

UCUENCA

Universidad de Cuenca

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

La pena privativa de la libertad ¿garantía penal o castigo para el enemigo?


Trabajo de titulación previo a la
obtención del título de Abogada

Autor:

Vanessa Estefanía Bernal Córdova

Director:

Juan Antonio Peña Aguirre

ORCID:  0000-0003-2156-7092

Cuenca, Ecuador

2024-02-29

Resumen

El presente estudio tiene como finalidad, el establecer si el Derecho Penal del Enemigo, teoría que tiene por titular al jurista alemán Günther Jakobs, se encuentra presente en los tipos penales de asociación ilícita y delincuencia organizada tipificados y sancionados en el Código Orgánico Integral Penal, COIP, con el afán de determinar si las penas privativas de la libertad impuestas en estos delitos desdibujan el denominado garantismo penal y se configuran como penas impuestas en razón de la peligrosidad que representan los individuos pertenecientes a las organizaciones delictivas, que ha decir de Jakobs, son enemigos de la sociedad y del Estado de Derecho. Con ello también se establecerá la génesis y evolución de la pena privativa de la libertad, y las características principales y elementos que conforman el Derecho Penal del Enemigo.

Palabras clave: penas de prisión, asociación ilícita, delincuencia organizada



El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Cuenca ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por la propiedad intelectual y los derechos de autor.

Repositorio Institucional: <https://dspace.ucuenca.edu.ec/>

Abstract

The purpose of this study is to establish whether the Criminal Law of the Enemy, a theory whose holder is the German jurist Günther Jakobs, is present in the criminal types of illicit association and organized crime typified and punished in the Organic Integral Criminal Code, COIP, with the aim of determining whether the custodial sentences imposed in these crimes blur the so-called criminal guarantee and are configured as penalties imposed because of the dangerousness represented by individuals belonging to criminal organizations, which, according to Jakobs, are enemies of society and the rule of law. This will also establish the genesis and evolution of the custodial penalty, and the main characteristics and elements that make up the Criminal Law of the Enemy.

Keywords: prison sentences, illicit association, organized crime



The content of this work corresponds to the right of expression of the authors and does not compromise the institutional thinking of the University of Cuenca, nor does it release its responsibility before third parties. The authors assume responsibility for the intellectual property and copyrights.

Institutional Repository: <https://dspace.ucuenca.edu.ec/>

Índice de contenido

Introducción	10
Capítulo I	12
1.1. Hacia una definición	12
1.2. De la inquisición a la pena privativa de la libertad	14
1.2.1. Antigüedad clásica	14
1.2.2. Edad Media	15
1.2.3. Renacimiento	15
1.2.4. Período correccionalista	16
Capítulo 2	18
2.1. Nociones básicas sobre el Derecho Penal del Enemigo de Günther Jakobs	18
2.1.1. Orígenes filosóficos del Derecho Penal del Enemigo	19
2.1.1.1. Jean-Jacques Rousseau	21
2.1.1.2. Immanuel Kant	22
2.1.1.3. Johann Gottlieb Fichte	23
2.1.2. Sobre el concepto de persona y el enemigo no persona	24
2.1.3. Derecho Penal del Enemigo y Derecho Penal del Ciudadano	28
2.2. Sobre la finalidad de la pena, las características y el concepto del Derecho Penal del Enemigo	30
2.2.1. De la eliminación del peligro como finalidad de la pena	30
2.2.2. Sobre las características del Derecho Penal del Enemigo	31
2.2.3. Sobre la definición del Derecho Penal del Enemigo	34
Capítulo 3	36
3.1. La pena privativa de la libertad en los tipos penales del COIP con base en el Derecho Penal del Enemigo	36
3.1.1. Asociación ilícita, un reflejo del Derecho Penal del Enemigo	39
3.1.1.1. Sobre la pena privativa de la libertad en el delito de asociación ilícita	42

3.1.2. Delincuencia organizada, un modelo del Derecho Penal del Enemigo	45
3.1.2.1. Sobre la pena privativa de la libertad del tipo penal de delincuencia organizada	48
Conclusiones	53
Recomendaciones	56
Referencias.....	58

Índice de tablas

Tabla 1 Tipos penales con penas iguales	49
Tabla 2 Tipos penales con penas diferentes	50
Tabla 3 Tipos penales con penas diferentes	50
Tabla 4 Tipos penales con el mismo bien jurídico protegido	51

Dedicatoria

A mamá y papá,
manos firmes de algodón.

A los “enemigos” de la sociedad,
víctimas de la arbitrariedad del Derecho Penal.

Agradecimientos

Mi gratitud imperecedera para;

Mis amados padres; Carmita, por el esfuerzo generoso y constante para que siempre tuviese un libro entre mis manos; y, Mario, por cultivar en mí el amor hacia el Derecho, su ejemplo me ha educado. Es un honor llevar su historia y apellidos.

Mis dulces abuelitos; Delia, por ser fuente inagotable de amor, sabiduría y paciencia; y, Daniel, por cuidarme desde espacios no terrenales.

Mis compañeros de vida, Camila, por ser magia con su risa interminable; Gabriel, por compartir conmigo memorias de infancia y sueños de adultos; y, Estefanía, por su valiosa e inmejorable amistad. Son un regalo invaluable en mi camino.

La Universidad de Cuenca, en su gloriosa Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, carrera de Derecho.

Aquellos que, por sus obras, lo merezcan.

“La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre; por la libertad, así como por la honra se puede y debe aventurar la vida, y, por el contrario, el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres”

Don Quijote de La Mancha

Introducción

Desde el prisma histórico, el Derecho Penal se ha construido sobre la base de un binomio de diferenciación entre el ciudadano y el enemigo, este último ha tenido las más diversas denominaciones, desde quien cometió un acto en contra de Dios o la Iglesia hasta llegar a quienes pertenecen a organizaciones criminales, pero, la constante que se ha mantenido son los elementos que permiten la legitimación de las sanciones en contra de estos “enemigos”, desde las penas más infamantes como la Santa Inquisición hasta legislaciones de excepción, como el Derecho Penal del Enemigo, teoría que tiene por titular al alemán Günther Jakobs, todo ello con el afán de alcanzar sociedades fuera del peligro que representan aquellos enemigos.

A la luz de crear sociedades seguras, lejos de todo peligro y malestar, se ha distorsionado de forma indistinta en cada época de la historia la aplicación del Derecho Penal y con ello de las penas, que se han adaptado a cada circunstancia que responde a coyunturas y momentos históricos diversos, configurándose así una arbitrariedad en la intervención y sanción del Derecho Penal.

En las legislaciones modernas, existen brotes del denominado Derecho Penal del Enemigo, sobre todo en aquellas destinadas a combatir la delincuencia organizada, como lo es la legislación penal ecuatoriana, en la cual se configuran tipos penales que responden a rasgos característicos de la teoría jakobsiana.

En efecto, el problema de la criminalidad y delincuencia presentes en el Estado ecuatoriano, ha contribuido a una sensación generalizada de inseguridad ciudadana, lo que ha dado lugar a la tipificación y sanción de tipos penales como la asociación ilícita y delincuencia organizada dentro del Código Orgánico Integral Penal, COIP, dichos delitos se caracterizan por penalizar la puesta en peligro de determinados bienes jurídicos, flexibilizar garantías procesales, y por el establecimiento de penas privativas de la libertad desproporcionadas que surgen en contraposición al denominado modelo de garantismo penal que exige la Constitución de la República del Ecuador, reorientándose así a un modelo de Derecho Penal del Enemigo.

En efecto, lo primero que ha hecho el legislador en materia penal, frente a los problemas de criminalidad y delincuencia que atañen al Ecuador, es la introducción de tipos penales para combatir aquellos problemas, olvidando que, los males sociales no se resuelven con cambios legislativos.

Frente a este panorama, la presente investigación está orientada al análisis de los tipos penales de asociación ilícita y delincuencia organizada frente a la teoría del Derecho Penal

del Enemigo, a fin de determinar si las penas privativas de la libertad impuestas en estos delitos desdibujan el denominado garantismo penal, y se configuran como penas impuestas en razón de la peligrosidad que representan los individuos pertenecientes a las organizaciones delictivas, que ha decir de Günther Jakobs, son enemigos de la sociedad y del Estado de Derecho.

Capítulo I

1.1. Hacia una definición

Estructurar la definición de la pena privativa de la libertad precisa revisar un cúmulo de ideas que responden a diversos pensamientos desarrollados a lo largo del devenir histórico, lo cual conlleva variaciones, tanto en las teorías que giran en torno a la pena, como en su incidencia en la sociedad; esto permitirá plantear con precisión y claridad la conceptualización de esta institución jurídica. En razón de ello, se expondrá de forma genérica lo que algunos teóricos han referido.

Los primeros grupos humanos concebían a la pena como una traducción de la venganza, que en un primer momento no tuvo interferencia de la sociedad, pues ésta permanecía indiferente a ella, sino hasta la regulación de la denominada “Ley del Talión”, cuando se puede hablar propiamente de una venganza privada equivalente a la pena. Con ello, la sociedad reconoce la legitimidad de la venganza con limitaciones, ya que, el delincuente debía sufrir un mal igual al ocasionado a su víctima, pues el postulado principal de esta ley fue la fórmula de “ojo por ojo, diente por diente”. Es relevante señalar que, en este contexto lo que se tenía es una concepción retributiva de la pena, en la cual se buscó igualar la calidad de las penas con la calidad del delito; esta connotación del Derecho Penal fue teorizada por Aristóteles y San Tomás, para quienes la pena implicaba una “recompensa” igual por la acción cometida (Ferrajoli, 1995).

En la Edad Media, la pena se traduce en un castigo que implicaba dolor tanto físico como espiritual, en razón de ello, hay autores que mantienen el sufrimiento como elemento principal en sus concepciones, como lo es Miguel García Domínguez (2007) quien sostiene que, la pena “es el dolor físico y moral que el Derecho impone como consecuencia inevitable a quien trasgrede la ley al incumplir una obligación” (p.107). Por su lado, en el Derecho Canónico, la pena era vista como un juicio divino, un castigo físico para todos aquellos que pensaran cometer un acto criminal ya fuera contra Dios, la Iglesia o cualquier ser humano (Rumbo, 2018). De esta lectura se desprende que, en esa época se concebía a la pena como una sanción que debía hacer padecer al culpable del mismo modo que el castigo divino abatiría contra el pecador.

Estas ideas son superadas, gracias al período de la Ilustración, pues la pena pasa a ser entendida como sinónimo de restricción de derechos, impuesta por la autoridad estatal en contra de quien realiza una conducta lesiva al ordenamiento jurídico (Feijoo, 2006, p.45-46). De la lectura de este enunciado tenemos que, se produce un cambio en la concepción de las penas, en el cual se abandonan las ideas de la venganza y la violencia privada y con ello toda

pena infamante, y se instaura la violencia legitimada estatal que comprende la privación de derechos; a saber, el alcance de la definición de la pena se encuentra vinculada a la facultad del Estado de administrar e impartir justicia, pues ésta tiene como escenario natural la cárcel, lugar en el cual los diversos actos de la vida de los reclusos se encuentran bajo el control del órgano estatal correspondiente.

El cambio de la concepción de la pena a privación de los derechos es el punto de partida de las concepciones modernas que consideran a la pena como abstracta e igualitaria y, por tanto, cuantificable y medida, eliminando así las concepciones que implicaban aflicciones físicas y psicológicas, mismas que fueron características de la Edad Media. Así pues, se configura la privación de tres derechos específicos cuya tutela está a cargo del Estado moderno constituido y fundamentado precisamente para la protección de dichos derechos, que son la vida, la libertad y la propiedad; consecuentemente, se configuran tres tipos de penas en la privación de estos tres tipos de bienes jurídicos, así tenemos la pena de muerte que priva de la vida, la pena privativa de la libertad que priva de la libertad y, por último, las penas patrimoniales que privan de bienes o potestades económicas (Ferrajoli, 1995).

Ahora bien, la privación del derecho al que nos referimos es la libertad, y para que ésta sea considerada como una sanción, ha sido necesario que la misma se conciba como un valor jerárquicamente superior a otros, pues solo de esta manera su carencia puede significar o infringir un daño. Si apelamos a un ejemplo en su conceptualización, tenemos que la libertad es lo que define a los hombres como tales y su ausencia es contemplada como una carencia que hace insoportable la vida; en relación con esto, el abolicionismo penal deslegitima cualquier tipo de coerción que pretenda ejercerse sobre el ser humano, pues tiene como premisa principal que la libertad es un derecho fundamental, base de la organización social y política. Sin embargo, este no es un tema a desarrollarse, pues nuestro estudio contempla la pena como privación de la libertad más no las teorías que responden a su finalidad.

Al respecto, Borja Mappelli y Juan Terradillos (1994), sostienen que la pena privativa de la libertad es “la pérdida de libertad ambulatoria de un penado mediante su internamiento en un establecimiento penitenciario durante un tiempo determinado previamente por una sentencia judicial (p.63). Así también, en términos de Eugenio Cuello Calón (1958), “consiste en la reclusión del condenado en un establecimiento penal en el que permanece, en mayor o menor grado, privado de su libertad, y sometido a un determinado régimen de vida” (p.9). Con respecto a esto, se debe traer a colación que, la pena privativa de la libertad no implica solo la restricción de un derecho en particular, sino también de otras libertades y derechos como lo son la dignidad, la salud y la vida.

Por último, el Código Orgánico Integral Penal, COIP, define a la pena de forma indistinta del tipo, como una “restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles. Se basa en una disposición legal e impuesta por una sentencia condenatoria ejecutoriada” (Código Orgánico Integral Penal, 2014), es decir, la pena privativa de la libertad es una especie dentro del género de pena, que se impone en sentencia a una persona en razón de sus acciones u omisiones punibles, que implica la limitación del derecho a deambular de forma libre.

1.2. De la inquisición a la pena privativa de la libertad

La pena privativa de la libertad no ha sido parte de la historia humana desde su inicio, no obstante, siempre ha existido la necesidad social de crear espacios destinados a retener a quienes desarrollaban conductas merecedoras de un castigo ejemplar, lo que ha variado a través de los tiempos, es la finalidad y forma de ejecutarse, lo cual es un cambio progresivo y explica la dificultad de establecer un momento histórico exacto del origen de la pena privativa de la libertad.

Al respecto, se puede ubicar dentro de la transformación de la pena, cuatro fases que responde a diferentes momentos históricos, las cuales corresponden a la Antigüedad Clásica, Edad Media, Renacimiento y el denominado período correccionalista del Derecho Penal.

1.2.1. Antigüedad clásica

La mayoría de autores concuerdan en señalar que, en la Antigua Grecia no se concibió la privación de la libertad como medida punitiva, sino más bien, obedecía a un carácter subsidiario, pues se utilizaba el encierro con la finalidad de obligar a los deudores a cumplir sus obligaciones para con los acreedores, de tal forma que, no salían de dicho encierro hasta que no honren sus obligaciones, consecuentemente, estos encierros no tenían límites temporales.

En cuanto a Roma, la prisión se instauró como un lugar de aseguramiento preventivo, a saber, era un medio para asegurar o garantizar que el preso fuera al juicio en el que se le impondría la sanción respectiva, en consecuencia, la prisión no era entendida como una forma de castigo, pues el fin no era la restricción de la libertad, sino el asegurar su comparecencia al proceso. Dentro de este punto, es imperante hacer alusión a las dos clases de prisiones que existieron en Roma, la primera denominada como “lutumiae”, en la cual los detenidos podían moverse a lo largo de todo el espacio; mientras que, la segunda “lapidiciae”, fue un espacio donde se tuvo a los detenidos encadenados (Alcántara, 2014, p. 8-9).

