C.P. de 1822, son genuinas asociaciones para delinquir”.¹⁴⁰ El Código Penal de 1822 define la asociación para delinquir en términos de facciones, cuadrillas de malhechores, corporaciones ilícitas y hasta reuniones secretas.

Es así que las facciones corporaciones ilícitas y reuniones prohibidas aluden a “formas concretas de aparición de la delincuencia asociada”¹⁴¹ de aquellos tiempos, por lo que su interés reside en que pueden considerarse como tipos penales precursores de los actuales. La cuadrilla de malhechores como delito punible se halla entre los antecedentes más representativos de lo que vendría a ser la asociación criminal contemporánea: “Se trata, para el legislador de 1822, de uno de los delitos contra la tranquilidad y el orden público”.¹⁴² Era la reunión o asociación de cuatro o más sujetos decididos o con la intención de cometer delitos contra las personas o las propiedades, tanto públicas como privadas.

En el Ecuador, pese a que la Constitución de 2008 introdujo el garantismo como una filosofía y una praxis de la administración de justicia, como lo establece en la totalidad del artículo 76, la conducta de asociación ilícita no ha sido despenalizada, por considerarse a este un delito de aquellos que atentan contra la seguridad pública, pese a que “al mismo tiempo, afecta también al derecho constitucional de asociación; por su ejercicio abusivo, no cabe duda que el delito de asociación ilícita es un delito pluriofensivo que afecta tanto el orden social del Estado como el regular ejercicio de la libertad de asociación”.¹⁴³ Por tanto, este tipo penal desvirtúa el garantismo penal y se acerca a un derecho penal del enemigo

¹⁴⁰ Antonio García-Pablos de Molina, “La asociación ilícita” (tesis de doctorado, Universidad Complutense de Madrid, 2015), 2.

¹⁴¹ *Ibíd.*, 5.

¹⁴² *Ibíd.*

¹⁴³ Verónica Alarcón Delgado, Mauricio Quito Ramón, Sucety Merchan Palacios, Segundo Chamba Orellana, “Estudio jurídico dogmático del delito de asociación ilícita en la legislación penal ecuatoriana”, *Revista Científica Mundo de la Investigación y el Conocimiento*, vol. 3, n.º 1 (enero de 2019): 1512.

Conclusiones

Al finalizar esta investigación se ha llegado a un conjunto de conclusiones respecto el derecho penal del enemigo y los derechos de libertad de los ciudadanos ecuatorianos acusados de algún ilícito en el país.

1. El sistema penal es enfáticamente drástico con los individuos, esto responde a un perfil que ha sido construido en no pocas ocasiones por la tradición heredada de la época colonial y por los medios de comunicación, que se empeñan en colocar en el imaginario colectivo el estereotipo del delincuente para los individuos de clase baja que cometen delito, pues no hacen lo mismo con los delincuentes de cuello blanco. Es el sujeto activo del inter críminis de baja categoría, de estrato social bajo, con escasa educación, mestizo de color acentuado, afrodescendiente, en cualquier caso, pobres.
2. El derecho penal, el instrumento del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*, ha cambiado siempre para adaptarse a unas circunstancias históricas distintas, producto de la evolución de las sociedades, que trae consigo el apareamiento de actos dañosos desconocidos, de nuevos delitos, y de nuevos bienes que proteger, por tanto, precisa el derecho de actualizar sus tipificaciones y agregar nuevos tipos penales. Este evento, que no genera ninguna suspicacia en sí mismo, dicen algunos que ha sido exagerado.
3. La determinación como Estado constitucional y garantista de derechos que hace la Constitución del Ecuador determina un viraje ideológico importante, que en lo penal se traduce en un garantismo, es decir, en que la función judicial desarrolla sus competencias en un marco irrestricto de respeto a los derechos fundamentales de las personas.
4. Es preciso, pues, sostener que los códigos penales de los países, de acuerdo a lo que se ha citado y analizado a lo largo de estas páginas, son herramientas de control social en la medida en que disponen de tipificaciones que controlan a la masa en mucha mayor medida que a las élites. De hecho, se ha demostrado que la penalización es un instrumento que usan los políticos y las élites gobernantes para mantener controlada a la población mediante el miedo. Un ejemplo de ello en el Ecuador es la Ley de Comunicación, que se conoce popularmente como la ley mordaza, en cuyo contenido caben unas

cuantas conculcaciones del derecho a la libertad de expresión, a la de reunión, a la de opinión y a la de protestar.

