

UCUENCA

Universidad de Cuenca

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

El Derecho Penal del enemigo en el Estado Constitucional de Derechos

Análisis al tipo penal de asociación ilícita

Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales.

Autor:

Josué Andrés Solís Verdugo

Director:

Simón Bolívar Valdivieso Vintimilla

ORCID: 0000-0002-8796-7278

Cuenca, Ecuador

2023-02-04

Resumen

El objetivo primordial de esta investigación, es el conocer si el Derecho penal del enemigo, teoría desarrollada por el profesor Gunther Jakobs, se encuentra presente en nuestro ordenamiento jurídico, principalmente en el Código Orgánico Integral Penal, y cual es la respuesta de un Estado Constitucional de derechos y justicia como es el Estado ecuatoriano, ante su apareamiento en normas tanto sustantivas como procesales. Así también, se busca encontrar las características principales y los elementos que conforman al Derecho penal del enemigo, y así diferenciarlo de un derecho penal para ciudadanos. Con ello también se analizará si es que el tipo penal de la asociación ilícita tipificado y sancionado en el COIP, tiene presencia de elementos o características del Derecho penal del enemigo.

Palabras clave: derecho penal del enemigo, funcionalismo, populismo penal, derecho penal de autor, garantismo

Abstract

The primary objective of this research is to know if the criminal law of the enemy, a theory developed by Professor Gunther Jakobs, is present in our legal system, mainly in the Comprehensive Organic Criminal Code. Additionally, to understand the response of a Constitutional State of rights and justice, such as the Ecuadorian State, before its appearance in both substantive and procedural regulations. Likewise, it seeks to find the main characteristics and elements that make up the criminal law of the enemy and thus differentiate it from a criminal law for citizens. With this, it will also be analyzed if the criminal type of the illicit association typified and sanctioned in the COIP has elements or characteristics of the criminal law of the enemy.

Keywords: criminal law of the enemy, functionalism, criminal populism, criminal copyright law, guarantee

Índice

Resumen	2
Abstract	3
Capítulo I.- ¿Qué es el Derecho penal del enemigo?	7
1.1 Introducción al Funcionalismo y Derecho penal del enemigo	7
1.2 Ciudadano vs Enemigo	11
1.3 Derecho penal de autor y cómo difiere del Derecho penal del enemigo.	13
1.3.1 Derecho penal de autor	14
1.3.2 Cómo difiere el Derecho penal del enemigo	17
1.4 Populismo penal y Derecho penal del enemigo	20
Capítulo II.- Los elementos del Derecho penal del enemigo	25
2.1. El adelantamiento de la punibilidad	26
2.1.1 El Iter Criminis en la Doctrina	26
A. Fase Interna:	27
B. Fase Externa:	28
2.1.2 El Derecho penal del enemigo y el Iter Criminis	29
2.2. Desproporcionalidad de las penas	32
2.2.1 La razón de la pena	37
A. Teoría de la Retribución	37
A. La Prevención General	38
B. La Prevención Especial	39
C. La Reafirmación de la Vigencia de la Norma (Funcionalismo y Derecho Penal del Enemigo)	39
2.2.2 La función de la pena para el Estado ecuatoriano	40
2.3 Supresión de garantías procesales	42
2.4 La tercera velocidad del Derecho penal	46
Capítulo III - Derecho penal del enemigo en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia	47
3.1 Estado de Derecho vs Estado Constitucional de Derechos	47
3.2 Teorías contrarias al Derecho penal del enemigo	49
3.2.1 El Garantismo penal	49
El garantismo es una filosofía política o teoría de la justicia, (Carbonell, 2020). Las ideas del garantismo, surgen de los pensamientos de la Ilustración, aquellas ideas se basan principalmente en la desconfianza hacia el poder del Estado, y de la minimización de este poder.	49

3.3 El delito de asociación ilícita, una muestra del Derecho penal del enemigo	51
3.3.1 Descripción del tipo penal	51
3.3.2 Elementos del Derecho penal del enemigo en el tipo penal	54
3.4 Conclusiones:	58
Referencias	62

Dedicatoria

A mi madre Cecilia, a quien admiro por ser la mayor muestra de dedicación y honestidad. Por ser quién no ha dudado en ningún momento de mí, y más aún, porque no ha escatimado en nada para ser el pilar fundamental en mi formación profesional.

A mi padre Wilson, quien ha sido ejemplo para mí de humildad y de que siempre se podrá superar todos los obstáculos para obtener lo que uno quiere.

Y por último y más importante, a Dios por ser quien me ha dado todas las oportunidades, porque en todo momento es bueno, y porque es en quien confío para mi futuro.

Agradecimientos

A quienes fueron mis docentes por siempre estar prestos para absolver mis dudas.

A mi director de tesis Dr. Simon Valdivieso, por su tiempo y dedicación en la revisión de este trabajo.

A mis hermanos Teodoro y Cecilia por su apoyo a lo largo de mi carrera universitaria, y por su confianza en mí.

Y de manera especial para Angie, por ser quien me alienta en cada momento a esforzarme por lo que quiero, y quien me apoya desinteresadamente en cada paso que doy.

Capítulo I.- ¿Qué es el Derecho penal del enemigo?

1.1 Introducción al Funcionalismo y Derecho penal del enemigo

Para poder comprender el fondo del *Derecho penal del enemigo*, es indispensable el conocer su origen y de donde surgió, pues este forma parte de la extensa teoría del *Funcionalismo*, o también llamado, el Normativismo Sistémico.

El Funcionalismo no surge como una teoría del Derecho en un primer momento, sino como una concepción sociológica, que está dirigida a aplicarse al Derecho (Rodríguez, 2020).

NIKLAS LUHMANN, fue el pionero y creador de las teorías sociales del Funcionalismo, sus trabajos estaban centrados en las ciencias de la administración y del Derecho (Urtega, 2008). A pesar de que Luhmann fue el pionero del Funcionalismo, GÜNTHER JAKOBS es el responsable de lo que se concibe hoy en día como el Funcionalismo Normativista en el mundo jurídico, siendo su máximo representante.

Aunque otros consideran que Claus Roxin, es el mayor representante del Funcionalismo, debemos diferenciar que forma parte también de este grupo de juristas, pero con una visión distinta, Jakobs centrado en el desarrollo de lo jurídico-penal como una ciencia social, y Roxin centrado en la política-criminal y sistema jurídico-penal (Mir Puig, 2003)

Como lo menciona Polaino Navarrete (2013), el trabajo de Günther Jakobs para el Funcionalismo, es clave, y no podría describirse el mismo en pocas líneas, ya que su aportación a la dogmática jurídico penal es inmensa, por temas como la expectativa social, la vigencia de la norma, los roles de las personas.

A Jakobs, le corresponde también la formulación de varias figuras jurídicas y elementos relevantes para tener la sólida teoría de la imputación objetiva, que hoy en día conocemos.

Y su especial trabajo en la teoría de la pena, como Polaino Navarrete (2013) nos lo narra y refiriéndose a Jakobs, nos dice que este “Rechaza la tradicional fundamentación ontológica del Derecho penal, adoptando una fundamentación exclusivamente normativista” (p.47).

Esto en especial por la afirmación de Jakobs, de que la pena no tiene otra finalidad, sino la de reafirmación de la norma, y el de confirmar la identidad normativa de la sociedad, por eso se le atribuye el nombre del Normativismo Sistémico o del Funcionalismo Normativista, Jakobs tiene plena seguridad, de que la pena sirve para no olvidar que esa norma quebrantada, sigue estando vigente, y generar con ello, la confianza de la sociedad.