En este orden de ideas, en la Antigüedad no se empleó la figura de la pena privativa de la libertad con una finalidad punitiva, por el contrario, se concibió como un encierro preventivo o subsidiario que no tuvo limitaciones temporales.

1.2.2. Edad Media

En la Edad Media, predominó un excesivo engrandecimiento de la órbita de aplicación del Derecho Penal, so pretexto de alcanzar sociedades armónicas, convirtiendo al sistema de penas en un medio para la realización de dicho fin, lo que conllevó por favorecer intereses privados. Esta aseveración tiene cabida en la existencia de la denominada “Penance”, figura que consistió en la imposición y posterior pago de los perjuicios a todo aquel que se atreviese a quebrantar las reglas impuestas por la minoría pudiente, lo cual es resultado de la protección que se buscó brindar a la víctima para alcanzar la reparación total del menoscabo sufrido a ésta, por lo que es bien traída la denominación de la época como la “Edad de Oro de la Víctima”, término acuñado por Pablo García. Sin embargo, es menester resaltar que, la aplicación de la figura de la “Penance”, fue más bien la excepción y no la regla general, ya que, fueron una minoría quienes poseían grandes patrimonios y podían acceder a esta figura, por el contrario, si no se contaba con los recursos necesarios, los delincuentes terminaban situándose en el terreno de las penas corporales, entre ellas la tortura, la desmembración, la crucifixión, mutilación e incluso la muerte; tenemos una dicotomía de penas, corporales y pecuniarias (González, 2000, p. 8-10).

Dentro de esta época, encontramos en el Derecho Canónico la venganza divina, un poder punitivo ejercido en nombre de Dios, y en razón de ello, las penas se imponían con el propósito de alcanzar la purificación y curación del individuo que cometió el delito, considerado como un enemigo para la religión; con sustento en ello, se dieron las penas más crueles concedidas a través de la Santa Inquisición. Sobre este punto, resulta necesario hacer mención a la denominada prisión eclesiástica nombrada como “detrusio in monasterium”, la cual consistió en el aislamiento del monje a celdas donde debía realizar la lectura de textos sagrados con la finalidad de expiar sus pecados. Esta prisión ha influido en la configuración de los sistemas penitenciarios por la finalidad redentora de la pena y el aislamiento total que la caracterizan (Alvarado, 2012, p.32).

1.2.3. Renacimiento

En el siglo XV la privación de la libertad pasa a ser entendida como la pena principal a imponer, pues el sistema penal tuvo como foco la disciplina del trabajo de la pena privativa de la libertad, abandonando así el sistema basado en castigos corporales y pecuniarios que tuvo finalidades preventivas o subsidiarias.

En dicha época, fueron las necesidades económicas de una determinada clase (aristocracia) y no las de la sociedad las que determinaron la aplicación de la pena, pues las disminuciones o los aumentos de la población determinaron las condenas de muerte, esta aseveración se encuentra fundamentada en que, el aumento demográfico conllevó un aumento en la mano de obra, factor de la severidad de las penas, en razón de que, el aumento en la población tornaba al delincuente en no útil para la sociedad; mientras que, si la población disminuía, lo que sucedió en el siglo XVI por guerras y enfermedades, las penas se atenúan con la finalidad de conservar el elemento humano que ofrecían los delincuentes.

En consecuencia, el delincuente fue un elemento negativo para la sociedad mientras primaba la abundancia de la población, y en caso de disminuir, fue considerado como un elemento de utilidad para la sociedad, esto se explica por el aprovechamiento de la labor del delincuente cuando había escasa mano de obra; a saber, se buscó que se vinculen a los sectores productivos y a obras estatales.

En ese orden de ideas, los centros de corrección o casas disciplinarias se crearon con la finalidad de capacitar, no solo a los delincuentes, sino también a los pobres, huérfanos y enfermos, para posteriormente integrarlos en los sectores productivos; no hubo un origen desinteresado de estos centros. En relación con esto, vale mencionar que la génesis y la finalidad de los centros de corrección no obedeció a un fin filantrópico de brindar protección y regeneración al delincuente, sino que se debió a los niveles de la población de la época, pues una vez que fueron superados los problemas poblacionales y consecuentemente la satisfacción de la mano de obra, estas casas disciplinarias fueron inútiles y, por ende, desaparecieron.

Como consecuencia, en estos siglos correspondientes al Renacimiento, no se tuvo una evolución en las concepciones penales que obedeció a las ideas misericordiosas humanistas (la historia trató de acomodarse), más bien se concretó la aplicación de nuevas y hábiles formas de castigo estatal como función central de la labor penitenciaria, lo cual desembocó en una conciliación entre el beneficio aristocrático y entre la venganza punitiva.

1.2.4. Período correccionalista

El denominado período correccionalista del Derecho Penal surgió a mediados del siglo XVIII, tuvo como máximo exponente a Cesar Beccaria, quien a través de su obra "De los delitos y las penas", abogó fehacientemente por la existencia y observancia de garantías procesales a favor del acusado, la legalidad de las penas y la atenuación de las mismas. Los pilares fundamentales de su teoría punitiva giraron en torno a la justificación de la existencia de la

pena como el resultado del cometimiento de delitos, para lo cual sostuvo que la función de la pena era disuadir de las conductas delictivas al resto de miembros de la sociedad, así como la neutralización y el castigo al delincuente para ofrecer protección y seguridad a la ciudadanía. Además, Beccaria propugnó por la proporcionalidad de las penas con respecto a la antijuridicidad de la acción que infringe un menoscabo al bien público (Neira, 2015).

Al mismo tiempo, surge otra teoría punitiva que logra influir en la humanización del régimen carcelario, la misma que tiene por autor a John Howard, quien sostuvo una fuerte crítica alrededor de las deplorables condiciones en las prisiones, pues en estas los internos eran sometidos a rigores físicos reprochables, existiendo así un tratamiento inhumano hacia dichas personas. La repercusión significativa de Howard se ve plasmada en el llamado derecho de encarcelaje, pues se consiguió que las personas privadas de la libertad dejen de sufragar pagos de alimentación a los administradores carcelarios, del mismo modo, se obtuvo la segregación de acuerdo al sexo en las cárceles, a saber, hombres y mujeres estaban encerrados en los mismos espacios carcelarios (Neuman, 1971, p. 73-74).

Así mismo, Jeremías Bentham incidió en el pensamiento punitivo de la época, pues éste centró su atención en el aspecto físico de las prisiones, en razón de ello, elaboró su ilustre diseño de la cárcel panóptica, la cual consistió en una prisión de forma circular que permitía alcanzar una vigilancia total y continua de los reclusos; consecuentemente, el trabajo de Bentham contribuyó a humanizar las cárceles.

Las voces de los forjadores del período correccionalista del Derecho Penal, Beccaría, Howard y Bentham, no fueron infructuosas, por el contrario, sus cambios se ven plasmados a lo largo del siglo XIX, en el cual las acciones delictivas se tipifican en las leyes, y se caracterizan por su proporcionalidad y temporalidad con la gravedad del delito cometido, logrando mejorar el nivel de vida al interior de las prisiones.

Las ideas desglosadas previamente permiten finalizar el examen de la génesis y los antecedentes de la pena privativa de la libertad, permitiendo sostener que, la misma se traduce como una medida punitiva del Derecho Penal, que surge a consecuencia de la necesidad y el consenso de la sociedad de abandonar los tratos inhumanos y reformar la práctica judicial pugnando por la humanización de las penas y la aplicación de sanciones proporcionales a quienes con sus actos transgreden los bienes jurídicos tutelados, fragmentando así la convivencia social. Pero, no es menos cierto que, la historia de las penas ha resultado ser infamante para la humanidad, pues ha sido una violencia ejercida con organización, programación y a consciencia, que ha tenido como víctima a quien se consideraba como un elemento negativo dentro de la sociedad.

Capítulo 2

2.1. Nociones básicas sobre el Derecho Penal del Enemigo de Günther

Jakobs

El jurista alemán Günter Jakobs, titular de la teoría del Derecho Penal del Enemigo, introduce esta doctrina por primera vez en el Congreso de penalistas alemanes llevado a cabo en Frankfurt en marzo de 1985, donde se utilizaba el concepto como un topos para el análisis crítico del Derecho Penal de la época.

El profesor Jakobs describe una técnica expansiva del Derecho Penal en contra de determinados individuos que no presentan una garantía cognitiva a la sociedad y, por ende, se han excluido o autoexcluido de la calidad de “persona”; a saber, se designa como individuo al ser humano que existe de forma física; mientras que, persona es aquel individuo que tiene un comportamiento personal determinado por derechos y deberes (Jakobs, 2006, p.15).

Excluidos de la calidad de persona, son calificados como enemigos, a quienes resulta ser necesario neutralizar mediante el ejercicio de la coacción, restringiéndoles en su esfera de libertad a través de la imposición de penas privativas de la libertad, con la finalidad de garantizar la seguridad y salvaguardar el Estado de Derecho que solo será posible a través de la exclusión o eliminación de esta fuente de peligro (Murillo, 2009). De lo que se trata, es de un derecho de aseguramiento que castiga severamente a sus enemigos y busca asegurar su encierro por ser un peligro potencial para todos los habitantes; en contraste con el Derecho Penal del Ciudadano, el cual se dirige a quienes son fieles al ordenamiento jurídico y, por tanto, no atentan contra el Estado.

Vale destacar que, en la praxis estas tendencias del Derecho Penal, no se encuentran cimentadas en un estado puro, no existe negro sobre blanco, sino más bien se trata de tonos grises que responden a modelos entremezclados, siendo plenamente legítimos ambos, según el planteamiento del autor (Jakobs, 2003). Por consiguiente, las leyes penales no se configuran sobre modelos absolutos, por el contrario, se combinan diferentes tendencias que dan origen a diversas formas intermedias.

2.1.1. Orígenes filosóficos del Derecho Penal del Enemigo

Los fundamentos filosóficos de la construcción de la teoría del Derecho Penal del Enemigo elaborada por Günter Jakobs están vinculados de manera directa con las teorías contractualistas de Tomas Hobbes y Jean- Jacques Rousseau; así como también tiene sus bases teóricas en las obras de Kant y Fichte.

2.1.1.1. Tomas Hobbes

El aporte que realiza Thomas Hobbes tiene más un interés de tinte histórico, pues el pensamiento esgrimido por este autor se configura como el primer estudio sociopolítico que desarrolla de manera muy similar la idea contemporánea del denominado Derecho Penal del Enemigo.

Tomas Hobbes sostiene que los hombres han tenido que abandonar su estado de naturaleza para poder vivir dentro de un Estado que les brinde seguridad, pues en el estado natural cada

hombre resulta ser su propio juez con respecto a los medios que le sean necesarios para lograr su supervivencia, de ahí que cada quien tenía derecho a todo, lo cual desembocó en una guerra de todos contra todos, donde no existía seguridad alguna (Hobbes, 1983).

Con la finalidad de encontrar paz y protegerse de aquellos que no la brindaban, el hombre debía renunciar a una parcela de su voluntad, y esto debía estar acompañado de la renuncia simultánea de los demás individuos; y con ello consolidarse la transferencia del poder a un ente soberano mediante el pacto realizado por los hombres.

Este pacto referido por Hobbes constituye el contrato mediante el cual los individuos se comprometen recíprocamente para con un tercero (Estado) “advirtiendo que todo ser humano que no sea participe en el pacto permanece en un estado de guerra y, por ende, se configura en un enemigo de los demás” (Flores, 2006, p.8).

Superado el estado de naturaleza y con el surgimiento del Estado, los individuos adquieren el estatus de ciudadano, el mismo que no puede renunciarse de forma arbitraria ni aun por quien ha alterado el orden social, salvo que, el ciudadano incurriera en una rebelión, en cuyo caso sería castigado como enemigo, por considerar que se trata de un delito que constituye el retorno al estado de naturaleza. Consecuentemente, Hobbes no concebía a todo delincuente como enemigo, sino únicamente al reo de alta traición, es decir aquellos que han traicionado a su Estado en la guerra, estos son equiparados con quienes se han rebelado contra el ordenamiento jurídico o contra su fundamento, negando así el orden instituido (Jakobs, 2003, p.29); por otro lado, aquellos que han cometido delitos comunes siguen manteniendo su rol de ciudadanos.

En este punto, Jakobs hace una observación que merece dedicar alguna atención, este refiere que el ordenamiento jurídico debe de mantener dentro del Derecho al ciudadano que ha quebrantado el orden, esto en razón de que, el criminal no puede desligarse de la sociedad de forma arbitraria perdiendo su estatus como ciudadano debido al hecho cometido por el mismo, pues tiene el deber y el derecho de reparar el daño cometido hacia la sociedad y, posteriormente reintegrarse a ella (Jakobs, 2003, p.28), esto se encuentra plenamente representando en el contrato social de la teoría de Hobbes.

En este contexto, nace la figura del enemigo, quien viola el pacto social y se pone en estado de naturaleza por renunciar a dicho pacto (Pedrolli, 2017, p.37); al respecto, cabe señalar que Hobbes realiza una distinción de forma clara entre quienes deben ser considerados como enemigos y quienes no lo son, al contrario de lo que sostiene Rousseau.

Ahora bien, en la renuncia de los derechos y la transferencia de los mismos al Estado, por parte del ciudadano nace la obligación de respetar las leyes civiles dadas por el soberano, no obstante, con ello no se está garantizando la seguridad que se prometía al abandonar el estado de naturaleza, pues estas leyes pueden ser transgredidas en cualquier momento, de ahí la necesidad de establecer castigos que resulten peores que los hechos cometidos. Al respecto, Jakobs sostiene que no solo el Estado tiene derecho a procurarse seguridad frente a quienes con sus conductas alteran el orden social, sino también, los ciudadanos tienen derecho a demandar del Estado tal seguridad, derecho que no contiene al reo de alta traición (Jakobs, 2003, p.32).

2.1.1.2. Jean-Jacques Rousseau

Jean-Jacques Rousseau entiende al Estado como el resultado de un pacto social que ha permitido superar las condiciones adversas que han sido parte del estado de naturaleza, para lo cual ha sido necesario que los hombres pacten de común acuerdo y de forma libre con un ente superior a quien le han cedido parte de sus derechos.

Además, concibe que el ser humano debe unir fuerzas con sus semejantes, con la finalidad de asegurar su supervivencia y la del resto, de lo que se trata es de constituir alianzas; a saber, se plantea la idea de una sociedad vista como un colectivo en el cual cohabitan instituciones y personas, dicha sociedad se edifica sobre un régimen normativo en el cual los miembros que lo conforman tienen la obligación de respetarlo. Así tenemos un orden social y jurídico sobre el cual las personas alcanzan su desarrollo, y aquellos que alteren este orden, al no respetar el derecho de los demás individuos, son considerados como enemigos de la sociedad pues lesionan intereses colectivos.