5. La teoría del garantismo constitucional o neoconstitucionalismo es una corriente que se origina en Europa, y que aunque no es nueva, ha adquirido notoriedad y protagonismo en las últimas décadas, inmediatamente después de terminada la mayor contienda bélica hasta la fecha, cuando las naciones de ese continente habían quedado devastadas en su infraestructura y diezmadas en su población. Se dieron cuenta de que algo estaba mal en su sistema de administración de justicia (en resumen, en sus sistemas penales), ya que había permitido los terribles y múltiples horrores de los que se fue conociendo poco a poco.
6. América Latina, una región con una historia de colonización y gobiernos ultraconservadores que han usado la tipificación de conductas más o menos inofensivas como delitos para manejar a la población, después de salir de unas cruentas dictaduras (en algunas naciones más que en otras), muchas naciones empezaron a adoptar este modelo de Estado de derecho y de justicia social que se había desarrollado en Europa inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, cuando el sistema funcionalista del derecho había permitido un conjunto amplio de crímenes contra las personas. En cada uno de ellos adopta también las especificidades propias de su cultura, ya que el garantismo constitucional también mantiene eso en sus principales postulados.
7. En este contexto, en el Ecuador, después de varias décadas de tener gobiernos empresariales que han usado el derecho para controlar a la población y enriquecer a los grupos de poder, coaccionando a la población que cuestionase esa situación, redacta en 2008 una nueva Constitución teniendo el garantismo como el espíritu y el horizonte de la norma suprema, lo que se debería ver en todos los demás cuerpos legales elaborados o reformados a partir de su puesta en vigencia. Casi toda la legislación fue reformada y muchos cuerpos legales se derogaron ante la elaboración de nuevas leyes que estuvieran en concordancia con el neoconstitucionalismo que se adoptaba.
8. El mantenimiento de la tipificación del delito de asociación ilícita permite concluir que no hay garantismo penal, y no lo hay porque políticas como la de los más buscados (claramente de inspiración estadounidense, el país más punitivo de la parte occidental del planeta), la legislación cada vez más

punitivista, la grosera evidencia de que no hay un programa de rehabilitación de presos, la publicación del Código Orgánico Integral Penal, desdican todos y cada uno los ofrecimientos de derechos y garantías que hace la Constitución.

Bibliografía

- Ávila Santamaría, Ramiro. 2016. “El Código Orgánico Integral Penal y su potencial aplicación garantista”. *vlex* 21-36.
- Alarcón Peña, Pablo. 2013. “El Estado constitucional de derechos y las garantías constitucionales”. En *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, de Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero Solís (eds.), 99-110. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal*. Quito: Ediciones Legales EDLE, 2013.
- Asamblea General ONU. 2000. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Resolución-A/RES/55/25, 15 de noviembre.
- Alarcón Delgado, Verónica, Mauricio Quito Ramón, Sucety Merchan Palacios, y Segundo Chamba Orellana. 2019. “Estudio jurídico dogmático del delito de asociación ilícita en la legislación penal ecuatoriana”. *Revista Científica Mundo de la Investigación y el Conocimiento* 3 (1): 1507-23.
- Beccaria, Cesare. 1993. *Tratado de los delitos y las penas*. Buenos Aires: Heliasta.
- Bergalli, Roberto. 2005. “Relaciones entre control social y globalización: Fordismo y disciplina. Post-fordismo y control punitivo”. *Sociologías* (13): 180-211.
- Crespo-Berti, Luis A. 2017. “La política criminal y su vinculación con el derecho penal”. *Holopraxis* I (2): 49-67.
- Carrillo Prieto, Ignacio. 1996. “El control social formal”. *Revista de la Facultad de Derecho de México* (209-210): 31-45.
- Cardozo Pozo, Rodrigo. 2007. “De lo ‘moderno’, la ‘expansión’ y la falsa encrucijada del derecho penal actual”. *Revista de Derecho y Ciencias Penales* (9): 33-47.
- Carrasco Jiménez, Edison. 2017. “El concepto de “expansión” del derecho penal puesto en cuestionamiento. Su relación conflictiva con el concepto de ‘inflación’ penal”. *Estudios Penales y Criminológicos* XXXVII: 39-86.
- Cervini, Raúl. 2010. “El derecho penal del enemigo y la inexcusable vigencia del principio de la dignidad de la persona humana”. *Revista de Derecho* (5): 27-50.