Citando nuevamente a Miguel Polaino Navarrete (2013), quien reafirma el gran trabajo de Jakobs, y nos introduce en lo que realmente es objeto de este estudio, nos dice que, “quien quiera adentrarse en la dogmática jurídico-penal actual no podrá desconocer, sino antes

bien estudiar a fondo, las sugerentes investigaciones del autor sobre la materia. Y ello por no hablar de otros temas, de candente actualidad, como puede ser el Derecho penal del enemigo, un tema que ha sido objeto tan burda como demagógicamente de una crítica internacional.” (p. 49).

Más aún, lo que poco se ha dicho, es que Günther Jakobs no creó al Derecho penal del enemigo, sino, solo una teoría descriptiva de las legislaciones penales y del Derecho Penal actual, a la cual supo llamar de esa forma, lo que trata en sus propias palabras es el *“describir dos polos en un solo mundo o de mostrar dos tendencias opuestas en un solo contexto jurídico-penal”* (Jakobs, 2003, p. 22)

El profesor Günther Jakobs, como ya lo hemos dicho, gracias al análisis de varios modelos de ordenamientos jurídicos, determinó qué en el mundo del Derecho penal, existen dos tipos de ordenamientos conviviendo juntos en uno solo, uno creado para ciudadanos corrientes y en igualdad de trato y otro para los enemigos o no ciudadanos.

La existencia de estos dos diferentes ordenamientos en uno solo, no es una creación de Günther Jakobs, no se hace referencia a que existen dos códigos penales distintos para cada país, sino que ciertas normas, en especial ciertos tipos penales, no son pensados y creados como otros, la explicación de Jakobs solo es una descripción y explicación de lo que es real y apreciable.

En un mundo donde ciertas personas no obedecen al Derecho, no les importa para nada lo que esté prohibido o lo que la norma les mande hacer, el Funcionalismo y el Derecho penal del enemigo tratan de buscar una solución. Para poder entender esta situación debemos transportarnos a la vida real, al diario vivir, imaginemos que en cualquiera de nuestras ciudades, el caminar o pasear a altas horas de la noche o madrugada, solos, sin compañía o aun así con ella es retar a la muerte, por que los ladrones, asesinos, violadores y gente que vive de nuestro sacrificio abundan, quienes ya han pasado por años de cárcel y varias sentencias, más aún su ánimo de delinquir no desaparece y en quienes donde la función motivadora de la pena no causa efecto alguno, para Jakobs y sus seguidores, es aquí donde actúa el Derecho penal del enemigo, tratándolos con diferencia sobre el resto de personas, no por sus cualidades ni características pero sí por sus actos, y en palabras más coloquiales, diríamos tratándolos con dureza.

Al darnos cuenta de que esta teoría no es pura dogmática, es claro que su aplicación y su existencia en los ordenamientos jurídicos, trae consigo ciertos efectos y consecuencias, y no quedando a salvo el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Según la doctrina y en especial según Jakobs, se ha logrado identificar que el Derecho penal del enemigo, tiene ciertos elementos que lo caracterizan y que hacen presencia en las normas penales, elementos que son: **1.** El adelantamiento de la punibilidad; **2.** La

desproporcionalidad de las penas; y **3**. Relativización o supresión de garantías procesales. (Meliá, 2003)

Esto no es erróneo, porque como veremos a lo largo de este trabajo, estos elementos son reales, y el Estado de Derecho los ha aceptado, ya que se reflejan claramente en normas sustantivas como procesales y que en nuestro país son claramente apreciables sin duda alguna en nuestro Código Orgánico Integral Penal.

Como en el Ecuador, varios Estados, ya sean sudamericanos, europeos, u otros que se consideren democráticos, tienen rasgos de este sistema, porque su principal objetivo es la búsqueda de estrategias para combatir la criminalidad organizada, sea con medios correctos o no, es una de las bases de este tipo de Derecho. Se basa en crear ciertas normas de carácter punitivo, estudiando la peligrosidad de ciertas personas reflejadas en sus actos, es decir, en sus conductas delictivas, que atacan directamente al Estado de Derecho, y es por ello que son considerados como los ENEMIGOS.

En este punto también es clave el no confundir el sancionar a las personas por su mera peligrosidad, con el sancionar los actos peligrosos de ciertas personas para el Estado de Derecho, que es lo que hace el Derecho penal del enemigo. Ya que no podemos olvidar que nos encontramos en un Derecho penal de acto, y no de autor, diferencias que más adelante abordaremos.

Surge también aquí la gran duda de quienes son los enemigos, si es que son iguales, una persona que crea una banda criminal o quien participa en ella, para extorsionar, robar, matar, violar, y en resumen causar miedo a toda una población, a una persona que vive en la calle, que ante su hambre roba un poco de comida en una tienda o un supermercado, y claro que la respuesta es que no, porque como Jakobs (2003) explica, el Derecho penal del enemigo implica por lo menos un comportamiento desarrollado en base a reglas, en lugar de una conducta espontánea e impulsiva (p. 22)

Gunther Jakobs (2003) los define de forma clara, y dice que *“es enemigo no solo el que de manera casual en su comportamiento (el delincuente sexual, antiguo delincuente habitual o peligroso [...]), en su ocupación profesional, el que está inmerso en la delincuencia organizada y, especialmente, en el tráfico de drogas o en el antiguo concierto para cometer asesinato. Es decir, se trata de aquel que en forma presuntamente verdadera ha abandonado el Derecho, que no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva de su comportamiento personal, y que lo que manifiesta explícitamente con su conducta.”*

Así también, queda por más el decir, que el concepto de enemigo para Jakobs, no es para el extranjero, ni el contrincante político, tampoco tiene una connotación bélica, religiosa o moral (Polaino-Orts, 2019), como se quiere hacer pensar por otros autores, el significado que el

profesor Gunther Jakobs le brinda a “enemigo”, es puramente en Derecho, lo hace como en sus propias palabras explica, cómo un “científico del Derecho”.

También se explicará más adelante, que no todo delincuente es enemigo, que existe un derecho penal para el ciudadano que, infringido la ley, pero sigue siendo considerado como ciudadano, y otro Derecho para el individuo que escoge la “transición a enemigo”, y que por sus actos es considerado como peligroso, y por lo tanto es tratado, digamos así, “con mayor rudeza”.

Por ejemplo, no será lo mismo juzgar en un nuevo crimen cometido, a una persona que tiene más de cuatro sentencias condenatorias ejecutoriadas por robo con violencia, a juzgar al ladrón que lo hizo por primera vez, ambos tienen que ser juzgados y condenados por que su conducta no está permitida por la norma y eso tiene una sanción, pero uno de ellos, gracias a su peligrosidad reflejada en su conducta y a su ánimo de delinquir cada vez que puede hacerlo, ha abandonado el Derecho como lo dice Jakobs, y tendrá consecuencias jurídicas distintas, pues legalmente y legítimamente tendrá que cumplir una pena mayor, porqué debido a su peligrosidad reflejada en sus conductas delictivas (es por ello que no se compara al Derecho penal del enemigo con el Derecho penal de autor), el Estado trata de hacer efectiva la pena, de que este no pueda delinquir por un mayor tiempo, porqué la pena no solo significa algo teórico, sino que también físicamente produce algo, es el lado material de la pena, que debido a su encierro no podrá seguir delinquiendo, aunque sobre ello, ya lo discutiremos también.