En este contexto, Rousseau es claro en su concepción acerca de lo que se tiene que hacer con quienes el Derecho Penal del Enemigo considera como enemigos, así sostiene que cualquier malhechor que ataque el derecho social deja de ser miembro del Estado, dado que está en guerra con éste; entonces “la conservación del Estado resulta ser incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca; y cuando se hace morir al culpable, es menos como ciudadano que como enemigo” (Rousseau, 1972). En este aspecto, Rousseau concibe que todo delincuente es de por sí un enemigo al infringir el contrato social y, una vez que sea reconocido como tal “debe ser suprimido por medio del destierro como infractor del pacto, o con la muerte como enemigo público, porque tal enemigo no es una persona moral, sino un hombre” (Rousseau, 1972), de tal suerte que, deja de mantener todo vínculo con la sociedad y el Estado.

Al respecto de la concepción de enemigo que mantiene Rousseau, Jakobs indica que, el argumento esgrimido por este no es el mejor para sostener la pérdida de la calidad de persona, dado que no todos los que infringen una norma son excluidos del Derecho.

2.1.1.3. Immanuel Kant

Immanuel Kant establece que toda persona está facultada para obligar a cualquier otra a entrar en una constitución ciudadana (Meliá, 2003, p.30), este planteamiento proviene del entendimiento que Kant tiene con respecto al hombre. A grandes rasgos, se considera al hombre como un ser que posee características especiales, como la razón y la libertad interna, y en virtud de estas, es un ser plenamente capaz de obligarse a sí mismo y obedecer dichas obligaciones, así como también es capaz de obligar al resto (Pedrolli, 2017, p.56). Adicionalmente, se puede obligar a ingresar en un estado de legalidad cuando alguien representa una amenaza por su carencia de leyes lo cual lo convierte en un enemigo para la sociedad. Es menester resaltar que, en caso de existir un abuso de la libertad que posee el hombre y que dicho abuso repercute en la sociedad, será necesario hacer uso de la coacción para garantizar con ello la misma libertad.

Ahora bien, con respecto a la consideración de enemigo, Kant en su magna obra “La Paz Perpetua” señala:

El hombre o el pueblo que se halla en el estado de naturaleza no da esas garantías y hasta lesiona por el mero hecho de hallarse en ese estado de naturaleza, en efecto, está junto a mí y aunque no me hostiliza activamente, es para mí la anarquía de su estado- estatuto injusto- una perpetua amenaza. Yo puedo obligarle o bien a entrar conmigo a un estado legal común o a apartarse de mi lado (Kant, 1977).

De la lectura del párrafo precedente se desprende que, Kant considera que no debe tratarse como persona a quien no permite que le obliguen a ingresar en un estado ciudadano y, por ende, amenaza constantemente, pues el autor concibe que el acceso en el marco del contrato social es lo que representa una garantía para el colectivo social, por el contrario, quien se encuentra en un estado de naturaleza termina por lesionar el derecho a la seguridad de los demás miembros y es, como anota expresamente Kant, un enemigo a quien se le puede obligar el ingreso en el estado de civilidad-legalidad o, a su vez, rechazarlo por ser fuente externa de peligro.

Las consideraciones de Jakobs tienen un tinte kantiano, pues el jurista alemán basado en Kant admite el derecho pleno de rechazar a quienes representan una “amenaza a los

presupuestos básicos de una vida mínimamente ordenada por la seguridad” (Pedrolli, 2017, p.65).

2.1.1.4. Johann Gottlieb Fichte

Fichte coincide con la postura de Rousseau al sostener que, todo delincuente resulta ser un transgresor del contrato social y en razón de ello, debe ser merecedor de un castigo, al respecto escribe:

Aquél que viola en una parte el contrato social, sea voluntariamente o por negligencia, cuando en el contrato se contaba con su prudencia, pierde así con todo rigor todos sus derechos como ciudadano y como hombre, y es completamente privado de derechos (Fichte, 1994, p.315-316).

Con respecto al enunciado transcrito, se debe traer a consideración que, quien ha violado la ley demuestra que su comportamiento no representa el ejercicio de forma racional de la libertad de la cual goza dentro de la sociedad, lo cual tiene como consecuencia directa la pérdida de la propia ciudadanía y la anulación del contrato social entre este y los demás ciudadanos con los cuales no existirá ya una relación jurídica (Fichte, 1994, p.316). Así pues, el argumento que motiva la pérdida del estatus de ciudadano y consecuentemente, la calificación como enemigo, no es otro que la seguridad de los bienes jurídicos de quienes forman parte del contrato social. Además, cuando el delincuente lesiona la seguridad del resto, paralelamente viola también sus propios derechos; en consecuencia, “es condición para la existencia valida de los derechos de uno que él no sea una fuente de peligro a los derechos de los demás” (Pedrolli, 2017, p.68).

Sin embargo, Fichte considera la posibilidad de que el delincuente pueda reintegrarse a la sociedad y con ello, vuelva a gozar del estatus de ciudadano, una vez que cumpla con la pena impuesta por su conducta delictiva y sea capaz de convivir con los miembros de la sociedad respetando los estandares de civilidad. El delincuente goza de la potestad de escoger de forma libre el volver al estado de ciudadanía o, rehusarse a entrar al proceso de resocialización, de presentarse el segundo caso, será necesaria su inmediata y absoluta expulsión de la sociedad y consecuentemente, será tratado como enemigo de la misma, así lo ha expresado Fichte en el siguiente pasaje: “Los enmendados se reintegran a la sociedad y son plenamente restablecidos en su situación anterior. (...) Los que no son enmendados cuando el término perentorio se ha alcanzado son excluidos de la sociedad como incorregibles” (Fichte, 1994, p.329).

Existe en la teoría de Fichte el origen real del Derecho Penal del Enemigo esbozado por Jakobs; a saber, en la teoría jakobsiana se hace alusión a la necesidad de brindar protección a todos los miembros de la sociedad de aquellos que no permiten motivarse por el Derecho Penal tradicional, esto tiene como génesis la observación realizada por Fichte con respecto a quien ha tenido un comportamiento contrario a la norma, pues este autor sostiene que;

El hombre malo, que se regocija con el mal que provoca, acepta muy gustosamente sufrir una pérdida, ya que su enemigo va a sufrir también un daño. Si no se halla otro medio para proteger a los conciudadanos contra una tal voluntad formalmente mala, se debería imponer la exclusión del Estado para todo delito que proceda de esta voluntad (Fichte, 1994, p.319).

Jakobs afirma que, Hobbes y Kant construyen un modelo de Derecho Penal del Ciudadano, pero también un modelo de Derecho Penal del Enemigo, pues el primero, se aplicaría a aquellos ciudadanos que no delinquen de forma persistente o aquellos que no son reos de alta traición; mientras que, el segundo sería aplicado a quienes se excluyen del estatus de ciudadano, lo que no ocurre en el pensamiento de Rousseau y Fichte, pues el mismo resulta ser desmesuradamente abstracto en su radical separación entre ciudadano y Derecho y es por ello que Jakobs señala expresamente que no sigue tal concepción (Jakobs, 2003, p.28-32).

A manera de conclusión de este apartado, se puede sostener que, la teoría de los filósofos plasmada en líneas anteriores admite la necesidad de instaurar formas distintas de trato hacia quienes generan un riesgo para la sociedad, trato desigual que se justifica en razón de la calidad de enemigo, la misma que varía en cada autor, así pues, en Hobbes es quien ha violado los fundamentos del contrato social; Rousseau, por su lado considera que todo delincuente es enemigo; Kant, advierte que es quien no sale del estado de naturaleza; y, Fichte, considera que se trata de todo delincuente que se rehúsa a reintegrarse al estado de ciudadanía. Por consiguiente, parece que el pensamiento de dichos autores responde a una necesidad de la fractura del contrato social en relación con algunos individuos, para de esta forma calificarlos con el “estatus” de enemigos y así facultar al ente soberano a tomar medidas en contra de estos para garantizar los derechos de los miembros de la sociedad y salvaguardar el Estado.

2.1.2. Sobre el concepto de persona y el enemigo no persona

El Derecho Penal del Enemigo tiene como pretensión el cubrir las necesidades del Estado que no pueden ser solventadas a través del Derecho Penal ordinario, pues se debe de

enfrentar a individuos que no confieren seguridad cognitiva con respecto a su comportamiento personal y por ello representan una alta peligrosidad para la sociedad y para el Estado de Derecho, de ahí la necesidad de diferenciar entre personas y enemigos, argumento base de la tesis jakobsiana.

Debe tenerse claro que la valoración que Jakobs atribuye a la persona, no es dada por la naturaleza, sino responde a una construcción social, de tal suerte que, diferirá considerablemente dependiendo del contexto.

Ahora bien, la acepción de persona esbozada por Jakobs tiene un elemento cognitivo, a saber: solo quienes sean capaces de brindar una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal deben ser tratados como personas, lo cual implica que, todo ser humano merece ser tratado como persona en tanto y en cuanto se comporte como tal, y ello se consigue a través del respeto y la fidelidad hacia el ordenamiento jurídico que comprende un actuar amparado en derechos y, a la vez, el cumplimiento de las obligaciones de las que se es signatarios, de lo contrario, se consideraran no como persona, sino como enemigo. Así pues, de acuerdo al autor, el trato como persona no es inherente a la condición de ser humano, sino más bien se trata de una calidad que es otorgada por el ente estatal (Jakobs, 2003, p.50-51).

En realidad, la seguridad cognitiva permite que el compromiso de la sociedad en la cual se encuentra fundamentado el contrato social, no sea simplemente una promesa sin contenido, sino que efectivamente permita el desarrollo de la personalidad y la propia vida dentro de la sociedad. Para clarificar lo dicho Jakobs ofrece el siguiente ejemplo;

Aunque sea prohibido el allanamiento de morada, las personas cierran la puerta de sus casas con llave por la noche, y lo hacen porque saben que la normatividad que prohíbe el allanamiento de morada no resulta ser suficiente para asegurar la protección de la residencia, por lo que termina siendo necesario la búsqueda de la seguridad cognitiva con la ayuda de otros medios, como lo es el cerrar la puerta con candado. En una comparación, lo mismo resulta de utilidad para los individuos, si estos no son capaces de manifestar un pilar cognitivo que sea una garantía para la sociedad, entonces, este pilar tendrá que conseguirse mediante otras formas, es decir medidas que permitan incrementar la seguridad (Jakobs, 2008, p.26).

Pero, entonces ¿quién es el enemigo? Para Jakobs no todo el que ha infringido una norma del ordenamiento jurídico se convierte en un enemigo o adversario, difiriendo así de la concepción de Rousseau, a saber:

El enemigo resulta ser un individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento (delitos sexuales; ya el antiguo delincuente habitual 'peligroso'...), o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada, nuevamente el tráfico de drogas o el ya antiguo 'complot de asesinato') es decir, en cualquier caso, de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho, y por lo tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento personal y demuestra este déficit a través de su comportamiento (Muñoz, 2004, p.59).

De la comprensión del presente postulado se desprende que, Jakobs replica el pensamiento de Kant, al señalar que el enemigo no es quien infringe la norma de forma convencional, sino aquel que lo hace de forma persistente; lo cual exige la separación de estos individuos mediante la restricción de su esfera de libertad con la aplicación de penas privativas de la libertad, como mecanismo de control y medio de neutralización de su peligrosidad, de lo contrario, estos individuos terminarían por sufragar un daño al ciudadano que es fiel al ordenamiento jurídico, atentando así contra su seguridad y atacando las bases fundamentales del Estado de Derecho. Al respecto, Silva Sánchez sostiene que,

Los enemigos son individuos que se caracterizan, primero, porque rechazan por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y persiguen la destrucción de ese orden, y, segundo, a consecuencia de ello, por la especial peligrosidad que representan para el orden jurídico, dado que tales individuos no ofrecen garantías de la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal (Sánchez, 2001).

Jakobs también reproduce la teoría de Kant cuando hace referencia al individuo que no ha ingresado al estado de ciudadanía, en cuyo caso este no podrá gozar de los beneficios que concede el estatus de ciudadano, pues no estaría abandonando el estado de naturaleza; en palabras de Jakobs:

Una ulterior formulación: un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona. Y es que el estado de naturaleza es un estado de ausencia de normas, es decir, de libertad excesiva tanto como de lucha excesiva (Jakobs, 2003, p.41).

De esta manera, los enemigos no son personas por haberse autoexcluido de dicha calidad, pero aclara el autor que se trata de una despersonalización que no resulta ser absoluta sino únicamente parcial, esto en razón de que, Jakobs sostiene que al enemigo no se le puede hacer todo por ostentar dicha calidad, así pues, la personalidad innata del enemigo no es trastocada, pues como se ha mencionado en líneas anteriores, solo se busca neutralizar la

peligrosidad y desconfianza que irradia el individuo, y no su destrucción arbitraria; de tal forma que, no queda marginado de la totalidad de sus derechos, pues conserva algunos, como por ejemplo el derecho de propiedad (Jakobs, 2003. P.50).

Con respecto a la autoexclusión, es menester precisar que para Jakobs “quien no presta una mínima garantía cognitiva de comportamiento fiel al Derecho se excluye a sí mismo” (Jakobs, 2003, p.90), de tal suerte que, el enemigo de forma libre y voluntaria decide autoexcluirse de la calidad de persona; a saber, dicha autoexclusión responde a una decisión propia del individuo por ende, el sujeto por sí mismo tendrá la posibilidad de recuperar dicha calidad siempre que su comportamiento conflictivo e irrespetuoso cambie, caso contrario está justificada la disminución de sus garantías, así como también, el adelanto de la punibilidad (Murillo, 2009, p.116). Así pues, es legítimo disminuir el ámbito de disponibilidad de ciertos derechos, como la libertad por medio de la imposición de la pena privativa de la libertad.

En concordancia con lo mencionado, se puede señalar como bien lo hace Roy Murillo que, la edificación del Derecho Penal del Enemigo se va desarrollando desde la dialéctica de la libertad y la seguridad y, a su vez desde la dicotomía de la persona en contraposición con el enemigo (Murillo, 2009, p.112).

Para justificar esta posición del enemigo adoptada por Jakobs, este acude al postulado desarrollado por Thomas Hobbes, tratado en líneas anteriores, quien sostuvo que, el criminal debe conservar su estado de ciudadano sin poder eliminarlo de forma arbitraria salvo que haya incurrido en una alta traición o rebelión, de ahí el fundamento de la distinción entre persona y enemigo esbozada en el Derecho Penal del Enemigo. También recurre a Kant, para justificar la exclusión de quienes con su posición hostil y peligrosa amenazan a la estructura social.

Si bien se niega de forma imperiosa la justificación del Derecho Penal del Enemigo en cuanto a su calificación de las personas como enemigos, no menos cierto que, en nuestras sociedades, de hecho existen seres humanos que presentan las características esbozadas en la tesis jakobsiana. En relación con esto, es bien traída la observación que realiza André Pedrolli, quien sostiene que existe individuos reales que poseen algo en común, y es el desprecio por los presupuestos primordiales de civilidad dentro de nuestra sociedad, como lo son los terroristas, grupos de organizaciones criminales, violadores de niños, organizadores de redes internacionales de trata de personas, entre otros (Pedrolli, 2017, p. 305) . En suma, el individuo descrito por Jakobs como enemigo, existe.

Llegados a ese punto, corresponde traer a colación la instauración de las penas en razón de la concepción en torno al enemigo, aquellas deben de tener como punto de partida la regulación de las conductas no actuadas por parte del enemigo, sino solo planeadas; en otras palabras, la configuración de las penas no debe obedecer al daño en la vigencia de la norma, sino al hecho futuro, lo que se traduce, señala Jakobs en el peligro de daños futuros (Jakobs, 2003, p.49); la configuración de esta forma en las penas tiene como fin ulterior el derecho de seguridad.