- Cornejo Aguiar, José. 2016. "El garantismo y el punitivismo en el código orgánico integral penal". *Ius Humani* V: 217-27.
- Collete, Jean. *Historia de las matemáticas II*. México: Siglo XXI, 1985.
- Choque Larrauri, R. 2009. "Ecosistema educativo y fracaso escolar". *Revista Iberoamericana de Educación* (49): 1-9.
- Cancio Meliá, Manuel. 2002. "Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el código penal español después de la LO/2000". *Revista Jueces para la Democracia* (44): 19-26.
- Castex, Francisco. 2004. "Asociación ilícita y principios constitucionales del derecho penal". *Lecciones y Ensayos* (80): 577-93.
- Díaz Madrigal, Ivonne. *La mediación en el sistema de justicia penal: justicia restaurativa en México y España*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- Dalla, Alberto Ricardo. *Estudios sobre Constitución y economía*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- Delmas-Marty, Mireille. *Modelos actuales de política criminal*. Madrid: Centro de Publicaciones Secretaría Técnica, Ministerio de Justicia, 1986.
- Alcorta, Amancio. *Garantías constitucionales*. Buenos Aires: Félix Lajouane, 1881.
- Díez Ripollés, José Luis. 2002. "El derecho penal simbólico y los efectos de la pena". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* XXXV (103): 63-97.
- Ecuador. 2014. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero.
- Ecuador. 1971. *Código penal*. Registro Oficial 147, Suplemento, 22 de enero.
- Ferrajoli, Luigi. *Epistemología jurídica y garantismo*. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, 2004.
- . *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- Ferrajoli, Luigi. 2006. "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales". *DOXA* (29): 15-31.
- Fernández-Pacheco Estrada, Cristina. 2013. "Sobre los peligros del punitivismo. El fenómeno de la encarcelación masiva en Estados Unidos". *Indret* 2-26.
- Gascón, Marina. "La teoría general del garantismo. Rasgos principales". En *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, de editado por Miguel Carbonell y Pedro Salazar, 17-39. Madrid: Trotta, 2005.

- García Ramírez, Sergio. 2006. "El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (117): 643-65.
- García-Pablos de Molina, Antonio. 2015. "La asociación para delinquir". *Tesis de doctorado*. Universidad Complutense de Madrid.
- Hassemer, Winfried. 1991. "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos". *Nuevo Foro Penal* (51): 17-31.
- Jescheck, Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Traducido por Santiago Mir Puig. Barcelona: Bosch, 1978.
- Ippólito, Darío. *El espíritu del garantismo. Montesquieu y el poder de castigar*. Madrid: Trotta, 2018.
- Jiménez Díaz, María José. 2014. "Sociedad del riesgo e intervención penal". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (16): 1-25.
- Jiménez Redondo, Manuel. 2008. "Sobre la distinción de Günther Jakobs entre 'derecho penal del ciudadano' y 'derecho penal del enemigo'". *Teorder* (4): 190-206.
- Jakobs, Günther. *Estudios de derecho penal*. Trad. Enrique Peñaranda Ramos. Madrid: Civitas, 1997.
- Jakobs, Günther, y Manuel Cancio Meliá. 2003. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas Ediciones.
- Luquín, Ernesto. 2006. "Repasando el ius puniendi". *Iter Criminis* (5): 113-42.
- López Olvera, Miguel Alejandro. *El debido proceso en el siglo XXI*. Vol. I, de *Historia y Constitución. Homenaje a José Luis Soberanes Fernández*, de Editado por Miguel Carbonell Sánchez y Óscar Cruz, 313-35. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.
- Ladrón de Guevara Pascual, Carmen. 2012. "Seguridad versus garantías procesales: ¿hacia un Derecho procesal del enemigo?". *Tesis de doctorado*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Montesquieu. 1906. *El espíritu de las leyes*. Traducido por Siro García del Mazo. Vol. I. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.
- Muñoz Conde, Francisco, y Winfried Hassemer. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: tirant lo blanch, 1989.
- Moccia, Sergio. *El derecho penal entre ser y valor. La función de la pena y sistemática teleológica*. Buenos Aires: B de f, 2003.