Es así como ciertas normas son parte del Derecho penal del enemigo, porque ellas tratan de combatir la peligrosidad, para garantizar la seguridad del resto.

Ejemplo de ello en nuestro Código Orgánico Integral Penal:

“Art. 57.-Reincidencia. - Se entiende por reincidencia la comisión de un nuevo delito por parte de la persona que fue declarada culpable mediante sentencia ejecutoriada.

La reincidencia sólo procederá cuando se trate de la misma infracción penal o se haya atentado contra el mismo bien jurídico protegido en cuyo caso deberán coincidir los mismos elementos de dolo o culpa.

Si la persona reincide se le impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal incrementada en un tercio.”

Teniendo claro que este tipo de Derecho actúa ante las conductas consideradas como peligrosas para el Estado de Derecho y ante quienes han dejado a un lado a la norma para poder así alcanzar sus más banales deseos, podemos continuar y analizar varias circunstancias que son de suma importancia para determinar si es correcta o no su aplicación.

1.2 Ciudadano vs Enemigo

El poder distinguir entre estos dos conceptos es clave para entender la teoría del Derecho penal del enemigo, Jakobs, en un primer momento hace la diferencia entre las “personas” y entre los “individuos” (no personas), siendo los primeros quienes nada tienen que ver en el fondo de este asunto, más aún los segundos son la clave y razón de la tesis de Jakobs, ellos son quienes han roto las reglas y para el Derecho penal ya son solo una amenaza.

El término de *persona*, es quien se encuentra firme con su decisión de respetar el contrato social, a quien no le interesa el violar la ley cada vez que puede hacerlo, y a quien se lo considera como un CIUDADANO normal y corriente, por lo que este para el Derecho penal no tiene mayor importancia, ya que no es un Derecho penal que busca sancionar toda conducta, ni mucho menos sanciona a la persona por lo que es, si no por lo que hace. Cuando llegamos a encontrarnos con el *individuo*, quien ya no es considerado para Jakobs una persona, ya que ha decidido, romper su relación con el Estado, el contrato social no es de su mínimo interés y actúa como un hombre en su pleno estado de naturaleza, no es más que un ENEMIGO, y como Jakobs (2003) determina “ya no participa de los beneficios de este, a partir de ese momento ya no vive con los demás dentro de una relación jurídica” refiriéndose a los beneficios y la relación en un Estado de Derecho (p. 26).

De la misma forma, como lo explica Yennesit Palacios (2010), “Según la tesis Jakobsiana, cuando a un individuo se le criminaliza por actos de barbarie, bien sea por actos de terrorismo o por formar parte de la criminalidad organizada, o bien sea por contrariar el sistema y por violentar los derechos humanos, el desarrollo de este tipo de conductas no permite que en el sistema se le trate como ciudadano sino como a un enemigo” (p. 22).

La pérdida de la oportunidad de ser tratado como un ciudadano y ser tratado como un enemigo, no es una tesis nueva, ya que cuenta con grandes precursores filosóficos, como afirmaba por ejemplo Rousseau, cuando mencionaba “que cualquier «malhechor» que ataque el «derecho social» deja de ser «miembro» del Estado, puesto que se halla en guerra con éste.” Más aún, Jakobs no coincide totalmente con tesis como estas, porque para él, el enemigo, no tiene que ser apartado totalmente del Estado, por qué cree en la rehabilitación, y por qué tiene un deber de reparación (Jakobs, 2003), pero lo que no niega es que este individuo si tendrá un trato distinto.

En este caso, lo que hace el profesor Jakobs es dar mayor claridad a estos antecedentes, pero desde una perspectiva descriptiva, y utiliza los términos de “Derecho penal del enemigo”. Los cuales no siempre son vistos y utilizados en un sentido peyorativo. (Rodríguez, 2020).

Pero, ¿enemigo para quién?, es la gran pregunta que deberíamos plantearnos. Y la respuesta es que seguramente y sin duda alguna para el Estado, y para cada persona o ciudadano que sí forma parte del Estado de Derecho, para la sociedad entera, en la cual el enemigo ha causado miedo debido a su peligrosidad. Debido a que no presta la garantía mínima socialmente exigida para que pueda ser tratado como “persona en Derecho” (Polaino-Orts, 2019). Por lo que es menester el buscar la forma de contener esos actos delictivos, y es por eso que el Derecho penal lo amenaza y lo sanciona de la forma que no hace con otros.

Gracias a esta distinción, hay ciertas cuestiones importantes que no deberíamos dejar de mencionar, como por ejemplo de que el solo hecho de delinquir, no nos hace enemigos para el Estado, pues tenemos que hacer la distinción clave de que un ciudadano puede transformarse en un CIUDADANO INFRACTOR, pero eso no quiere decir que sea un enemigo para el Derecho, ha infringido sus roles fijados con anterioridad, pero para Jakobs como lo dice Pedro Granja (2019), “si bien es cierto todo enemigo es un delincuente no todo delincuente es enemigo”. Es necesario un proceso de transición.

No es menos cierto que esta persona, porque conceptualmente para esta teoría lo sigue siendo, tendrá su sanción, porque la pena para el Funcionalismo tiene que ser aplicada, ya que es la forma de reafirmar la vigencia de la norma, y por medio de aquella, el ciudadano encontrará la rehabilitación para regresar a la sociedad. Así también como puede ocurrir lo contrario, y decida convertirse en una amenaza para el Derecho.

Jakobs, ha sido criticado, por los términos que utiliza en sus teorías (enemigo), y se lo ha culpado de que su “invención” que ni siquiera es eso, si no, que no es más que una mirada a la realidad y su descripción de ello, es una continuación de las teorías de CARL SCHMITT¹. Pedro Granja (2019), nos dice que “Entre sus detractores están los que dicen que es un simple discípulo de Carl Schmitt y están los que prefieren encontrarle nexos filosóficos con Luhmann”.

Y nada más con apreciar el momento y el modo en el que Carl Schmitt desarrolló sus teorías para darse cuenta las diferencias que este tiene con Jakobs, las primeras que surgen dentro de la Alemania nazi, en donde el enemigo no era necesariamente un delincuente, y en donde se lo califico de dos maneras, uno internacional y otro interno (Granja, 2019), y que para el primero no se necesita mucha lógica para adivinar a que enemigo se refiere, ya que los hechos nos dan las respuestas (Guerras), y el segundo utilizado para describir a los judíos y demás personas no aceptadas en la sociedad nazi.

¹ Carl Schmitt fue un jurista y teórico político alemán, que fue miembro y parte del destacamento del Partido Nazi.

Por otro lado, Gunther Jakobs, centrado en el Derecho penal y en la sociología, escribe su teoría a través del análisis de varios códigos penales, y relata la existencia de normas procesales y tipos penales creados solo para ciertas personas, esto gracias a la problemática de la peligrosidad de los mismos, quienes son delincuentes en todo momento, y sin importar su etnia, religión, color de piel o demás (Derecho penal de autor), sino solamente su potencial peligro para el Estado de Derecho, mediante sus conductas delictivas.

De esa forma, Jakobs no hace más que describir, como el Derecho penal ha decidido castigar con mayor rudeza los actos de estos individuos. Su trabajo se centra en una teoría descriptiva, y logra encontrar y delimitar claramente dos sistemas penales en uno solo (para enemigos y para ciudadanos), vigentes en el mundo normativo real.