2.1.3. Derecho Penal del Enemigo y Derecho Penal del Ciudadano

El Derecho Penal del Enemigo y el Derecho Penal del Ciudadano se configuran como modelos ideales, debido a que no aparecerán de una forma pura, pues en cada modelo se identificará una característica perteneciente al otro, se trata pues de tendencias que presentan dos categorías de regulación a la conducta social con finalidades e ideologías distintas.

El Derecho Penal del Enemigo, puede definirse como un ordenamiento jurídico de combate excepcional en contra de las expresiones de peligro que han sido originadas por quienes han recibido el “estatus” de enemigo como consecuencia de haberse apartado del Derecho de forma perdurable, y por ello, no pueden ofrecer seguridad cognitiva.

En cuanto al Derecho Penal del Ciudadano, este “define y sanciona delitos, que son ejecutados por 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” (Gracia, 2007, p.5). Consecuentemente, este derecho actúa sobre quienes han cometido un hecho de delictivo, pero ofrecen garantías de que guiarán su comportamiento conforme a un ciudadano y otorgaran fidelidad al ordenamiento jurídico; al respecto Jakobs ha informado que;

El Estado moderno ve en el autor de un hecho normal, no a un enemigo al que ha de destruirse, sino más bien a un ciudadano, una persona que mediante su conducta ha dañado la vigencia de la norma y que por ello es llamado - en cuanto ciudadano y no como enemigo - a equilibrar el daño en la vigencia de la norma (Jakobs, 2003, p.36).

Con respecto a los párrafos precedentes, se repara en la siguiente observación, el Derecho Penal del Ciudadano está dirigido a la generalidad de individuos, quienes gozan del estatus de persona; mientras que, el Derecho Penal del Enemigo está orientado hacia quienes han sido calificados como enemigos de la sociedad por no prestar un mínimo de garantía cognitiva en su comportamiento personal y presentar un riesgo (Jakobs, 2003, p.33).

La finalidad que persiguen estos dos derechos resulta ser diferente, pues el derecho dirigido al ciudadano está pensado para mantener la vigencia de la norma; por su lado, el derecho destinado al enemigo, tiene como propósito eliminar los riesgos que han sido generados por quienes buscan una aniquilación de las bases de la sociedad, se trata pues de garantizar la seguridad a los miembros de esta sociedad.

2.1.4. La idea de seguridad

Una de las diferencias que se presenta entre el estado de naturaleza con respecto a la existencia del ente estatal es precisamente la presencia de la seguridad que el Estado debe brindar al colectivo social.

Al respecto, Jakobs sostiene que “los ciudadanos tienen derecho a exigir del Estado que tome las medidas adecuadas, es decir, tienen un derecho a la seguridad” (Jakobs, 2003, p.32). Sobre este punto, es menester recordar el postulado de Thomas Hobbes acerca de la obediencia que debe prestar el ciudadano al Estado, pues el autor menciona que la finalidad de dicha obediencia es la propia protección del ciudadano, por lo que, si el Estado no presta verdaderamente una protección al ciudadano con respecto al resto, entonces no habrá sentido alguno en ceder parte de los derechos para la creación del ente estatal. En relación con este punto, la seguridad no solo se configura como una obligación del Estado, sino también como un derecho a favor de esta entidad; al respecto Jakobs escribe: “Ciertamente, el Estado tiene derecho a procurarse seguridad frente a individuos que reinciden persistentemente en la comisión de hechos delictivos; a fin de cuentas, la custodia de seguridad es una institución jurídica” (Jakobs, 2003, p.34).

Ahora bien, en el derecho a la seguridad del cual gozan los ciudadanos se encuentra la justificación a la neutralización, como respuesta del Derecho Penal del Enemigo, de quienes no prestan una garantía cognitiva de los presupuestos mínimos a ser observados en la convivencia civilizada para beneficio de toda la sociedad, es decir, debe de existir un grado alto de certeza sobre creer que en efecto se va tener una convivencia civilizada que permita alcanzar los propósitos de vida de cada persona y el desarrollo de su personalidad que debe darse desde la óptica de un derecho y un deber, garantizado por el Estado; de tal forma que, quien no presta esta garantía genera un riesgo a la sociedad y atenta contra el derecho a la seguridad; en palabras de Jakobs:

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. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los

ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido (Jakobs, 2003, p.55).

2.2. Sobre la finalidad de la pena, las características y el concepto del Derecho Penal del Enemigo

El Derecho Penal del Enemigo satisface la necesidad de la sociedad por la represión penal y el mayor control a través de la neutralización y la imposición de penas privativas de la libertad más extensas en contra de quienes han presentado comportamientos desviados y destructivos del Estado y del colectivo social, garantizando así la seguridad frente a un riesgo. Bajo esta línea, cabe destacar que, el encierro y consecutivamente, la cárcel se constituye en el medio idóneo para reprimir al enemigo.

2.2.1. De la eliminación del peligro como finalidad de la pena

Al referirse a la finalidad de la pena, Jakobs señala expresamente que “en el Derecho penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la contradicción, en el derecho penal del enemigo, la eliminación de un peligro” (Jakobs, 2003, p.54). Es claro que, al tratarse de los enemigos la finalidad de la pena cambia con respecto a su finalidad ordinaria, teniendo como objetivo la supresión del riesgo que generan estos sujetos; al respecto Gracia Martín señala que, el Derecho Penal del Enemigo “sería uno que se apartaría de los fines ordinarios del Derecho penal (...). Se trataría más bien de una legislación de lucha o de guerra contra el enemigo cuyo único fin sería su exclusión e inocuización” (Martín, 2005, p.8), poniendo así de manifiesto la finalidad que persigue el Derecho Penal del Enemigo.

Ahora bien, el mecanismo del cual se vale la teoría jakobsiana para conseguir la eliminación del peligro creado por el enemigo es la exclusión, eliminación o neutralización de este, a través de la imposición de una pena privativa de la libertad, pues solo ejerciendo este control se garantiza la seguridad de la colectividad social. Lo cierto es que, esto no se da mediante un discurso libre, por el contrario, se cambia al propio enemigo, o cuando menos sus circunstancias vitales, despersonalizándolo y procurando su bloqueo; todo ello bajo la aplicación de la coacción, y en la medida en que ésta es usada resulta ser incompatible con el reconocimiento del individuo como persona (Meliá, 2006).

Así pues, la pena se aplica como mera coacción física para el alejamiento del individuo que resulta ser un peligro para la sociedad a fin de que, este no realice actos delictivos, así lo describe Jakobs al señalar que “en esta medida, la coacción no pretende significar nada, sino quiere ser efectiva, lo que implica que no se dirige contra la persona en Derecho, sino contra

el individuo peligroso” (Jakobs, 2003, p.24). Consecuentemente, con el enemigo no existe comunicación, como señala Fakhouri Gómez, citando a Jakobs, “el Estado está obligado a ejercer violencia muda contra el enemigo; no hay comunicación con él. El enemigo no forma parte de la vida social, es tratado como una bestia salvaje” (Gómez, 2008). De esta forma, la pena pasa a ser entendida como un mecanismo de combate que resulta ser indispensable para alcanzar el control o la eliminación del enemigo que tanto demanda la sociedad y con ello, alcanzar la protección de los valores en los cuales se basa la vida en la comunidad.

Con respecto a la finalidad de la pena, Jakobs realiza una interesante observación que merece ser puesta en conocimiento, el autor menciona que la pena se ha conservado como la forma mediante la cual las sociedades civilizadas han respondido frente a la vulneración de sus valores fundamentales, precisamente porque la pena posee el carácter efectivo de brindar seguridad con respecto a la vigencia de las normas y la protección de las estructuras básicas que permiten la existencia del orden, en palabras de Jakobs “cabe pensar que es improbable que la pena privativa de libertad se hubiera convertido en la reacción habitual frente a hechos de cierta gravedad si no concurriera en ella este efecto de aseguramiento” (Jakobs, 2003, p.23-24); de ahí que, se deba reconocer la importancia y necesidad de la permanencia de las penas en las sociedades.

Desde el ámbito práctico, lo fundamental será el aseguramiento frente al autor, aquello se consigue por medio de la imposición de la pena privativa de la libertad que, en efecto garantice dicha seguridad; en otras palabras, su aislamiento absoluto e indefinido a través del encierro, pero también fuera de la prisión. A saber, no solo se pretende la neutralización o eliminación del enemigo a través de la pena, sino también se buscará imponer otro tipo de medidas, cuando el cumplimiento de la pena no resulte ser suficiente y no exista la posibilidad de ser prolongado, al respecto señala Murillo;

Se busca imponer una medida de seguridad indefinida o la posibilidad de asegurar el control del enemigo una vez que haya cumplido la pena mediante mecanismos como las leyes de notificación a la comunidad del egreso, domicilio y tipo de delito de los enemigos, su control por monitoreo electrónico (Murillo, 2009, p.149).

2.2.2. Sobre las características del Derecho Penal del Enemigo

La teoría esbozada por el alemán Jakobs se caracteriza por un amplio adelantamiento en la punibilidad, la desproporcionalidad de las penas; y, finalmente por la limitación o restricción de determinadas garantías procesales (Jakobs, 2003, p.79-81); en razón de ello, se ha conceptualizado al Derecho Penal del Enemigo como “radicalmente anticipado,

desproporcionadamente severo y dotado de un acompañamiento procesal que recorta el estatuto procesal ciudadano” (Jakobs, 2008, p.86-87).

La justificación para caracterizar de tal forma al Derecho Penal del Enemigo es el garantizar el derecho a la seguridad de la sociedad y del Estado, es decir tiene como postulado principal de su legitimidad la seguridad, el orden y la protección hacia quienes gozan de la calidad de personas con el fin de eliminar a quienes pueden constituirse en una potencial fuente de riesgo.

- Adelantamiento de las barreras de punición

Jakobs propugna por la anticipación de la punibilidad en la legislación para permitir a la vez, la anticipación de la intervención penal por parte del Estado; este es uno de los rasgos más característicos de la legislación penal del enemigo y quizás el más controvertido.

De lo que se trata es de impedir hechos futuros, y consecuentemente hechos que no resultarían ser concretos y determinados sino meramente preparatorios, pero que el Derecho Penal del Enemigo califica como reprochables. Al respecto, señala Pedrolli;

Así pues, criminalizar una conducta en un estado previo a una lesión a un bien jurídico representa criminalizar conductas ubicadas exclusivamente en el ámbito privado o que no representan una acción socialmente importante, lo que tiene el poder de calificar al autor de un mero peligro abstracto a un bien jurídico como una fuente actual de un peligro importante a dicho bien (Pedrolli, 2017, p.459).

Con respecto al párrafo precedente, se debe añadir que, se trata de individuos que no proporcionan una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal y, por ende, se califican como enemigos de los bienes jurídicos, lo cual desemboca en una necesaria intervención estatal de forma previa al cometimiento de hechos por parte de estos individuos; de ahí que, el enemigo no goce de una esfera privada, como señala Jakobs al mencionar que;

El autor no tiene ninguna esfera privada, ningún ámbito para una conducta todavía-no-socialmente-relevante, sino que es sólo fuente de peligro o, con otras palabras, enemigo del bien jurídico. (...) A la definición del autor como enemigo del bien jurídico, según la cual se podrían combatir ya los más tempranos signos de peligro, si bien esto podría no ser oportuno en el caso concreto, se ha de contraponer aquí una definición del autor como ciudadano (Jakobs, 1997, p.295).

En este contexto, la concepción del enemigo del bien jurídico tiene como punto de referencia el peligro que este genera, lo cual conlleva a la violación de su ámbito privado; así pues, el Derecho Penal del Enemigo termina por optimizar la protección de los bienes jurídicos, en contraposición con el Derecho Penal del Ciudadano, en el cual se optimiza la esfera de libertad.

El alemán Jakobs termina por concluir que, con el adelantamiento de la punición lo que se está sancionando es la generación de un ambiente hostil al ordenamiento jurídico, es decir, se estaría sancionando a quien ha originado un estado más o menos permanente de hostilidad (Jakobs, 1997, p. 336). Al respecto, la crítica que merece ser observada es en cuanto a la configuración de estos delitos de producción de un clima hostil, pues los mismos estarían describiendo conductas que resultarían ser lícitas en cuanto se realizan dentro del ámbito de libertad de acción del individuo, por lo que Jakobs termina por sostener que, la única manera de justificar esto sería exigir al individuo su abstención, que resulta ser un sacrificio al ejercicio de su libertad, exigencia que encuentra su base en un daño futuro por la conducta que podría tener el individuo, es pues una omisión exigible por razones sociales, que termina por constituirse como un deber solidario para con la sociedad (Jakobs, 1997, p.341).

El adelantamiento de las barreras de punición es producto de una perspectiva del ordenamiento jurídico en sentido prospectivo, es decir el punto de referencia no es un hecho que se cometió en el pasado y merece ser sancionado, sino se trabaja sobre la base de un hecho futuro, lo cual implica la imposición de una sanción penal previo a la vulneración de un bien jurídico.

- **Desproporcionalidad de las penas**

La desproporcionalidad de las penas como característica del Derecho Penal del Enemigo tiene una doble manifestación, a saber: por un lado, los actos que resultan ser meramente preparatorios y los hechos que son realmente consumados no tienen diferencia en cuanto a su punibilidad, pues no se observa una reducción de la pena en proporción al adelantamiento de la punibilidad; por otra parte, la particularidad de pertenencia del autor de un hecho delictivo a una organización en específico, se configura como un motivo de agravantes al momento de la imposición de la pena por la realización de dicho hecho delictivo concreto (Martín, 2005).

La razón de la desproporcionalidad de las penas radica en la creación de un estado de inseguridad cognitiva de la norma por parte de los individuos calificados como enemigos, lo

cual impide a los ciudadanos respetuosos del ordenamiento jurídico confiar de forma razonable en la protección de sus derechos.

- **Flexibilización de garantías procesales**

La parte más debatible de la propuesta de Derecho Penal del Enemigo es la referida a la restricción o limitación de garantías procesales vinculadas al denominado enemigo; esto se encuentra plenamente justificado y es legítimo en consideración a que el mismo individuo ha sido quien se autoexcluye de su condición de persona, sumado a que se busca dar solución a las situaciones de peligro con la mayor anticipación posible.

El Derecho Penal del Enemigo no se trata solo de un derecho sustantivo, sino también procesal, como bien señala Jakobs en su pasaje “Al igual de lo que sucede en el Derecho penal del Enemigo sustantivo, también en este ámbito (Derecho procesal) el sujeto resulta excluido de su Derecho, porque ya no se espera más que vaya a cumplir con sus obligaciones” (Jakbs, 2013, p.26). De ahí que, en la teoría jakobsiana exista una flexibilización en las garantías al denominado enemigo, quien no resulta ser tratado de la misma forma que el ciudadano.

2.2.3. Sobre la definición del Derecho Penal del Enemigo

Los argumentos expuestos en este apartado responden a aportes esbozados desde la propia concepción del Derecho Penal del Enemigo de Jakobs, sin embargo, se puede identificar tintes singulares en cada autor sobre el contenido semántico y la referencia de lo que cada uno considera por Derecho del enemigo.