- Melossi, Dario. *El estado del control social. Un estudio sociológico de los conceptos de Estado y control social en la conformación de la democracia*. Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 1992.
- Montaña Pinto, Juan, y Patricio Pazmiño Freire. 2013. “Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano”. En *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, de Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero Solís (eds.), 23-48. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- Núñez Santamaría, Diego. 2013. “Estatus de una Corte Constitucional: Corte de precedentes”. En *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Editado por Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero Solís, 49-72. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- Neira Sanabria, Gloria Inés. 2013. «Dificultades detectadas al pasar del álgebra al cálculo en educación matemática». *Infancias Imágenes* 12 (1): 44-50.
- Mir Puig, Santiago. 1973. “Los términos delito y falta en el Código penal”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 26 (2): 320-77.
- Mercapide Argüello, Guillermo. 2018. “Dificultades de aprendizaje del cálculo y enseñanza de la economía. Los conceptos de función y derivada”. *Tesis de maestría*. Universidad de Granada.
- Núñez Leiva, José Ignacio. 2009. “Un análisis abstracto del Derecho penal del enemigo a partir del constitucionalismo garantista y dignatario”. *Política Criminal* 4 (8): 383-407.
- Orellana Wiarco, Octavio. 1999. *Curso de derecho penal*. Ciudad de México: Porrúa.
- Ordóñez, Claudia. “Pensar pedagógicamente, de nuevo, desde el constructivismo”. *Revista Ciencias de la Salud*. Octubre de 2006. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/revsalud/article/view/780/701>.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Compendio de casos de delincuencia organizada. Recopilación comentada de casos y experiencias adquiridas*. Viena: Naciones Unidas, 2012.
- Plascencia Villanueva, Raúl. *Teoría del delito*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- Prittwitz, Cornelius. “Sociedad del riesgo y derecho penal”. En *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, de Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín, Editado por Luis Arroyo Zapatero, 259-85. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, 2003.

- Paredes, José Manuel. 2016. "Punitivismo y democracia: las 'necesidades sociales' y la 'voluntad popular' como argumentos político-criminales". *Libertas* (4): 153-202.
- Palacios Valencia, Yennesit. 2010. "Existencia del derecho penal del enemigo en el derecho penal internacional". *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos* XXI (2): 19-34.
- Prittwitz, Cornelius. 2012. "Derecho penal del riesgo y derecho penal del enemigo". *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales* (6): 1-18.
- Palma Rojas, P. 2017. "Los principios didácticos constructivistas como prácticas inclusivas en el aula de primaria". *Innovaciones Educativas* (27): 41-56.
- Rafecas, Daniel Eduardo. 2013. "Una aproximación al concepto de garantismo penal". *Lecciones y Ensayos* (80): 159-76.
- Roxin, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2.ª. Traducido por Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.
- Souza, María de Lourdes. 1998. "Del uso alternativo del derecho al garantismo: una evolución paradójica". *Anuario de Filosofía del Derecho* (XV): 233-55.
- Silva Sánchez, Jesús-María. *La expansión del derecho penal aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2.ª Madrid: Civitas Ediciones, 2001.
- Sáez Valcárcel, Ramón. 1989. "Política legislativa antidrogas: la ilusión represiva". *Jueces para la Democracia* (7): 15-20.
- Simon, Jonathan. *Gobernar a través del delito*. Barcelona: Gedisa, 2011.
- Sánchez Herrera, Esequio. *La dogmática de la teoría del delito. Evolución científica del sistema del delito*. Caracas: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Sanjurjo, Liliana, y María Vera. "Algunos supuestos básicos que subyacen en las teorías y prácticas pedagógicas". En *Aprendizaje significativo y enseñanza en los niveles medio y superior*, 19-48. Argentina: Homo Sapiens Ediciones, 1994.
- Serrano Gómez, Alfonso. 1971. "Criminología de las asociaciones ilícitas". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 24 (1): 53-78.
- Varona Gómez, Daniel. 2009. "¿Somos los españoles punitivos?: Actitudes punitivas y reforma penal en España". *InDret* 2-30.
- Villavicencio Terreros, Felipe. 2003. "Límites a la función punitiva estatal". *Derecho y Sociedad* (21): 93-117.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia, y Alejandro Sloka. *Derecho penal. Parte general*. 2.ª Buenos Aires: Ediar, 2002.

Zalamea León, Diego. 2014. “Del Derecho penal mínimo al Derecho penal estratégico una propuesta político-criminal desde el Ecuador². *Tesis de doctorado*. Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

Zavala Egas, Xavier. “La asociación ilícita”. 21 de noviembre de 2017. <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/columnistas/15/la-asociacion-ilicita>.