1.3 Derecho penal de autor y cómo difiere del Derecho penal del enemigo.

Nuestra ley penal, tiene una prohibición expresa para el Derecho penal de autor, y consideramos necesario el poder distinguir, a este tipo de Derecho, del de enemigos, porque a diferencia del primero, su existencia en el Código Orgánico Integral Penal es evidente

El Art. 22. del COIP, reza lo siguiente “*Conductas penalmente relevantes.- Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables.*”

No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales.”

El Art. 22 del COIP, se compone de dos incisos, el primero, no es relevante para nuestra diferenciación, pero sí es clave su comprensión, porque de este inciso se demuestra que nos encontramos en un Derecho penal de ACTO, es por eso que solo son penalmente relevantes las acciones u las omisiones típicas y además que estas conductas pasivas o activas tienen que ser lesivas o poner en peligro a bienes jurídicos protegidos por uno de los tantos tipos penales que nuestros legisladores han decidido adoptar a nuestro Código Penal (COIP).

Por lo tanto, tenemos en claro que, “es el acto humano el que va a ser materia de juzgamiento, y si este no existe, tampoco existe proceso penal.” (Vaca, 2020, p. 45)

Ahora bien, el segundo inciso, es la prohibición que nuestro código determina para la aplicación de un Derecho penal de autor, y no es nuestro afán el atacar a esta prohibición, porque es lo correcto, nadie puede ser juzgado por el solo hecho de tener cierta particularidad o característica en su persona, o por ser considerado como PELIGROSO y sin que haya cometido algún acto delictivo, si no solo por el hecho de así considerarlo.

Y aunque ya dijimos que la base del Derecho penal del enemigo es la peligrosidad de ciertos sujetos para el Estado de Derecho, aquí explicaremos cual es la diferencia con el Derecho penal del autor.

1.3.1 Derecho penal de autor

El Derecho penal de autor, tiene su forma de ver a la punibilidad, y es de una manera distinta a lo que hoy en día consideramos correcto, por lo que su prohibición y su rechazo tiene su lógica, y esto lo explicaremos con unos ejemplos:

- a) Supongamos que, cierta persona, de descendencia musulmana vive en un país en que el terrorismo ha causado mucho daño, esto porque ciertos grupos armados, también musulmanes, quieren imponer su visión y su pensamiento del Islam por medio de la violencia y el uso de la fuerza; un día esta persona, que es un estudiante, después de terminar con una jornada normal y corriente, se dirige a su hogar y en medio camino es detenido por fuerzas del orden por creerse que es participe de estos grupos terroristas, posteriormente es inmiscuido en un proceso penal y acusado por cometer el delito de terrorismo, luego, cuando por fin llega el día de su juzgamiento, se lo condena a trece años de prisión, esto por ser musulmán y por tener las creencias que tiene.

Aquí surge la pregunta, ¿cuál fue la conducta que puso en peligro o lesiono a un bien jurídico protegido por el tipo penal del terrorismo? Y claro que nuestra respuesta será que ninguna, por que no existió aquella, sino que únicamente se lo juzgo por sus creencias y por su religión. No fue juzgado por una acción u omisión típica, contraria a derecho y carente de justificación, de la que se le puede atribuir su culpabilidad, porque lesionó a un bien jurídico protegido, y de la que no cabe error alguno, claro que no, es obvio, porqué no se juzgó sus actos, se juzga únicamente a su persona.

Como lo dice Muñoz Conde (2013), la distinción entre Derecho penal de acto y Derecho penal de autor no es solo una cuestión sistémica sino también, y fundamentalmente, política e ideológica. Sólo el Derecho penal basado en el acto cometido puede ser controlado y limitado democráticamente. El Derecho penal de autor se basa en determinadas cualidades de la persona, de la que está, la mayoría de veces, no es responsable en absoluto (p. 7).

Zaffaroni (2008), de igual forma, nos dice que en el Derecho penal de autor “No se reprocha el acto sino la existencia de la persona, o sea, no lo que esta hizo sino lo que se supone que es” (p. 49), y nos deja en claro lo que hemos venido diciendo, a este tipo de Derecho no le

importa si se cometió o no un acto que pueda constituir delito, solamente le importa quien lo cometió.

Por el contrario, al Derecho penal de acto, no le importa si un homicidio fue cometido por una persona de religión católica o de religión islámica, únicamente le importa que el acto fue cometido por una persona, esto entendiéndolo como un elemento normativo del tipo, es decir todo ser humano susceptible de derechos y obligaciones, a quien sus actos son plenamente imputables, cualquiera sea ella, cualesquiera sean sus características físicas, sus creencias, o sus cualidades.

Ahora, para entender lo que nos dice el Art. 22 del COIP con respecto a que no se podrá sancionar a una persona por su peligrosidad, se refiere a lo siguiente:

- b) Cierta persona, tiene dos condenas por asesinato, en ambos delitos uso armas de gran calibre conjuntamente con artefactos explosivos y demás, aparte esta persona tiene amplios conocimientos en técnicas militares y está totalmente capacitado para liquidar a quien se cruce en su camino.

En cierto punto se lo acusa nuevamente de un asesinato, que está vez no lo cometió, pero debido a su historial, y a su imagen que claramente trasmite peligrosidad, se lo considera culpable, así es, por el hecho de que su persona es evidentemente peligrosa para la sociedad.

- c) Un joven llamado Juan, está recién graduado del colegio en su país, y las oportunidades son muy pocas y la mayoría de jóvenes deciden unirse a las bandas criminales que reinan en las principales ciudades y resto del país. Juan al ver que no encuentra trabajo y que el estudiar en una universidad es un privilegio solo para las clases económicas altas, decide unirse a la banda “mara salvatrucha”, considerada una de las bandas más peligrosas y que más daño causan, una vez que ingresa, tiene que tatuarse en su cuerpo, señales que son característicos de la banda, por lo que lo hace en casi toda su cabeza y su pecho.

Un día en un retén por parte de la Policía de su país, es detenido con varias personas más y llevado a puesta de la autoridad, en donde se le formula cargos por los delitos de robo, extorsión y algunos más que comúnmente son cometidos por esta banda, el día de su juzgamiento, los tatuajes en su cuerpo sirven de prueba para el tribunal para condenarlo a diez años de prisión, porque su persona irradia peligrosidad.

En el ejemplo b), la persona fue sancionado por su evidente imagen de peligro debido a actos que fueron cometidos en el pasado y de los cuales ya fue sancionado, y esto es un

claro ejemplo de Derecho penal de autor, por el simple hecho de que no existió un presunto acto delictivo actual por parte de él.

Por otro lado en el ejemplo c), Juan es sancionado ya que se lo considera culpable por tener tatuajes de una de las bandas más peligrosas de América Latina, ejemplos no alejados de la realidad, en este caso, por ejemplo recordando que en El Salvador, las últimas reformas a la “Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal” adicionan a la ley textos como el siguiente: *“Asimismo, se declaran ilegales los textos, pinturas, diseños, dibujos, grafitis o **cualquier forma de expresión visual**, plasmada en propiedad pública o privada, que explícita o implícitamente transmitan mensajes relacionados a las diferentes agrupaciones, o asociaciones criminales (...)”*, entendiéndose esto también como cualquier vestimenta o hasta un tatuaje en la piel.

En el ejemplo, Juan, no es sancionado por una conducta delictiva como tal, sino que es sancionado por los delitos imaginarios que supuestamente se cometerán a futuro (Rodríguez, 2019). Aunque parezca irreal y completamente imaginario, así es como actúa el Derecho penal de autor.