En primer lugar, Roy Murillo propone como concepto del Derecho Penal del Enemigo, lo siguiente;

Un conjunto de normas y reglas jurídicas diseñadas para garantizar la seguridad del colectivo social –justificado normalmente en la protección de las víctimas- y del propio Estado, controlando a determinados sujetos considerados una fuente de peligro, mediante la reducción de las garantías penales y procesales para facilitar su aprehensión anticipada y su sometimiento a un encierro por el mayor tiempo posible y bajo condiciones más gravosas de ejecución (Murillo, 2009 , p.132).

En la misma línea, es bien traído el concepto adoptado por Gracia Martín, quien señala que el Derecho Penal del Enemigo es una clara manifestación de la actual tendencia expansiva del Derecho que, a grandes rasgos, da paso a una ampliación del ámbito de intervención del Derecho, a la flexibilización de las garantías y con un menoscabo de las principios jurídico-

penales (Martín, 2005), lo que no está claro, es el grado de menoscabo a ser tolerado para en efecto, hablar de un Derecho Penal del Enemigo.

En otra línea, Portilla Contreras hace alusión a la adopción de una legislación de lucha, la normativización de la guerra; a saber;

Si el Derecho penal de ciudadanos se sujeta a un proceso penal de garantismo, ¿en qué términos quedará concretada la notoria restricción a que se somete el contenido del Derecho penal de enemigos? JAKOBS lo ha resumido en virtud de las siguientes directrices; de un lado, un adelantamiento de la punición equivalente al status de un hecho consumado, sin que suponga, por tanto, una reducción de la pena; de otro, la transición de un Derecho penal a una legislación de lucha que implica la reducción de las garantías procesales. Junto a ello, JAKOBS descarta otra alternativa al Derecho penal del enemigo, pues se trata de una guerra (Contreras, 2004).

Con respecto al párrafo anterior, si bien el Derecho Penal del Enemigo está dirigido de forma diferente para ciudadanos y para enemigos y, aun cuando las normas penales están orientadas a la lucha contra el segundo grupo, representando así un estado de guerra, no es menos cierto que, dicha guerra se ejecuta en consideración a normas y reglas de origen distinto a la guerra que surge entre Estados (Pedrolli, 2017). En este punto se debe de tener total claridad, porque la guerra no es contra un enemigo externo al país, sino contra aquellos enemigos que están dentro de la sociedad, de lo que se trata es de un enemigo interno, ello se desprende de la lectura de la teoría de Jakobs cuando informa que “la sociedad seguirá teniendo enemigos - visibles o con piel de cordero - deambulando por ella” (Jakobs, 2003, p.734).

Ahora bien, al momento de definir lo que realmente constituye un verdadero Derecho Penal del Enemigo, se debe tener en cuenta que, no se propone un modelo radical absoluto en el cual se permita todo, al respecto Jakobs menciona que;

Esto no significa que entonces esté todo permitido, incluso una acción sin medida. Al contrario, al enemigo se le reconoce una personalidad potencial, de tal manera que en una lucha no puede superarse el límite de lo necesario. Pero eso aún permite mucho, todavía más que en la legítima defensa, en la que la defensa necesaria tiene que ser siempre reacción frente a una agresión actual, mientras que, en el Derecho penal de enemigos, también se trata de la defensa frente a agresiones futuras (Jakobs, 2004, p.58).

El párrafo precedente es plenamente necesario tenerlo en cuenta, pues se puede creer que con el enemigo hay como hacer todo hasta el punto de reducir su carácter de humano, lo que Jakobs deja en claro que no es probable ni siquiera deseable, pues lo que corresponde hacer con este es neutralizarlo para así eliminar el riesgo que genera, pero no ir más allá de la consecución de este fin. De esto surge consecuentemente la siguiente interrogante, ¿Cuáles son los límites a observarse en el Derecho Penal del Enemigo? La respuesta a darse no poseerá un alto nivel de claridad y calidad, pues los límites dentro de los cuales debe enmarcarse este derecho corresponderán siempre a la definición que en cada caso se adopte para el concepto de Derecho Penal del Enemigo. En caso de no existir límite alguno a observarse, se estaría creando cualquier cosa, menos un Derecho Penal del Enemigo, pues no terminaría por encajar en el modelo cimentado por Jakobs (Pedrolli, 2017).

Resulta laborioso definir un concepto tan complejo como lo es la connotación del Derecho Penal del Enemigo, pues el mismo tiene diversos aspectos a considerarse, por lo cual, no se puede reducir sus efectos a un solo concepto, en razón de ello, se han esbozado diferentes criterios que permitan alcanzar una mejor comprensión del tema.

Capítulo 3

3.1. La pena privativa de la libertad en los tipos penales del COIP con base en el Derecho Penal del Enemigo

La Constitución de la República del Ecuador del 2008, exigía del legislador la revisión del sistema jurídico para cumplir con la adecuación formal y material de las leyes y demás normas jurídicas a los derechos establecidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, lo

cual obligaba a mirar con los lentes del garantismo al sistema penal ecuatoriano. En la Constitución de Montecristi, como ninguna otra en la historia de nuestro constitucionalismo, se establecen garantías que suponen la protección y la promoción de los derechos humanos que se constituyen como la base del sistema jurídico contemporáneo, lo cual involucra que su constitucionalización permita limitar el ejercicio del poder, de ahí que, la Función Legislativa al crear leyes, de forma especial en el sistema penal, deba ajustarse a la universalidad de los derechos fundamentales. Así pues, el único modelo de Derecho Penal que una Constitución garantista demanda se llama garantismo penal o Derecho Penal mínimo, que se define como:

Un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva - tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial - sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona. Un modelo de derecho fundado sobre la rígida subordinación a la Constitución y la ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuestos a éstos para garantía de los derechos consagrados en las constituciones. Por este modelo, se distinguen tres tipos de garantías: las sustanciales (principio de estricta legalidad, proporcionalidad, taxatividad, lesividad, materialidad, y culpabilidad), las procesales (contradictoriedad, paridad entre acusación y defensa, estricta separación entre acusación y juez, presunción de inocencia, carga acusatoria de la prueba, oralidad, publicidad) y las orgánicas (independencia interna y externa de los jueces y juezas, autoridades competentes, reducción de la discrecionalidad y principio del juez natural (Ferrajoli, 2006).

En este sentido, el Derecho Penal debe contener un carácter democrático, no debe configurarse como un derecho de las mayorías para las minorías desviadas, sino es un derecho de todas las personas y destinado también a todas las personas, es decir, todas las personas, desviadas y no desviadas, deben ser consideradas y tratadas de forma igual, respetando su vida y libertad personal, pues estos derechos no pueden ser sacrificados en aras del sentimiento de inseguridad ciudadana, por el orden público, o por cualquier otra consideración mayoritaria; al respecto, señala Ferrajoli que “no se puede condenar o absolver a un hombre porque convenga a los intereses o la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o la absolución de un culpable” (Ferrajoli, 2005, p.24).

En este orden de ideas, no pudiese existir en estricto sentido constitucional, un código que no garantice derechos y que no limite el poder punitivo del Estado; de lo se trata, pues, es de

un código constitucionalizado que reconozca los principios establecidos en la Constitución que frenen el poder penal del Estado, y con ello, evitar la discrecionalidad, parcialidad y desproporcionalidad del uso del sistema penal, regulada así la ley penal, se adecuaría al Estado Constitucional de Derechos y Justicia, constituyéndose así en un código penal que responde a las exigencias de la Constitución de Montecristi del 2008.

En razón de la configuración de un sistema penal en términos de la Constitución garantista de Montecristi, la Asamblea Nacional del Ecuador apostó por cambios sustanciales en la legislación penal, como lo fue la elaboración y promulgación del Código Orgánico Integral Penal, COIP, publicado en el Registro Oficial el 10 de febrero de 2014; la entrada en vigencia de este cuerpo normativo representa algo nuevo para el país, pues el Derecho Penal en el Ecuador siempre estuvo disperso, se encontraba en varios cuerpos normativos (Código de Ejecución de Penas, el Código de Procedimiento Penal y el Código Penal), con la expedición de este Código logramos por primera vez la unificación de los componentes de una propia materia en el mismo cuerpo normativo, pues la sola reforma de una parte de la legislación penal sin observar el resto, acarrearía a la realización de propuestas incoherentes, que terminarían por fomentar, en lugar de corregir, la dispersión de la normativa penal, al respecto el maestro Zaffaroni ha señalado que debe de existir:

Un cuerpo único que abarque el Derecho Penal, el procesal penal y el de ejecución penal. En realidad, la legislación de la normativa de estas tres disciplinas por separado conspira contra el éxito de cualquiera aquellas. Un código penal no puede responder a una orientación diferente de la procesal ni de la ejecutiva, so pena de quedar reducido a un acto de buena voluntad (Zaffaroni, 2009).

Ahora bien, nuestra Constitución de la República plasma un sistema garantista de derechos y de justicia, que pretende desarrollar como máximo los derechos humanos, si bien este contenido garantista de la Constitución se refleja en el Código Orgánico Integral Penal, COIP, en su artículo 3 al establecer que, la intervención penal solo está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas y de los bienes jurídicos (Código Orgánico Integral Penal, 2014); no es menos cierto que, dicho Código contiene tipos penales que no responden al denominado Derecho Penal mínimo, pues en estos delitos existen un adelantamiento de la punibilidad, desproporción en las penas, flexibilización de las garantías, lo que nos permite concluir, que nos apartamos del sistema garantista al introducir tipos penales con rasgos característicos del Derecho Penal del Enemigo. A saber, se incluyen tipos penales como la asociación ilícita y la delincuencia organizada “encaminados sancionar conductas en el cometimiento de actos ilícitos que rompen con el

Estado Constitucional de Derechos, pero con el riesgo latente de que dichos tipos penales podrían entrar en la esfera de la teoría del derecho penal del enemigo” (Andrés, 2019).

Resulta imprescindible referirse a la consecuencia jurídica de los tipos penales configurados dentro del Código Orgánico Integral Penal, COIP, con base en el Derecho Penal del Enemigo, dicha consecuencia jurídica no es otra que la imposición de la pena privativa de la libertad a quien encaja su conducta en la descripción del tipo penal; estas penas contempladas en los tipos penales de asociación ilícita y delincuencia organizada responden, a características de la teoría jakobsiana. Este es un tema poco debatido en los distintos trabajos que se han elaborado al respecto de la presencia del Derecho Penal del Enemigo en el ordenamiento jurídico del Ecuador, por ello, este apartado está destinado al análisis de los dos tipos penales mencionados, con particular énfasis en las penas privativas de la libertad con las que se sancionan cada tipo penal.

3.1.1. Asociación ilícita, un reflejo del Derecho Penal del Enemigo

Resulta significativo tener como punto de partida que, la Constitución de la República garantiza el derecho a la libertad de asociación, derecho consagrado en el artículo 66 numeral 13, además de ser un derecho reconocido a nivel internacional, pero, entonces ¿por qué se tipifica como delito la asociación ilícita? Se da en razón de los elementos subjetivos que configuran el tipo penal, a saber: se trata de un delito doloso, que exige el conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal por quien realiza la conducta de forma voluntaria. En otras palabras, se entiende que el derecho de asociarse está garantizado con fines lícitos, lo que el Código Orgánico Integral Penal, COIP, sanciona es el abuso de ese derecho, es decir cuando la asociación se hace con fines delictivos.

El Código Orgánico Integral Penal, COIP, en su artículo 370 establece como tipo penal la Asociación ilícita en los siguientes términos:

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 (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Es esencial comprender lo que debe entenderse por asociación, al respecto Muñoz Conde la define como una unión de varias personas organizadas para la consecución de fines específicos (Muñoz, 2015). De este concepto, se comprende que la asociación no solo implica la unión de varias personas, sino también hace referencia a una organización, que como manifiesta el autor continuando con el desarrollo de su definición, debe de configurarse de

forma duradera y no de manera transitoria; en relación con este último punto, en el caso del Ecuador, el tipo penal de asociación ilícita no exige que sea formada de manera duradera, lo que permite establecer una diferencia con el tipo penal de la delincuencia organizada. Así pues, la tipificación de la asociación ilícita dentro del ordenamiento jurídico se entiende como una organización con fines delictivos que no se configura de manera permanente, sino por el contrario, es temporal.

Ahora bien, es necesario realizar algunas consideraciones con respecto a los elementos objetivos del tipo penal que nos permitan observar algunos rasgos característicos del Derecho Penal del Enemigo; a saber:

En cuanto a los elementos objetivos del tipo penal, se tiene que el sujeto activo puede tratarse de cualquier persona, pues el tipo penal no exige de un sujeto calificado, lo que sí se torna necesario es que se trate de dos o más personas, es decir el sujeto activo no puede ser una sola persona, tiene que existir al menos dos personas para que la conducta sea típica. Por otro lado, en lo que respecta al sujeto pasivo, tiene como víctima al Estado, así como también a la población en general, lo cual se encuentra plenamente respaldado con el bien jurídico protegido dentro de este tipo penal, que es la seguridad pública, entendida como la ausencia de un peligro o de un daño, tanto para la población como para la estructura estatal (Solís, 2023).

En lo que respecta al verbo rector, es donde se puede apreciar la existencia del adelantamiento de la punibilidad, pues este verbo consiste en asociarse, de forma textual la norma reza *“se asocien con el fin de cometer delitos”*, además de señalar que *“cada una de ellas será sancionada, por el solo hecho de la asociación”*; consecuentemente, no se estaría sancionando una conducta consumada o materializada que sufrague una lesión a un bien jurídico protegido, que es lo que sucede en el Derecho Penal del Ciudadano o tradicional, donde se sancionan delitos consumados que lesionan a los bienes jurídicos. Lo que se estaría sancionando, es la sola voluntad de querer delinquir, es decir, en la asociación conformada por dos o más personas, no es necesario que se haya cumplido con el fin delictivo para el cual se creó dicha asociación, solo se necesita la voluntad de cometer un acto ilícito.

Ahora bien, el adelantamiento de la punibilidad en el tipo penal de asociación ilícita permite sancionar actos preparatorios, esto se encuentra justificado en la peligrosidad que representa la asociación ilícita para la sociedad por producir una alteración en la tranquilidad de la colectividad, ya que la constitución de una asociación criminal persigue un fin delictivo real y concreto (el cual no interesa si se ejecuta o no), que altera la seguridad pública, así pues, existe una inseguridad para el bien jurídico tutelado pues es altamente probable que se vea

alterado. Estamos pues, frente a individuos que no confieren seguridad cognitiva con respecto a su comportamiento personal y representan una alta peligrosidad para la seguridad pública como bien protegido; por consiguiente, la consecuencia jurídica que se impone a estos miembros de la asociación, no responde a un trato igual con relación al resto, por el contrario, se impone una pena privativa de la libertad en razón del peligro que representa el individuo por la sola formación de una asociación ilícita, configurándose así un rasgo característico del Derecho Penal del Enemigo.

Al respecto, la principal crítica que se presenta ante la anticipación de la punibilidad es la reducción del panorama de análisis de forma exclusiva a una adelantamiento de la criminalización, sin identificar el bien jurídico que se está protegiendo, teniendo como base la sola peligrosidad que representa para los bienes jurídicos que resultarían afectados por el cometimiento del fin delictivo de la asociación, ergo, la regla sobre la impunidad de los actos preparatorios habría sido fractura de modo irreparable (Ziffer, 2005). Al respecto, es esencial tener claro que, la tipificación de la asociación ilícita no corresponde a una sanción de los pensamientos o ideas, pues la configuración de la asociación con fines delictivos es ya un acto preparatorio, pues se trata de una acción exteriorizada que sale de la esfera de los pensamientos de sus autores, pero como bien menciona Jakobs, “quien castiga por hechos futuros, no tiene ya ningún motivo para dejar impunes los pensamientos” (Jakobs,1996, p. 216).