Cuando hablamos de peligrosidad en el Derecho penal del enemigo, decimos que esa persona, sin importar quien sea, por sus ACTOS de peligro contrarios al Estado de Derecho, se considera un enemigo, y será sancionado por su peligrosidad, pero reflejada en sus conductas típicas y antijurídicas y no en su persona, porque no puede haber sanción si no hay acto. En el Derecho penal del enemigo, la determinación de peligrosidad no es arbitraria, como si lo es en el Derecho penal de autor (Orts, 2019). Y es lo que analizaremos ahora con más detalle, para el Derecho penal del enemigo, es indispensable el acto, para llegar a la sanción.

1.3.2 Cómo difiere el Derecho penal del enemigo

El Derecho penal del enemigo y el Derecho penal de autor, de forma abstracta suenan como sinónimos, pero es necesario el realizar una conceptualización de ambos como le hemos venido haciendo para poder diferenciarlos, y es clave el recordar, que el fondo del Derecho penal del enemigo no es una creación, solamente es una denominación, para poder llamar de alguna forma a lo que realmente sí existe, y a lo que muy probablemente se fue creando en los códigos penales, de una forma inconsciente, pero que piensa en responder a realidades sociales, y que tiene una aceptación por parte del Estado de Derecho, para ello considero necesario el hacer notar la similitud del Derecho penal del enemigo con el Derecho penal de acto.

Como menciona Felipe Rodríguez (2020) “El Derecho penal de acto es justamente el Derecho penal al que todos debemos procurar, esto es, que las personas respondamos penalmente por nuestras conductas con absoluta independencia de nuestro pasado y nuestro presente; con independencia de quiénes fuimos o quienes somos.” (p. 275). En el Derecho penal del enemigo, como ya lo hemos explicado, no se busca sancionar a un individuo por ser quien es, si no por su peligrosidad reflejada siempre en sus actos, si no fuera así, lo más probable es que hubiera una categorización de enemigos en nuestro COIP, es decir, que tal enemigo responderá con tantos años de prisión, y otro enemigo responderá con tal pena, solo por el hecho de ser considerados como tal, pero esto no es así, siempre se esperará el cometimiento de un acto, es decir alguna conducta presuntamente delictiva, para poder entrar a debate si es que hay que sancionarla o no.

Cuando se menciona que un Derecho penal de acto seremos juzgados “*con independencia de quienes fuimos o somos*”, deberíamos preguntarnos si esto es cierto, y la respuesta debería ser que sí, porque sería lo más correcto, pero basta fijarnos en pocos artículos del COIP, para conocer la verdad, tanto tipos penales como normas procesales no demuestran una igualdad de trato, y son claras muestras de lo que se conoce como el Derecho penal del enemigo, ya sea por la supresión de garantías procesales o por la aplicación de penas según el pasado judicial, ejemplo:

- *“Art. Art. 47.- Circunstancias agravantes de la infracción. - Son circunstancias agravantes de la infracción penal: 18. Encontrarse la o el autor perseguido o prófugo por un delito con sentencia condenatoria firme.”*
- *“Art. 57.- Reincidencia. - Se entiende por reincidencia la comisión de un nuevo delito por parte de la persona que fue declarada culpable mediante sentencia ejecutoriada.*
- *La reincidencia sólo procederá cuando se trate de la misma infracción penal o se haya atentado contra el mismo bien jurídico protegido en cuyo caso deberán coincidir los mismos elementos de dolo o culpa.*
Si la persona reincide se le impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal incrementada en un tercio.”
- *“Art. 73.- Indulto o amnistía.: No concederá por delitos cometidos contra la administración pública ni por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia.”*
- *“Art. 75.- Prescripción de la pena. - No prescriben las penas determinadas en las infracciones de agresión, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, crímenes de agresión a un estado, peculado,*

cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito, daños ambientales y, contra la integridad sexual y reproductiva cuyas víctimas sean niños, niñas y adolescentes.”

- *“Art. 278.- Peculado. - (...) Las o los sentenciados por las conductas previstas en este artículo quedarán incapacitadas o incapacitados de por vida, para el desempeño de todo cargo público, todo cargo en entidad financiera o en entidades de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera.”*
- *Art. 698.- Régimen semiabierto.- (...) No podrán acceder a este régimen las personas privadas de libertad que hayan sido condenadas por asesinato, femicidio, sicariato, delitos contra la integridad y libertad personal con resultado de muerte, robo con consecuencia de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva, trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cohecho, concusión, peculado, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, enriquecimiento privado no justificado, delitos de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en alta y gran escala, terrorismo, delincuencia organizada, abigeato con resultado de muerte y graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario.*

Son pocos de los ejemplos que podríamos dar, para hacer notar la existencia de normas penales que están creadas para cierto grupo de personas a las que el Estado ha decidido darles un trato con mayor dureza, y lo único que ha hecho Günther Jakobs, es nombrarlos como “enemigos”, después de ver estos ejemplos, también queda más que claro y no podemos negarlo, de que nuestro Derecho penal actual, mantiene aún muy pequeñas características del Derecho penal de autor, y de las que el Derecho penal del enemigo responde inevitablemente en pequeños patrones, pero eso no quiere decir que sean iguales, porque para el Derecho de enemigos siempre va ser necesario la existencia del injusto penal para entrar a un juicio de reproche y luego si, sancionar con las normas que ya hemos mencionado, el Derecho penal del enemigo, busca siempre la conducta que transgrede a la norma penal, es decir busca siempre el cometimiento de un delito antes de actuar.

Mientras tanto el Derecho penal de autor no le interesa si existe o no acto, simplemente sanciona a la persona porque así lo desea, porque imaginariamente esa persona va a cometer un delito en el futuro o porque imaginariamente ya lo cometió en algún tiempo y espacio que no ha sido definido, entonces sus diferencias sí son notables. Ante ello muy singularmente Jakobs (2003) nos menciona que, “Quien (...) pena por hechos futuros, ya no tiene razón alguna para dejar impunes los pensamientos”

- **El Art. 522 del COIP**, es otro claro ejemplo de Derecho penal del enemigo, pero también es un claro ejemplo de que el Derecho penal de autor no ha desaparecido

por completo y que todavía hay rasgos de ello en nuestra ley penal, el artículo reza que:

*“En los delitos de terrorismo y su financiación, la o el fiscal solicitará a la o al juzgador, se disponga el establecimiento de medidas cautelares en el caso de las **personas naturales o jurídicas identificadas como terroristas** individuales, grupos u organizaciones terroristas o de personas que actúan en nombre de ellos o bajo su dirección, que figuran en la lista general del Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas.*

La o el juzgador, siguiendo el debido proceso, ordenará las medidas cautelares verificando si la persona o entidad se encuentra en la lista aquí señalada y ordenará la inmovilización o congelamiento previsto en el primer inciso del artículo anterior. (...). (Lo subrayado me pertenece)

El artículo identifica como terroristas a ciertas personas sin que estas, hayan sido condenadas en nuestro Estado, lo que es un rasgo del Derecho penal de autor, más aún, el Derecho penal del enemigo, vigente en nuestro ordenamiento jurídico, lo que hace es precautelar, y es por ello que, debido a la peligrosidad de estas personas, en sus actos ya registrados (lista general del Consejo de Seguridad de la ONU) decide darles un trato especial, y con diferencia del resto de infractores. Lo que lo sigue diferenciando del Derecho penal de autor, es que, en este caso, el último ya hubiera juzgado y condenado a estas personas, sin un juicio de reproche por los actos que estas personas han cometido, sino sólo porque sus nombres están en una lista y ya han sido calificados como terroristas, para el Derecho penal de autor, esto es más que suficiente para sancionarlos.