Otra característica del Derecho Penal del Enemigo a ser observada en este tipo penal y a su vez, en el delito de delincuencia organizada, es la supresión de garantías, ya que, el individuo que es considerado como peligroso, tanto en el tipo penal de asociación ilícita como de delincuencia organizada, no es tratado en igualdad de seguridades en comparación al ciudadano infractor común y corriente en lo que respecta a las operaciones encubiertas, pues el artículo 483 del Código Orgánico Integral Penal, COIP, en su parte pertinente establece que;

En el curso de las investigaciones de manera excepcional, bajo la dirección de la unidad especializada de la Fiscalía, se podrá planificar y ejecutar con el personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, una operación encubierta y autorizar a sus agentes para involucrarse o introducirse en organizaciones o agrupaciones delictuales ocultando su identidad oficial, con el objetivo de identificar a los participantes, reunir y recoger información, elementos de convicción y evidencia útil para los fines de la investigación (...) (Código Orgánico Integra Penal , 2014).

Con respecto a esto, la observación que se realizada es que, la figura del agente encubierto es una clara muestra del Derecho Penal del Enemigo, pues se configura desde el ideal de introducción en la esfera privada del sujeto sin que este último tenga conocimiento de aquello, y esto se realiza con la finalidad de hallar pruebas respecto de las posibles actividades con fines ilícitos que se estén por realizar o que se hayan realizado, dichos elementos servirán con la posteridad para juzgar a los individuos.

Es claro que las operaciones encubiertas, no se ejecutan con respecto a todos los ciudadanos infractores, dichas operaciones solo se realizan contra aquellos individuos que son considerados peligrosos para la sociedad y para el Estado. Así pues, el espíritu de la norma citada responde a la lucha contra la peligrosidad de las organizaciones delictivas sean estas temporales o permanentes en las cuales no se realizaría la investigación solo de hechos sucedidos que puedan ser considerados como posibles delitos, sino también, se estarían investigando posibles hechos que resulten ser dañinos para el futuro; es decir, la norma transcrita no está dirigida a la investigación de cualquier delito, sino de forma particular a los delitos de criminalidad organizada en los cuales no solo se enmarca la asociación ilícita, sino también el tipo penal de la delincuencia organizada, y esto se da en razón de la característica de peligrosidad que representan las organizaciones o asociaciones delictivas; consecuentemente, los individuos que forman parte de estas organizaciones no son tratados de forma igual a los infractores comunes, pues no se ha observado la introducción de agentes encubiertos en la investigación, por ejemplo, del acoso sexual del cual ha sido víctima una persona dentro de su espacio laboral, ya que la norma no fue creada para eso, sino de forma específica para quienes representan un peligro.

A la luz de lo esgrimido en estos párrafos, me permito sostener que, tal como se encuentra configurada la norma relativa a las operaciones encubiertas, existe una clara diferenciación entre los individuos que representan una peligrosidad para la sociedad, y el común de los infractores, lo que conlleva a la dicotomía entre Derecho Penal del Ciudadano y del Derecho Penal del Enemigo presente en la legislación penal ecuatoriana.

3.1.1.1. Sobre la pena privativa de la libertad en el delito de asociación

ilícita

El Código Orgánico Integral Penal, COIP, sanciona el tipo penal de asociación ilícita con una pena privativa de la libertad de tres a cinco años, que si bien comparada con otras penas de prisión como veinte y cinco años resulta ser menor; no es menos cierto que, es una pena desproporcionada para el tipo penal, pues lo que se está sancionando no es la ejecución de una

conducta que ha lesionado un bien jurídico, sino solo la voluntad de querer ejecutar el acto ilícito.

No existe proporcionalidad en la pena privativa de la libertad de este tipo penal, en razón de que, se sanciona con la misma pena tanto en el caso de haberse realizado la conducta que lesiona un bien jurídico como en el caso de solo haberse asociado para la realización del acto delictivo que bien podría no haberse llevado a cabo; se trata pues, de conductas que no ocasión la misma lesión, pero, sin embargo, se sancionan de la misma forma. Para clarificar este punto, se ofrece la formulación del siguiente ejemplo:

- María, Juan, y José se asocian para la consecución de un único fin, el robo de todo el equipo informático de una institución educativa perteneciente a su ciudad. Previo a cometer el acto, estructuran entre ellos todo el plan a llevarse a cabo con el fin de no fallar en ningún detalle. Planifican la hora en la que se llevará a cabo el robo, analizan como van desactivar las alarmas de seguridad de la institución, programan una fecha para comprar bolsas en las cuales guardarán todos los equipos a ser robados y finalmente, organizan como van a escapar.

El vecino de uno de ellos, logro escuchar todo el plan a desarrollarse por parte de esta asociación, por lo que, decidió denunciarlos ante la autoridad competente.

Tras la denuncia, María, Juan, y José son procesados y sancionados por el tipo penal de asociación ilícita, recibiendo así una pena privativa de la libertad que puede ser de tres a cinco años.

Ahora bien, debe tomarse en cuenta las siguientes consideraciones: 1) la pena privativa de la libertad contemplada en el delito de robo, tipificado en el artículo 189 del Código Orgánico Integral Penal, COIP, es de tres a cinco años en caso de que se consume el robo; 2) La pena privativa de la libertad que podrían recibir María, Juan, y José por la sola asociación con el fin de robar el equipo informático, es de tres a cinco años, aun cuando no ejecutaron su plan, es decir no llegaron a consumir la conducta que se adecuaría al tipo penal de robo; y, 3) La pena privativa de la libertad a ser impuesta para María, Juan, y José, resulta ser igual a la pena de prisión en el caso de efectivamente haber ejecutado su plan, es decir en caso de haber consumado el robo, hubiese dado igual que María, Juan, y José ejecuten el robo, pues de cualquier forma recibirían una pena privativa de la libertad de tres a cinco años; ergo, no existe proporcionalidad en las penas impuestas, pues se aplica la misma pena por haberse asociado con un fin delictivo y por haber consumado en efecto aquel fin delictivo que

para el caso planteando corresponde al tipo penal de asociación ilícita y al delito de robo.

La desproporcionalidad de la pena en este delito no obedece solo a la imposición de penas iguales en conductas que no lesionan de igual forma los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, sino también a la imposición de penas más altas; con el fin de facilitar la comprensión de esto, se ofrece un ejemplo bastante similar al anterior, pero con una peculiaridad:

- Ocho personas de la comunidad de Victoria del Portete organizan y planean apoderarse de diez cabezas de ganado caballar que se encuentran en la finca de uno de sus vecinos. Cuatro de los diez caballos son de la raza andaluz, por tanto, están valuados en mil dólares cada uno. La asociación de estas ocho personas no es permanente, pues tiene como fin únicamente la sustracción de las cabezas de ganado caballar. Estas ocho personas conversan sobre cómo llevar a cabo su plan una vez que su vecino abandone su hogar.

Resulta que, su vecino transporta las 10 cabezas de ganado caballar a la ciudad de Quito para una feria ganadera, en razón de esto, las ocho personas no logran alcanzar el fin delictivo para el cual se asociaron. Sin embargo, vecinos aledaños al lugar conocieron de sus planes y por ello, los denunciaron ante la autoridad competente.

Una vez esbozado el ejemplo, corresponde hacer referencia a las siguientes consideraciones que nos permitirán concluir la existencia de la desproporcionalidad de la pena en este delito: 1) La pena privativa de la libertad contemplada en el delito de abigeato tipificado en el artículo 199 del Orgánico Integral Penal, COIP, es de uno a tres años en caso de consumarse el delito sin cometerse con fuerza, violencia o teniendo como consecuencia la muerte de una persona; 2) La pena privativa de la libertad que podrían recibir las ocho personas por haberse asociado con el fin de apoderarse de los diez caballos, es de tres a cinco años, pese a que no realizaron la conducta que se adecuaría al tipo penal de abigeato; y, 3) La pena privativa de la libertad a ser impuesta para las ocho personas, es **mayor** a la pena de prisión con la que se sanciona en el caso de efectivamente haber ejecutado su plan, es decir en caso de haberse consumado la conducta penada en el tipo penal de abigeato; por tanto, no se encuentra una proporcionalidad en la penas, puesto que, se aplica una pena mayor por solo haberse asociado con fines ilícitos, que para el caso es el apoderarse de cabezas de ganado, en relación con la pena aplicada en el delito de abigeato en caso de consumarse la conducta descrita en el tipo.

Con esto respecto a este ejemplo, queda claro que, el no haber cometido el hecho delictivo y solo asociarse para ese fin, tiene una pena privativa de la libertad más alta en relación con los delitos de resultado, en los cuales existe una lesión a un bien jurídico protegido.

Consecuentemente, no hay proporcionalidad de la pena privativa de la libertad contemplada en el tipo penal de asociación ilícita tanto porque aplica penas iguales, como por la aplicación de penas más altas en relación con la comisión de delitos de resultado, en los cuales existe la vulneración al bien jurídico protegido.

Ahora bien, como se ha mencionado, la pena privativa de la libertad establecida en el tipo penal de asociación ilícita se impone por la sola formación de la asociación, existiendo una desproporción en las penas impuestas con relación a los delitos de resultado, en los cuales la conducta delictiva se ha consumado; esta imposición de sanciones que no observa el principio constitucional de proporcionalidad, se dan en razón de la peligrosidad que representa el individuo que pertenece a dichas asociaciones delictivas; por tanto, se establecen penas privativas de la libertad en aras de alcanzar sociedades seguras, sin embargo, existe una intervención arbitraria del Derecho Penal en la sanción de estos delitos, pues no se observa el principio de proporcionalidad. Sobre esto, regresaré en líneas posteriores con mayor precisión.

3.1.2. Delincuencia organizada, un modelo del Derecho Penal del

Enemigo

El Código Orgánico Integral Penal, COIP, establece el tipo penal de delincuencia organizada en el artículo 369, como reza a continuación;

La persona que mediante acuerdo o concertación forme un grupo estructurado de tres o más personas que, de manera permanente o reiterada, financien de cualquier forma, ejerzan el mando o dirección o planifiquen las actividades de una organización delictiva, con el propósito de cometer uno o más delitos sancionados con pena privativa de libertad de más de cinco años, que tenga como objetivo final la obtención de beneficios económicos u otros de orden material, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Los demás colaboradores serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La pena privativa de libertad será de diez a trece años si la delincuencia organizada tiene como propósito cometer delitos de tráfico ilícito de sustancias catalogadas

sujetas a fiscalización, terrorismo, actividad ilícita de recursos mineros, sicariato, secuestro, trata de personas y tráfico de migrantes, pornografía infantil, tráfico ilícito de armas de fuego, armas químicas, nucleares o biológicas o lavado de activos. En este caso, los colaboradores serán sancionados con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Por colaborador se entenderá a quien ofrezca, preste o facilite conocimientos jurídicos, contables, técnicos, científicos u otros ya sea de manera ocasional o permanente, remunerados o no, con el propósito de servir o contribuir a los fines ilícitos de la organización (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Se ofrece un concepto sobre el tipo penal bajo análisis que permita la comprensión de este delito previo al desarrollo de su estudio; así pues, se puede definir a la delincuencia organizada como una “red social que se integra por individuos asociados para cometer actividades ilícitas a lo largo de un periodo prolongado de tiempo y con el interés fundamental de obtener la mayor ganancia económica posible” (Rojas, 2008), concepto que se ajusta a lo descrito dentro del tipo penal mencionado.

El tipo penal de delincuencia organizada presenta una diferencia esencial en relación a la asociación ilícita, que responde a un componente de temporalidad; así pues, en el primer caso los miembros de la organización son permanentes durante el tiempo que está creada dicha organización; mientras que, en el segundo caso, en la conformación de la asociación no existe una obligatoriedad de permanencia en el tiempo para la configuración del delito; en suma, la reiteración o permanencia que se establece, es lo que permite la constitución propiamente de una organización delictiva.

Previo al análisis de los elementos subjetivos del tipo, resulta esencial señalar que, el delito de delincuencia organizada tal como se encuentra configurado, presenta deficiencias en cuanto a la determinación del sujeto activo, así como a la definición de los grados de participación, sin embargo, atendiendo al objeto del trabajo, no se realizarán observaciones al respecto, por lo que, las consideraciones a continuación trazadas responden a un enfoque orientado a la consecuencia jurídica del tipo penal.

Ahora bien, corresponde referirse a los elementos objetivos del tipo penal para realizar algunas observaciones que nos permitan determinar la presencia de elementos del Derecho Penal del Enemigo dentro de este delito; a saber:

Con respecto a los elementos objetivos del tipo penal, el bien jurídico protegido, ha sido motivo de diversas discusiones, pues este tipo penal se encuentra ubicado dentro de la

sección correspondiente al "Terrorismo y su financiamiento", título que no sugiere cual es el bien jurídico a protegerse en los delitos contenidos en dicha sección, en su lugar se ha preferido determinar que los delitos contenidos bajo ese título coadyuban a la financiación del terrorismo, a diferencia de otros capítulos en los cuales se determina de forma clara el bien jurídico dentro del nombre del capítulo, sin embargo, la doctrina señala que el bien jurídico protegido por este delito es la seguridad pública (Cornejo, 2001).

En cuanto a los sujetos de este tipo penal, en lo que respecta al sujeto activo descrito en el delito de delincuencia organizada, al ser un tipo penal de carácter plurisubjetivo requiere para su configuración un número plural de sujetos activos, además, no se determina una cualificación necesaria del sujeto activo, es decir, se trata de un sujeto activo indeterminado. En cuanto al sujeto pasivo, si se toma a consideración el criterio de Cornejo en la cita referida en el párrafo anterior, el Estado y la sociedad serían el sujeto pasivo, además, desde una perspectiva internacional, con el daño que producen estas conductas delictivas, los sujetos pasivos serían las diferentes sociedades víctimas de la operación de estas bandas criminales, basta citar como ejemplo el tráfico de órganos y trata de personas.

En lo que respecta al verbo rector, encontramos la presencia de varios verbos en el tipo penal, lo cual no es extraño observar en el Código Orgánico Integral Penal, COIP; de la lectura del artículo se puede observar que entre el primer verbo que es formar, que se configura como primario, y los siguientes verbos (financiar, ejercer, planificar, colaborar) existe la redacción de compuestos normativos que los separan, lo que de cierta forma dificulta la comprensión integral del tipo; por lo que resulta indispensable realizar la siguiente precisión, para que una persona responda penalmente por la formación, mediante acuerdo o concertación, de un grupo estructurado de tres o más personas que tengan por fin el cometimiento de delitos sancionados con una pena privativa de la libertad de más de cinco años, con el objetivo final de un beneficio económico, se requiere que, una de las personas que forma parte de la organización, incurra de manera permanente o reiterada en las acciones de financiación, ejercicio de mando o dirección y planificación de las actividades de dicha organización delictiva.