De manera muy clara, Rodríguez (2014) menciona que “La teoría del Derecho penal de autor está clara y si bien puede llegar, en determinadas ocasiones, a existir un margen demasiado fino entre su doctrina y la del Derecho penal del enemigo (...) debemos ser capaces de distinguirlos y jamás confundirlos. Es normal que en casos prácticos pueda surgir esta confusión, pero el truco para no errar es simple: Se deberá verificar si el sujeto a quien se lo considera peligroso, es peligroso individualmente por sus actos ilícitos y reincidencia continua (Derecho penal del enemigo) o más bien es peligroso por lo que representa, sin importar sus actos pasados, si no los imaginarios futuros (Derecho penal de autor)” (p. 173).

Es imposible pensar que estas normas no existan en nuestro ordenamiento jurídico y si se desearía que no formen parte de este, nuestro Código Penal debería reducirse a la mitad o menos, y no solo el nuestro, el de la mayoría de países democráticos que buscan la

seguridad de su sociedad y de su Estado. Claro que todavía es de discutir si las formas que están siendo utilizadas para esa búsqueda de seguridad son las correctas.

Por ello, queda claro, que, aunque no parezca a primera vista, el Derecho penal del enemigo es también Derecho penal de acto, porque para ambos la conducta es la base para la imputación, pero el primero, va un poco más allá, y castiga con mayor rudeza los actos que generan mayor peligro para la sociedad y para el Estado de Derecho, pero no castigan nunca una personalidad o una cualidad porque piensa que por culpa de ella se cometerá en el futuro algún delito, como sí lo hace el Derecho penal de autor.

1.4 Populismo penal y Derecho penal del enemigo

En la evolución de la dogmática jurídico penal, sólidamente se ha llegado a un consenso, y es de que el mismo es de *ultima ratio*, término que y lo conocemos y que no necesita mayor explicación, todo lo que no pueda solucionarse por otras ramas del Derecho, como la civil o administrativa, tienen la “opción”, de ser resueltas por el Derecho penal, pero solo es una opción, porque solo aquellas conductas que realmente merecen una sanción penal deberán estar tipificadas dentro de los códigos penales.

Esto no solo lo ha establecido la doctrina, si no ha sido acogido sustancialmente por parte de nuestro Estado, por ejemplo, nuestra Corte Constitucional entre algunos de sus criterios ha establecido que:

“El principio del Derecho Penal como ultima ratio se soporta en dos postulados esenciales, a saber: a) que el Derecho Penal solo debe obrar en aquellos casos en que el ataque a las condiciones mínimas de sobrevivencia de la sociedad sea de tal magnitud que resulte francamente insoportable (...); y, b) que realmente no existan otras alternativas de respuesta o reacción por parte del Estado.”²

Pero, el Estado, debido a la separación del hombre con lo que conocemos como el contrato social y la realización por parte del hombre de conductas lesivas y palpables en la realidad para con el resto de hombres o para con la sociedad, o para con la misma administración, tiene la necesidad de castigar de alguna manera e imponer una pena para la consecución de los fines y la tranquilidad del Estado (*Ius Puniendi*), pena, que tendrá no solo efectos individuales, sino que su principal objetivo es el devolver la confianza de la sociedad en la norma.

Debido a ello, la función legislativa se ha encargado de tipificar y sancionar todas estas conductas reprochables en el ordenamiento jurídico y con la especialidad del caso en un

² Sentencia No. 034-10-SEP-CC de la Corte Constitucional del Ecuador.

solo cuerpo normativo por una reserva legal, que es la ley penal y en nuestro caso el Código Orgánico Integral Penal (*Ius Poenale*).

Surge aquí la duda, de cuáles son las conductas que deberían estar sancionadas en la ley penal, y cuales simplemente no deberían estarlo. Ya que no podemos olvidar de que el Derecho penal es la última opción a la que debemos acudir, ya que no hablamos de derechos patrimoniales los que están en juego, si no uno de los más valiosos para cualquier persona, que es su libertad.

Es aquí, cuando entran al juego, la *Política Criminal* y la *Política Penal*, cada una con su objetivo específico, y que son para mi punto de vista, de las ramas del Derecho más importantes para el Derecho penal, por que forman parte de este, pero como un auxilio, trabajando desde lo externo y solucionando nuestras dudas cuando es hora de calificar a una conducta como relevante para el Derecho penal.

Rodríguez (2020), de manera corta y precisa, define a cada una de ellas, diciéndonos lo siguiente: “La política criminal analiza qué conductas deben ser penadas en determinada sociedad y en determinado tiempo, mientras la política penal analiza cómo sancionar estas conductas.” (p. 307)

Se ha mencionado por los detractores del Derecho penal del enemigo, que este es una descendencia del Derecho penal simbólico o del Populismo penal. Y por ello es clave el entender este tipo de conceptos, para poder diferenciar a ambos, porqué a criterio personal y objetivamente, al segundo (populismo penal) simplemente no le importa el estudio de estas ramas tan importantes que hoy en día ya forman parte del Derecho penal.

La creación de una norma penal o un tipo penal, tiene un complejo proceso, o por lo menos así debería ser, doctrinariamente y según Josué Luis Díez Ripollés (2003), se reconoce tres fases para la legislación penal: a) Fase pre-legislativa; b) Fase legislativa; c) Fase post-legislativa, y dentro de cada una sus particularidades. Sería muy apartado de nuestro tema el hacer un riguroso análisis de cada una de ellas, pero es necesario el conocerlas, aunque sea a simple vista para poder entender cómo actúa el populismo penal.

- a) **Fase Pre-legislativa:** Esta fase a mi parecer es la más complicada pero la más importante, y llega a ser un complejo proceso sociológico en el que son varios los factores que actúan, a la vez, esta fase puede dividirse en varias etapas, comenzando con observar algún agente o grupo social y una supuesta disfunción social con lo jurídico (Silva, 2005), y tratando de ser lo más preciso y claro posible con pocas palabras, en esta fase la política criminal tiene su papel clave, porque identifica un problema social o una disfunción social, y no solo eso, sino que contempla que la misma no ha podido ser solucionada por el resto de ramas del

Derecho y la política criminal en este momento decide que esa conducta tiene que ser reprimida por medio del poder punitivo del Estado, tiene que ser penada.

Otro punto a analizar, y que llega a ser muy importante para el Derecho penal del enemigo, es el miedo de la sociedad, el miedo que podamos ser víctimas de esas conductas indeseables, pero este miedo o este malestar no puede ser cualquiera, tiene “que ser tan grave que no permita a los individuos desarrollarse con libertad en su sociedad”. (Rodríguez, 2020)

- b) **Fase Legislativa:** Esta fase es la búsqueda de la solución al problema, sobre la conducta que tiene que ser reprimida por el Derecho penal. Llega el momento de positivizar y de volcar a lo escrito lo que debe estar prohibido o en su defecto lo que se manda hacer obligatoriamente. Claro, esto contando siempre con los procedimientos previstos en la Constitución y en la ley para que esa norma sea válida.

La Política Criminal y ahora la Política Penal no dejan de actuar, ya que se debe verificar con exactitud la forma del precepto legal, no puede ser escrito sin ningún estudio previo y sin saber cómo se sancionará a esa conducta, ni cómo será tipificada.

- c) **Fase Post-legislativa:** “Esta fase es la que debería estar compuesta por un conjunto de actividades de evaluación del tipo penal después de su entrada en vigor hasta su verdadera adecuación social” (Díez Ripollés, 2003)

Lo que se busca es verificar si la norma que entró en vigor cumplió sus fines, si la expectativa social se ha cumplido. Pero en este caso, lo que se necesita es la aplicación del tipo penal, para conocer si la pena interpuesta por este, cumple sus funciones y sus fines. Caso contrario no podría ser verificado.

Teniendo claro ello, es momento de diferenciar al populismo penal de cualquier otra norma del ordenamiento jurídico penal que cumple un estándar adecuado en su proceso de legislación y en especial del Derecho penal del enemigo, y es que todo se resume en que las normas consideradas como simbólicas o de populismo penal, no les importa el cumplir con el procedimiento descrito anteriormente, y son creadas únicamente por fines irrisorios para el Derecho penal, pero haciendo creer que su creación es clave para combatir a la criminalidad.

Para el populismo penal, la política criminal y la política penal no tienen sentido, porque no responden a los llamados de auxilio social como sí lo hace el Derecho penal del enemigo.

El populismo penal, es básicamente la creación de normas penales y tipos penales, en donde se aumentan las penas, se sancionan conductas que no deberían ser sancionadas, se vulneran derechos procesales, y todo sin ningún análisis previo y sin ningún uso de la política criminal o penal.

Pero eso sí, estas normas son POPULARES, porque se aprovechan de la falta de conocimiento jurídico de las personas, para dar gusto a sus deseos de una supuesta justicia. De igual forma, el ex juez de la Corte Constitucional el Dr. Ramiro Ávila Santamaría, de manera muy clara nos expresa lo siguiente... “El aumento del poder punitivo, por otro lado, ha sido utilizado políticamente. En el país y en el mundo se ha demostrado que las ofertas políticas, basadas en el aumento del poder punitivo, dan votos. 5. Esta creencia se ha conocido como populismo penal. 6. El populismo penal ha sido funcional a gobiernos de cualquier ideología, a pesar de que las medidas punitivas no son efectivas.”³, esto ya nos da la idea de quienes son los que utilizan este tipo de derecho, y que obviamente son su principal fuente, así es, hablamos de los políticos.

Pedro Granja (2019), sobre el Populismo Penal, igualmente determina que “no es otra cosa que la búsqueda desesperada de notoriedad de personas que no tienen otra profesión ni otra fuente de ingresos que no sea el ejercicio recurrente de la política y con el auxilio de ciertos medios de comunicación proponen normas penales (...) que, aunque populares, no tienen el más remoto sustento dogmático, penal ni criminológico” (p. 23)

Cuestiones que no son parte del Derecho penal del enemigo, porque este no responde a discursos políticos, sino que responde a la necesidad de frenar a ese enemigo que ya no tiene un mínimo de importancia por el estado de derecho, y que ha decidido causar todo el daño posible con sus actos criminales, los cuales han causado un miedo incuantificable en la sociedad que lo rodea. “El Derecho penal del enemigo, sabe que el Derecho penal es una metralleta y que debe ser utilizado para enfrentar a verdaderos adversarios, a delincuentes de verdadera peligrosidad” (Granja, 2019, p.24)

Para terminar con esta explicación, es clave un ejemplo de lo que debería ser considerado como populismo penal y como Derecho penal del enemigo.

- a) El 7 de mayo del 2011, se llamó a la ciudadanía a Consulta Popular⁴, para tratar varios temas de interés, la pregunta número 10, puso a consideración de la ciudadanía la posibilidad de añadir una nueva infracción penal, debido a la no afiliación de los trabajadores. La pregunta se hizo de la siguiente

³ Criterio del Ex Juez Ramiro Ávila Santamaría, dentro del voto concurrente en el caso No. 5-19-OP, de la Corte Constitucional del Ecuador.

⁴ La consulta popular del 7 de mayo del 2011, propuesta por el ex presidente de la República, el Econ. Rafael Correo, también fue un referéndum, ya que cinco de sus diez preguntas tenían por objetivo el realizar enmiendas a la Constitución.

manera: *¿Está usted de acuerdo con que la Asamblea Nacional, sin dilaciones dentro del plazo establecido en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, a partir de la publicación de los resultados del plebiscito, tipifique como infracción penal la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de los trabajadores en relación de dependencia?*

La respuesta de la ciudadanía fue de 55% al SI, esto claro debido a los discursos políticos, y a lo que muchos llaman preguntas de añadidura, porque no son las que realmente les importa a los políticos, si no que solo son utilizadas para llamar la atención de la ciudadanía a votar todo por un SÍ o por todo por un NO.

Aquí es evidente cómo actúa el populismo penal, ya que no existió un mínimo de intervención de la política criminal o penal para decidir sobre la nueva infracción. No se tuvo ni un mínimo de respeto al principio de la *mínima intervención penal*⁵ consagrado en nuestro Código Orgánico Integral Penal y a la característica del Derecho penal de ser de *última ratio*, porque si era una problemática social, podía ser solucionada por el Derecho administrativo o el Derecho laboral en este caso.

- b) El Art. 349. del COIP, reza lo siguiente: Grupos subversivos. - La persona que promueva, dirija o participe en organizaciones armadas, comandos, grupos de combate, grupos o células terroristas, destinadas a subvertir el orden público, sustituir las fuerzas armadas y policía nacional, atacarlas o interferir su normal desempeño, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.**

Este es uno de los muchos ejemplos y de los muchos tipos penales que podrían considerarse como Derecho penal del enemigo y que cuentan con los elementos que Jakobs describe que tienen este tipo normas, como es el caso del adelantamiento de la punibilidad.

Primero, utilizamos a este tipo penal, para diferenciar al Derecho penal del enemigo, de un simple populismo penal, porque a diferencia del populismo penal, si existe un problema social actual y que causa un miedo incalculable a la población, no solo ecuatoriana, sino que podría reflejarse en varios países

⁵ Art. 3. del COIP. - Principio de mínima intervención. - La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales.

y en especial sudamericanos, que es la creación de guerrillas y de organizaciones armadas.

Anterior a su tipificación, fue una conducta calificada por la política criminal como peligrosa y lesiva para la sociedad, por ello la misma decidió que debía ser sancionada por el poder punitivo del Estado.

Es un ejemplo del adelantamiento de la punibilidad en delitos destinados a “enemigos”, porque cuenta con verbos rectores como “promover” lo cual quiere decir que se tiene la intención o que se comienza la ejecución, pero no se ha cumplido con la lesión a los bienes jurídicos protegidos, pero aun así la norma ha decidido que el delito se consuma solo con el hecho de promover, porque ya encuentra un peligro en esa conducta.

Esa es la razón de la importancia de la política criminal y la política penal, el saber exactamente cómo sancionar y que sancionar, y eso distingue al Derecho penal del enemigo del populismo penal, “no existe ningún patrón idéntico en ambas formulaciones” (Granja, 2019, p. 24).

Capítulo II.- Los elementos del Derecho penal del enemigo

Como ya hemos mencionado, el Derecho penal del enemigo está conformado por tres elementos: 1. El adelantamiento de la punibilidad; 2. La desproporcionalidad de penas; y, 3. La supresión de las garantías procesales. En cada país, y en cada ley penal de un Estado con manifestaciones de Derecho penal del enemigo, sus elementos se reflejan de distinta manera según las necesidades de ese Estado, por ejemplo, en ciertos códigos penales será más visible el encontrar a *la desproporcionalidad de penas*, y en otros probablemente sea más fácil el distinguir al *adelantamiento de la punibilidad*, o *la supresión de garantías procesales*.