Con respecto a las consideraciones esgrimidas en el párrafo anterior, existe un claro ejemplo de adelantamiento de la punibilidad en el tipo penal de delincuencia organizada, que, como hemos mencionado antes, es uno de los tres rasgos característicos del Derecho Penal del Enemigo, esto en razón de que, lo que se está sancionando no es una conducta delictiva consumada que afecte un bien jurídico protegido, sino la sola la formación de un grupo estructurado, que de forma permanente o reiterada financie, dirija, o planifique actividades

con el propósito de cometer delitos, en otras palabras, se está sancionando la sola voluntad de querer delinquir a través de la formación de la organización delictiva.

La anticipación de la punibilidad a un estado previo a la lesión del bien jurídico en el delito de delincuencia organizada se debe a la insuficiencia del arquetipo de la lesión consumada en el Derecho Penal, así pues, se hace necesaria una protección en los supuestos en los cuales existe una elevada peligrosidad de las infracciones que con posterioridad se cometerían en el cerco de la organización que tiene como vertiente final la comisión de delitos; así, los miembros de dicha organización son sancionados con penas privativas de la libertad no por delitos cuya comisión se espera que se ejecuten, sino por la peligrosidad que representa su pertenencia a la organización delictiva para la seguridad pública, generándose así una inseguridad cognitiva en la sociedad.

La inseguridad cognitiva del colectivo social se hace efectiva cuando se configura la formación de una organización criminal, pues la existencia de esta organización ya de por sí altera la seguridad que es el bien jurídico protegido dentro del tipo penal bajo análisis, lo cual es un rasgo característico del Derecho Penal del Enemigo.

Por su parte, el segundo inciso del tipo penal en análisis, establece para los colaboradores una pena privativa de la libertad de cinco a siete años, lo cual no será motivo de análisis en el desarrollo del trabajo, pues lo que interesa es la consecuencia jurídica para quien ha formado la organización delictiva, más no para sus colaboradores; consecuentemente, tampoco será motivo de análisis el inciso final de la misma norma.

3.1.2.1. Sobre la pena privativa de la libertad del tipo penal de delincuencia organizada

La tipificación de la delincuencia organizada en el Código Orgánico Integral Penal, COIP, se sancionada con una pena privativa de la libertad de siete a diez años; y en caso de haberse formado la organización delictiva con el fin de cometer los delitos descritos en el inciso tercero de la norma correspondiente al tipo penal, que son: “*tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, terrorismo, actividad ilícita de recursos mineros, sicariato, secuestro, trata de personas y tráfico de migrantes, pornografía infantil, tráfico ilícito de armas de fuego, armas químicas, nucleares o biológicas o lavado de activos*” (Código Orgánico Integral Penal, 2014); se establece una pena privativa de la libertad de diez a trece años. Como se mencionó, no se tomará en cuenta la pena impuesta a los colaborados por no resultar de importancia en nuestro estudio.

Ahora bien, la pena privativa de la libertad con la que se sanciona el delito de delincuencia organizada se impone, como ya hemos mencionado, por la simple formación mediante acuerdo o concertación de una organización delictiva con el propósito de cometer delitos con penas mayores a cinco años; y pese a este adelantamiento de las barreras de punibilidad, no existe diferencia en cuanto a las penas de este tipo penal con respecto a los delitos consumados; a saber: el delito bajo análisis puede tener un pena igual o mayor que un delito de resultado, es decir un delito en el que efectivamente, se consuma el hecho delictivo y se vulnera el bien jurídico constitucionalmente protegido, lo cual rompe con los criterios mínimos y básicos de la proporcionalidad de las penas, sucede el mismo error que anotamos en el tipo penal de asociación ilícita.

Con el fin de ejemplificar lo dicho en el párrafo precedente, me remito a señalar ejemplos en los cuales puede vislumbrarse lo mencionado:

En el tipo penal de tortura tipificado en el artículo 151 del Código Orgánico Integral Penal, COIP, se establece una pena privativa de la libertad de siete a diez años; por otra parte, para el delito de delincuencia organizada con el propósito de cometer el delito de tortura, se establece una pena privativa de la libertad de siete a diez años; por tanto, la simple formación de la organización delictiva con fines de cometer el delito de tortura tiene la misma pena que haber ejecutado dicho delito; ergo, no existe la presencia del principio de proporcionalidad en las penas, pues se sancionada con penas iguales conductas que lesionan de forma diferente un bien jurídico.

Tabla 1 Tipos penales con penas iguales

Tipo penal	Pena
Art. 151 Tortura	7 -10 años
Art. 369 Delincuencia organizada	7 -10 años

Nota. Fuente: Elaboración propia con base en el COIP

El tipo penal de secuestro tipificado en el artículo 161 del Código Orgánico Integral Penal, COIP, se sanciona con una pena privativa de la libertad de cinco a siete años; por otro lado, el tipo penal de delincuencia organizada con la finalidad de cometer el delito de secuestro se sanciona con una pena de prisión de diez a trece años; ergo, no existe proporcionalidad de las penas a imponerse en un delito de resultado como lo es el tipo penal del artículo 161, con respecto al delito de delincuencia organizada

que tiene por fin el secuestro, es decir, la sola formación del grupo para cometer un delito tiene una pena privativa de la libertad más alta que en efecto ejecutar el delito acordado.

Tabla 2 Tipos penales con penas diferentes

Tipo penal	Pena
Art. 161 Secuestro	5 - 7años
Art. 369 Delincuencia organizada (Fin delictivo: secuestro)	10 -13 años

Nota. Fuente: Elaboración propia con base en el COIP

En la misma línea, el delito de tráfico ilícito de migrantes tipificado en el artículo 213 del mismo código, en cuanto al primer inciso, señala una pena privativa de la libertad de siete a diez años; mientras que, el delito de delincuencia organizada que tiene como fin el tráfico de migrantes establece una pena de prisión de diez a trece años, por consiguiente, tenemos el mismo resultado que en el ejemplo anterior, es decir se establece una pena más alta por el solo formar una organización delictiva con el fin de cometer el delito antes que por la comisión misma del delito.

Tabla 3 Tipos penales con penas diferentes

Tipo penal	Pena
Art. 213 Tráfico ilícito de migrantes (inciso primero)	7 - 10años
Art. 369 Delincuencia organizada (Fin delictivo: Tráfico ilícito de migrantes)	10 - 13 años

Nota. Fuente: Elaboración propia con base en el COIP

Por otro lado, se vislumbra la existencia de otra equivocación en cuanto a la imposición de las penas privativas de la libertad, pues se establecen penas mayores que otros delitos de resultado que vulneran el mismo bien protegido; ejemplificando esto:

El tipo penal de grupos subversivos sancionado en el artículo 349 del Código Orgánico Integral Penal, COIP, establece una pena privativa de la libertad de cinco a siete años, dicho tipo penal, de acuerdo a la sección en donde se encuentra ubicado, tiene por bien jurídico protegido la seguridad pública, pues el título de la sección es “Delitos contra la seguridad pública”; por su lado, el tipo penal de delincuencia organizada sancionado en

el primer inciso del artículo 369 establece una pena privativa de la libertad de siete a diez años, y de acuerdo a las consideraciones expuestas en párrafos anteriores, tiene como bien jurídico protegido la seguridad pública; ergo, no existe proporcionalidad entre las penas impuestas en los tipos penales de grupos subversivos y delincuencia organizada, ya que, se establece una pena más alta en el segundo delito, tomando a consideración que estos dos tipos penales protegen el mismo bien jurídico, pero el primero es un delito de resultado que, como ya hemos mencionado, sufraga una verdadera afectación al bien protegido, mientras que, en el segundo tipo penal se está sancionado por la sola formación de la organización delictiva que bien no podría llegar a consumar el hecho delictivo.

Tabla 4: Tipos penales con el mismo bien jurídico protegido

Tipo penal	Bien jurídico	Pena
Art. 349 Grupos subversivos	Seguridad pública	5 - 7 años
Art.369 Delincuencia organizada (inciso primero)	Seguridad pública	7 - 10 años

Nota. Fuente: Elaboración propia con base en el COIP

Ahora bien, el Derecho Penal cumple una doble función con respecto a los derechos, que aparentemente es contradictoria, pues de un lado los protege cuando los mismos han sido vulnerados; y, de otro, los restringe cuando se impone una sanción a quien ha vulnerado esos derechos; ello con la finalidad de no caer en la venganza privada ni en la impunidad, para lo cual es necesario que esto se establezca bajo el principio proporcionalidad reconocido en el artículo 76 numeral 6 de la Constitución de la Republica del Ecuador, que en su parte pertinente reza lo siguiente: “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales (...)” (Constitución de la República del Ecuador, 2008), lo cual permite alcanzar una relación equilibrada entre el grado de afectación de los derechos de una persona, y la sanción aplicada a quien ha lesionado esos derechos.

El principio constitucional referido en el párrafo anterior, no ha sido observado dentro de la asociación ilícita y la delincuencia organizada al momento en el cual el legislador ha establecido las penas respectivas de estos dos delitos en relación con la gravedad del bien jurídico lesionado, pues la consecuencia jurídica de estos tipos penales tiene como punto de partida la regulación de conductas no actuadas, que en efecto no lesionan un bien jurídico protegido, se trata pues, de la peligrosidad que representa la sola formación de una

asociación u organización delictiva, por consiguiente, se sanciona con una pena privativa de la libertad contra el individuo peligroso por actos meramente preparatorios, existiendo así un adelantamiento de la punibilidad en la cual no se observa una pena proporcionada, encajándose así en los postulados del Derecho Penal del Enemigo.

Pero, ¿qué implica la desproporcionalidad en estas penas privativas de la libertad que obedecen a rasgos de un Derecho Penal del Enemigo? Los derechos fundamentales, sufren afectaciones de orden negativo al momento de tipificarse delitos, pues la legislación penal priva de un derecho, como lo es la libertad, a través de la imposición de penas privativas de la libertad, como consecuencia de la vulneración de un bien jurídico protegido, como lo es la seguridad pública, sin embargo, la configuración legislativa de tipos penales sancionados con penas privativas de la libertad no es absoluta, debe de mantenerse dentro de límites constitucionales, como lo es el principio de proporcionalidad, entre otros, precisamente, estas limitaciones encuentran su sustento debido a que, lo que está en juego, son derechos fundamentales como el derecho a la libertad.

Así pues, resulta esencial el establecimiento de sanciones teniendo a consideración este principio, con la finalidad de no establecer penas desproporcionadas que obedezcan a una intervención arbitraria del Estado (Roxin, 1997). A saber, el principio de proporcionalidad, se configura como un verdadero límite en la intervención legislativa en materia penal, pues en el establecimiento de las sanciones correspondientes a los tipos penales, debe guardarse una relación proporcional entre el sacrificio de los intereses individuales (restricción de derechos) que implica la intervención legislativa, en relación con los bienes jurídicos protegidos, de esta forma, no se dará una intervención arbitraria o excesiva por parte del Estado, así pues, el instrumento de protección del cual goza a su favor quien ha tenido un comportamiento violador de la norma, es el principio de proporcionalidad, que impide la imposición de sanciones desproporcionadas, ergo, la ausencia del principio constitucional de proporcionalidad en las penas privativas de la libertad de los tipos penales de asociación ilícita y delincuencia organizada, tornan desde la constitución de estos delitos, como arbitrario el Derecho Penal dejando desprotegido al ciudadano y a la merced de una intervención excesiva del Estado, saliendo así de la esfera del Derecho Penal mínimo que se exige en la Constitución de Montecristi del 2008.

Es claro que, la pena privativa de la libertad impuesta en la asociación ilícita y delincuencia organizada no ha dejado de ser pensada como un medio neutralizador contra el individuo peligroso; de lo contrario, la pena a imponerse no fuera la privación del derecho a la libertad que busca mantener al “enemigo” el mayor tiempo en la cárcel para que su conducta delictiva

no sea expresada materialmente fuera de ese lugar, todo esto en aras de alcanzar la tan ansiada seguridad del colectivo social y de las estructuras básicas del Estado. Lo que ha buscado el legislador con el establecimiento de estas penas en los delitos mencionados, está alejado de una finalidad rehabilitadora, como lo establece la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 201, sostener lo contrario, es, a decir verdad, una utopía que tiene como base el mantener un supuesto garantismo. Por tanto, a mi criterio, el inciso segundo del artículo 52 del Código Orgánico Integral Penal, COIP, referente a la finalidad de la pena, en el cual se establece que, "(...) En ningún caso la pena tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales" (Código Orgánico Integral Penal, 2014), es tinta muerta escrita dentro de una ley.

A la luz de lo analizado en este apartado, me permito sostener que, la pena privativa de la libertad de los tipos penales de asociación ilícita y delincuencia organizada desdibujan el garantismo penal, exigido en la Constitución de la República del Ecuador, y se configura como una sanción para el individuo peligroso, a quien Jakobs ha denominado como enemigo de la sociedad, "contra ellos la justicia penal es extraordinariamente "eficiente" y rápida" (Ferrajoli, 2006). Frente a la técnica legislativa del Derecho Penal del Enemigo presente en los dos tipos penales analizados, quedan las dudas razonables respecto de ¿quién es el enemigo y si en verdad hemos comprendido lo que implican sus derechos dentro de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia? ¿No se desconoce acaso el principio de dignidad humana en aras de proporcionar seguridad al colectivo social? ¿Qué pasa con el "enemigo" que cumple con su pena privativa de la libertad en la cárcel, mientras la sociedad calma su sed de seguridad?

Conclusiones

1. La pena privativa de la libertad no ha sido parte de la historia humana desde su inicio, sin embargo, la necesidad social de crear espacios destinados a retener a quienes con sus conductas han merecido castigos ejemplares ha estado latente siempre dentro de las distintas sociedades, variando la finalidad y la forma de ejecutarse.
2. A lo largo del devenir histórico la pena ha sido concebida como la traducción de venganzas o castigos que implicaban una aflicción sea de orden físico

o psicológico en la cual se buscaba hacer padecer al culpable; posteriormente, la pena pasa a ser entendida como sinónimo de restricción de derechos para los cuales se configuraron tipos de penas, tales como la pena privativa de la libertad que limita o restringe el derecho de libertad, así pues, se abandonan las ideas de penas infamantes y los tratos inhumanos impuestos a quienes eran considerados como enemigos de la sociedad o de Dios, y se propugna por la humanización de las penas.

3. La pena privativa de la libertad, desde la legislación ecuatoriana en materia penal, puede definirse como una restricción del derecho a la libertad, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles.

4. El Derecho Penal del Enemigo que tiene por titular de la teoría a Günther Jakobs, encuentra sus fundamentos filosóficos con las teorías contractualistas de Tomas Hobbes y Jean- Jacques Rousseau; así como también, tiene sus bases teóricas en las obras de Kant y Fichte, pues dichos autores, admiten la necesidad de instaurar formas distintas de trato hacia quienes generan un riesgo para la sociedad, trato desigual que se fundamenta en razón de la calidad de enemigo, la misma que varía en cada autor, así pues, en Hobbes es quien ha violado los fundamentos del contrato social; Rousseau, por su lado considera que todo delincuente es enemigo; Kant, advierte que es quien no sale del estado de naturaleza; y, Fichte, considera que se trata de todo delincuente que se rehúsa a reintegrarse al estado de ciudadanía.

5. El Derecho Penal del Enemigo se construye en base a una dicotomía de los ciudadanos considerados como tales por su actuar conforme a la ley; en contraposición del enemigo, definido como aquel que no presta una mínima garantía cognitiva de un comportamiento adecuado debido a la fuente de peligro que genera su actuar, lo cual exige la separación de estos individuos mediante la restricción de su esfera de libertad con la aplicación de penas privativas de la libertad.

6. La teoría propuesta por Jakobs, establece dos modelos ideales, el Derecho Penal del Ciudadano que actúa sobre quienes han cometido un hecho delictivo, pero ofrecen garantías de que guiarán su comportamiento de forma adecuada; y, el Derecho Penal del Enemigo, que puede definirse como un ordenamiento jurídico de combate excepcional en contra de las expresiones de peligro que han sido originadas por quienes han recibido el “estatus” de enemigo.

7. La pena privativa de la libertad, en teoría propuesta por Jakobs, tiene como finalidad la eliminación de las fuentes de peligro que generan los denominados enemigos para la sociedad, en aras de alcanzar sociedades seguras y mantener las bases fundamentales del Estado de Derecho, así pues, la pena se configura como el

medio de control y de neutralización necesario para combatir al individuo que no presta una garantía mínima de su comportamiento personal.

8. El Derecho Penal del Enemigo tiene como características principales:

1) Adelantamiento de la punibilidad, producto de una perspectiva del ordenamiento jurídico en sentido prospectivo, es decir, el punto de referencia no es un hecho que se cometió en el pasado y merece ser sancionado, sino se trata de hechos futuros, lo cual implica la imposición de una sanción penal previo la vulneración de un bien jurídico protegido en razón de la peligrosidad que representa el individuo; 2) Desproporcionalidad de las penas, que se presenta debido a que, los actos que resultan ser meramente preparatorios y los hechos que son realmente consumados no tienen diferencia en cuanto a su punibilidad, pues no se observa una reducción de la pena en proporción al adelantamiento de la punibilidad, por el contrario, se tienen penas iguales o más altas; y, 3) Restricción o limitación de las garantías vinculadas al denominado enemigo, en razón de su “estatus”.

9. El Derecho Penal del Enemigo es una clara manifestación de la actual tendencia expansiva del Derecho que, a grandes rasgos, da paso a una ampliación del ámbito de intervención del Derecho Penal, a la flexibilización de las garantías y la desproporcionalidad de las penas, características plenamente apreciables en los tipos penales de asociación ilícita y delincuencia organizada tipificados y sancionados en el Código Orgánico Integral Penal, COIP.

10. En el Código Orgánico Integral, COIP, se tiene la presencia de tipos penales que presentan rasgos característicos del Derecho Penal del Enemigo, estos tipos penales son la asociación ilícita y la delincuencia organizada, tipificados y sancionados en los artículos 370 y 369, respectivamente. En dichos delitos se observa la presencia de verbos rectores que permiten concluir la existencia del adelantamiento de la punibilidad, en la cual se sanciona la sola voluntad de querer delinquir a través de la conformación de asociaciones u organizaciones que tiene por finalidad actos delictivos, que podrían no llegar a realizarse, pero, son sancionados con el propósito de eliminar el peligro que los individuos pertenecientes a dichas organizaciones representan para la sociedad.

11. La dicotomía entre el Derecho Penal del Ciudadano y del Derecho Penal del Enemigo se encuentra plasmada en la norma relativa a las operaciones encubiertas, pues el espíritu de dicha norma es la lucha contra la peligrosidad de las organizaciones delictivas, sean estas temporales o permanentes, en las cuales no se realiza una investigación solo de hechos sucedidos que puedan ser considerados como posibles delitos, sino también, se estarían investigando posibles hechos que

resulten ser dañinos para el futuro, lo que no ocurre con los delitos que comenten el común de los ciudadanos infractores.

12. Las penas privativas de la libertad con las que se sancionan los tipos penales de asociación ilícita y delincuencia organizada son penas desproporcionadas, no solo porque se establecen penas iguales o más altas en relación con delitos de resultado, sino también por la existencia de penas más altas en cuanto a delitos que protegen el mismo bien jurídico, la seguridad pública; esto encuentra su justificación en la peligrosidad de los individuos, que ha decir de Jakobs, son enemigos de la sociedad, por alterar la seguridad del colectivo social.

13. La ausencia del principio de proporcionalidad en las penas privativas de la libertad de los delitos de asociación ilícita y delincuencia organizada no solo desdibuja el modelo de garantismo penal que exige la Constitución de Montecristi del 2008, sino también torna de arbitraria la intervención del Derecho Penal en dichos delitos, saliendo así de la esfera del garantismo e introduciéndose en el Derecho Penal del Enemigo.

Recomendaciones

1. Por la gravedad de la incidencia de la delincuencia y la criminalidad organizada, la legislación penal ecuatoriana, debe tomar medidas que prevengan aquello, pero las mismas deben desarrollarse en el marco de garantías, libertades y derechos fundamentales del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, reconocido en la Constitución de la República del Ecuador, y no una falsa respuesta a la seguridad de la sociedad que desconoce criterios de proporcionalidad en materia penal. De ahí

que, el denominado Derecho Penal del Enemigo no tenga cabida en nuestra legislación.

2. El Derecho Penal tiene un carácter subsidiario que no debe de olvidarse, en razón de ello, la implementación de políticas públicas por parte del Estado ecuatoriano debe ser la forma apropiada de prevenir y combatir la delincuencia organizada y sus diferentes especies, estas políticas deben constituirse con miras a una sociedad equitativa, justa e igualitaria.

3. El Derecho Penal en el Ecuador, debe de dejar de crear ficciones, como lo es la imposición de una pena privativa de la libertad para solucionar los problemas en torno a fines delictivos y así brindar una seguridad artificial, la mejor forma de evitar caer en la ficción, es mirando la realidad y en particular, como sostiene el jurista Zaffaroni, escuchar los cadáveres (Zaffaroni, 2011). Para no olvidar los datos de la realidad y aquellas “voces” de los muertos que lo único que tienen es su cadáver, más de un libro sobre política criminal crítica hay que leer, y más de una vez, habrá que visitar nuestras cárceles.

4. A nivel legislativo, se debe de reflexionar tipo penal por tipo penal, la relación que existe entre el bien jurídico constitucionalmente protegido, el daño provocado por el delito, y la potencial restricción del derecho a la libertad del autor de la infracción, para no caer en el establecimiento de penas privativas de la libertad desproporcionadas que den paso a una intervención arbitraria por parte del Derecho Penal ecuatoriano.

Referencias

- Alcántara, M. (2014). *LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD*. Análisis comparativo Europeo. *Revista de la Univesidad de Pontifica de Madrid*: <https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/1872/retrieve>
- Alvarado, R. (2012). *PERSPECTIVA HISTÓRICA Y PROBLEMAS ACTUALES DE LA INSTITUCIÓN PENITENCIARIA EN ESPAÑA. LAS MUJERES ENCARCELADAS TOMAN LA PALABRA* [Tesis de doctorado, Universidad de Salamanca] Archivo digital.https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/115530/DSC_Alvarado_Sanchez_Ruth_PerspectivaHistoricaProblemasActuales.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- ANDRÉS, X. A. (2019). *Derecho Penal del enemigo: inadmisibile en un estado constitucional de derecho, pero una amenaza latente en la legislación penal ecuatoriana*. [Tesis de maestría, Universidad de Especialidades Espíritu Santo] Archivo digital. <http://repositorio.uees.edu.ec/bitstream/123456789/3000/1/SAN%20ANDRES%20PEREZ%20XAVIER%20ALEJANDRO%20.pdf>
- Bermeo, P. (2019). *La arbitrariedad normativa y práctica*. [Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar] Repositorio Institucional del Organismo de la Comunidad Andina, CAN: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6904/1/T2978-MDPE-Bermeo-Dosimetria.pdf>
- Cervantes, M. d. (1605). *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*. Ediciones Robles, segunda parte, Capítulo LVIII.
- Conde, F. M. (2004). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Editorial Tirant lo Blanch.
- Conde, M. (2015). *Derecho Penal: Parte especial*. Editorial Tirant Blanch: <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2063941/10+-+Derecho+penal+especial+%28Parte+1%29.pdf>
- Contreras, P. (2004). *El derecho penal y procesal del "enemigo" - las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos*. Ediciones Jurídicas Lambayecanas.
- Cornejo, A. (2001). *Asociación Ilícita y Delitos Contra el Orden Público*. Ediciones Rubinzal-Culzoni: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37788.pdf>

Cuello, E. (1958). La Moderna Penología . Ed. Bosch:
https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1963-30054300552

Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador . Registro Oficial.

Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). Código Orgánico Integra Penal . Registro Oficial:180.

Feijoo, B. (2007). Retribución y Prevención General, un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal. IBdef:
<https://riubu.ubu.es/bitstream/handle/10259/7796/Tesis%20Doctoral%20Virginia%20Domingo%20de%20la%20Fuente.pdf;jsessionid=0D6FBDBF760A847E5131E0619E13ED8B?sequence=1>

Ferrajoli, L. (1995) Derecho y razón Teoría del garantismo penal. Trotta.

Ferrajoli, L. (2000). El garantismo y la filosofía del Derecho. (Pisarello, G. y Estrada, A. Trad.; 1.^a ed). Serie de teoría jurídica y filosofía_
<https://marcelagonzalezduarte.files.wordpress.com/2018/03/el-garantismo-y-la-filosofaa-del-derecho-ferrajoli-luigi.pdf>

Ferrajoli, L. (2005). Los fundamentos de los derechos fundamentales: debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo. Trotta:
[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/0F63B7BF49EE94F205257D25006DC4C2/\\$FILE/Derechos_fundamentales_ferrajoli.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/0F63B7BF49EE94F205257D25006DC4C2/$FILE/Derechos_fundamentales_ferrajoli.pdf)

Ferrajoli, L. (2006). Garantismo Penal. *Revista Electrónica de la Universidad Nacional Autónoma de México* :<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4122/9.pdf>

Fichte, J. (1994). Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia. Centro de Estudios Constitucionales:
<https://core.ac.uk/download/pdf/71056276.pdf>

García, M. (2007). PENA, DISUASIÓN, EDUCACIÓN Y MORAL PÚBLICA . *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 107. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/27843/25162>

Gómez, F. (2008). Primera sesión: ¿Derecho penal del enemigo? Informe de la discusión.

González, L. (2000). *SITUACIÓN PENITENCIARIA Y PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD*.

Revista de *Derecho*:

<https://www.um.es/documents/4874468/9619397/gonzalez+hacker+2000.pdf/ab554354-caa9-45c1-a58a-ef8222b34749>

Hobbes, T. (1983). *Leviatán*. Freeditorial:

<https://www.suneo.mx/literatura/subidas/Thomas%20Hobbes%20Leviatan.pdf>

Jakobs, G. (1997). *Estudios de Derecho Penal*. (Peñaranda, E, Trad.; 1.ª ed.). Civitas. (Estudios de Derecho Penal, 2009).

Jakobs, G. y Meliá, C. (2003). Derecho penal del enemigo . *Cuadernos Civitas*:

<https://www.derechopenalened.com/libros/jakobs--melia-derecho-penal-del-enemigo.pdf>

Jakobs, G. (2003). Personalidad y exclusión en el Derecho penal .Cuadernos Civitas.

Jakobs, G. (2004). La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente.Cuadernos Civitas.

Jakobs, G. (2006). *Moderna Dogmática Penal Estudios Compilados*. Editorial Porrúa S.A. Prológo de López, E.

Kant, I. (1977). La paz perpetua. En *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (Abellan, Trad.; 6.ª ed.). Colección Clásicos del Pensamiento:

<https://www.almendron.com/tribuna/wp-content/uploads/2020/06/kant-paz-perpetua.pdf>

Martín, L. G. (2005). CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE EL ACTUALMENTE DENOMINADO “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO” . *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf?viewType=Print&viewClass=Print>

Meliá, G. J. (2003). Derecho penal del enemigo. *Cuadernos Civitas*:

<https://www.derechopenalened.com/libros/jakobs--melia-derecho-penal-del-enemigo.pdf>

Murillo, R. (2009). Modernas tendencias en el Derecho Penitenciario. Las propuestas del “Derecho penitenciario mínimo”, el “Derecho penitenciario del enemigo” y las reformas

del 2003 en el ordenamiento jurídico- penitenciario español. *INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS "BARTOLOMÉ DE LAS CASAS"*. [Tesis de doctorado, Universidad Carlos III de Madrid] Archivo digital https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/7588/roy_murillo_tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Neira, M. M. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas*. Ediciones Bermejo: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado_beccaria_hd32_2015.pdf

Neuman. (1971). *Evolución de la Pena Privativa de la Libertad y Regímenes Carcelarios*. Ediciones Pannedille.

Orts, G. J. (2013). *Criminalidad organizada formas de combate mediante el derecho penal* . Editorial Flores .

Pedrolli, A. (2017). *Derecho Penal del Enemigo: análisis de un modelo político-criminal*. [Tesis de doctorado, Universidad de Salamanca]. Archivo digital https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/137121/DPG_PedrolliSerretti_Enemigo.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Rojas, G. S. (2008). *CRIMEN ORGANIZADO EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE* . FLACSO. Editorial Calonia Ltda: <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/catalog/resGet.php?resId=42584>

Rousseau, J.-J. (1972). *El contrato social* . Talleres tipográficos de la Editorial Espasa Calpe:https://www.secst.cl/upfiles/documentos/01082016_923am_579f698613e3b.pdf

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Civitas.

Rumbo, C. (2018). *LA VINCULACIÓN EFECTIVA DEL JUEZ DE EJECUCIÓN EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD EN MÉXICO*. IBAÑEZ: <http://riaa.uaem.mx/xmlui/bitstream/handle/20.500.12055/1430/RUBCNR01T.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Sánchez, S. (2001). *La expansión del Derecho Penal* . Editorial B de F: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5250881/mod_resource/content/1/La%20expansi%C3%B3n%20del%20derecho%20penal%20

20Aspectos%20de%20la%20pol%C3%ADtica%20criminal%20en%20las%20sociedades%20postindustriales%20-%20Jes%C3%BA%20Maria%20Silva%20S%C3%A1nchez.pdf

Solís, J. (2023). *El Derecho Penal del enemigo en el Estado Constitucional de Derechos*. Análisis al tipo penal de asociación ilícita. <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/41069/1/Trabajo-de-Titulacio%cc%81n.pdf>

Terradillos, B. M. (1994). Las consecuencias jurídicas del delito. AraEditores: [https://www.penjuranama.com/v2/images/stories/Revistae/Doctrina%20en%20Derecho%20Penal/1-%20Libros/Libro%20CONSECUENCIAS%20FINAL%20\(1\).pdf](https://www.penjuranama.com/v2/images/stories/Revistae/Doctrina%20en%20Derecho%20Penal/1-%20Libros/Libro%20CONSECUENCIAS%20FINAL%20(1).pdf)

Zaffaroni, E. (2009). Presentación del Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales del Ecuador. 18.

Zaffaroni, E. (2011). La cuestión criminal. Editorial Planeta: <https://www.matiabailone.com/dip/ZAFFARONI-La%20cuestion%20criminal%20-%202da%20edicion%20-%20web.pdf>

Ziffer, P. (2005). El delito de la asociación ilícita. AD-HOC: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/33001.pdf>

Zurita, A. (2017) El delito de organización criminal: fundamentos de responsabilidad.

[Tesis de doctorado, Universidad de Sevilla] Archivo digital: <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/61304/Tesis%20Alri%20ZURITA%20GUTIERREZ.pdf?sequence=1&isAllowed=y>