Por supuesto que nuestro estudio está dirigido a verificar la existencia de estos elementos en nuestro Estado ecuatoriano, específicamente en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), y como han sido aceptados por parte del Estado de Derecho, en nuestro caso, un Estado Constitucional de Derechos y Justicia.⁶

2.1. El adelantamiento de la punibilidad

Comenzando con el *Adelantamiento de la Punibilidad*, el cual tiene como principal objetivo, el evitar la ejecución y por lo tanto la consumación del delito, es clave que analicemos cuál sería el cauce normal para la consumación de la conducta delictiva, y es por ello que debemos estudiar, al *ITER CRIMINIS*.

2.1.1 El Iter Criminis en la Doctrina

El *Iter Criminis*, en la dogmática jurídico-penal, ha sido un estudio de varias décadas y de desarrollo de varios autores, nuestro objetivo es el análisis de esta figura dentro del Derecho penal del enemigo, más allá de cualquier discusión a la que podríamos llegar sobre ella.

La importancia del Iter Criminis, radica en comprender, que la conducta delictiva, tiene fases que atravesar, para llegar a ser considerada como punible para el Derecho penal.

Felipe Rodríguez (2020), de igual forma, nos dice que el Iter Criminis sirve para llevar un caso a la cruda realidad, y con ello comprender que el delito tiene un camino, es decir, que la conducta no es la generación espontánea de una acción u omisión, sino que, aunque

⁶ Constitución de la República del Ecuador, Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

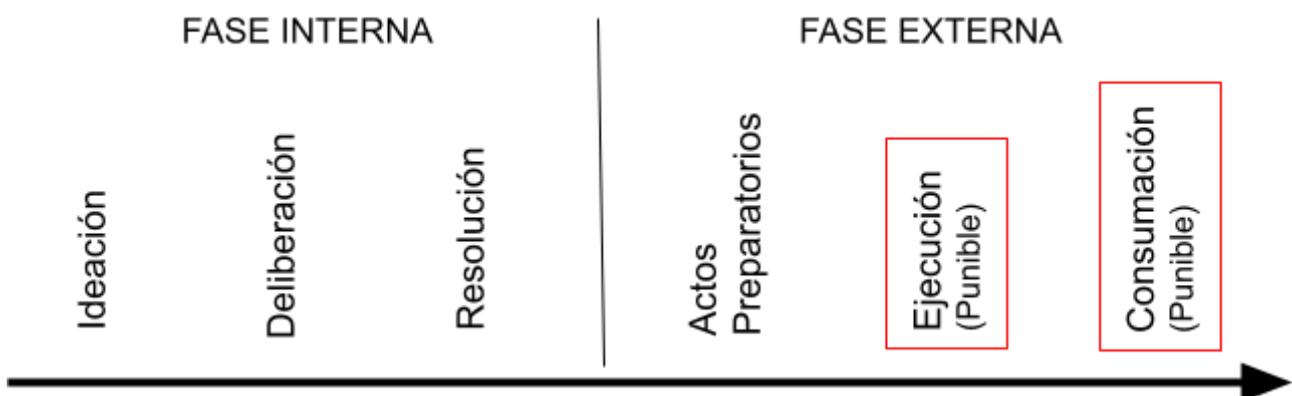
resulte imperceptible en algunos casos, existe un proceso de desarrollo cognitivo, desde que nace la idea de ejecutar la conducta hasta que efectivamente se la ejecuta.

El Iter Criminis, explica cómo la conducta delictiva, comienza siempre en el interior de la persona, para luego ser llevada a la materialidad, Amado Ezaine Chávez (1984), explica que: *el hecho delictivo es un proceso psicofísico que se genera en la mente del autor y que más tarde se exterioriza en actos, implicando ella una verdadera “vida del delito”* (p. 9).

Y por ello con *“la expresión latina Iter Criminis, se identifica todo el camino, proceso o etapa por los que pasa el delito hasta su perfeccionamiento”* (Reyna, 2015, p. 63). Aunque en realidad, no deberíamos decir que son todas las etapas por las que pasa el delito, sino, que son todas las etapas por las que pasa la conducta, para convertirse en delito. Conducta que se expresa en una acción u omisión, y que no surge espontáneamente, sino que atraviesa un camino, naciendo primero en la psiquis de la persona, y luego materializándose en el mundo externo.

Por lo tanto, el Iter Criminis comprende tanto los aspectos subjetivos como los aspectos objetivos del delito, y por ello se habla de una fase **interna** y otra fase **externa** (Gálvez y Rojas, 2012), y algunos doctrinarios todavía consideran una fase **intermedia**, aunque actualmente, ya no sea común hablar de ella, y a la cual no consideraremos, sino únicamente para una explicación de la misma.

Cada una de estas fases, tiene sus subdivisiones, sub-fases o sub-etapas, lo cual lo representaremos en el siguiente cuadro para su mejor comprensión.



A. Fase Interna:

La fase interna forma parte del pensamiento del delincuente, y es aquí donde comienza el cauce para finalizar con la consumación del delito, es clave el comprender, que toda la fase

interna, tanto como la ideación, la deliberación y la resolución, no son punibles, esto porque en estricto sentido y sin posibilidad de debatirlo, para el Derecho penal es claro que los pensamientos no delinquen, ni tampoco lo hacen las ideas.

Todo Derecho penal no totalitario reconoce un status mínimo del autor, aquello en base al principio *cogitationis poenam nemo patitur*⁷, haciendo referencia a que hay un ámbito interno y privado, que no es socialmente relevante (Jakobs, 1977).

De manera muy rápida, trataremos de definir cada una de estas sub- etapas de la fase interna:

- a. **Ideación:** La ideación, es el principio de todo, es aquí cuando el agente gesta la idea de cometer el delito (Gálvez y Rojas, 2012), esta idea puede ser aceptada o no, y si es que la persona la acepta, seguimos a la siguiente sub- fase.
- b. **Deliberación:** Una vez que la persona aceptó su idea de delinquir, comienza la deliberación y para Amado Ezainé (1984) “*Consiste en la meditación sobre la idea criminal, donde se examinan los pros y los contras. periodo de lucha interna donde la contraposición entre aquellas ideas criminosas y las del deber o del temor al castigo*” (p.13).
- c. **Resolución:** También llamada *decisión*, es la última etapa de la fase interna, y es donde el agente luego de reflexión o meditación correspondiente, decide cometer el delito (Gálvez y Rojas, 2012). Pero, en esta sub- fase, todavía no hay punibilidad de la conducta, ya que esa decisión no se ha expresado en el mundo material, por lo tanto, todavía no hay conducta típica, ni mucho menos violación a un bien jurídico protegido.

B. Fase Externa:

En esta fase, es donde comienza la manifestación o exteriorización de la voluntad delictiva por medio de actos que son palpables en la realidad.

Como habíamos dicho, algunos autores mencionan todavía una *fase intermedia*, la cual se refiere a las llamadas *Resoluciones Manifiestas*.

Y esta no es más que la manifestación de la resolución interna de cometer el delito, por un acto de mera comunicación voluntaria a terceros. (Ezaine Chávez, 1984).

Como menciona Felipe Rodríguez (2021), “*las Resoluciones Manifiestas corresponden a “pensar en voz alta” o incluso, el mero y simple hecho de compartir pensamientos (delictivos) con terceros.*” (p. 107)

⁷ “Nadie sufre pena por su pensamiento” (Ulpiano).

Como vemos, en las resoluciones manifiestas, todavía no existen actos materiales, sino que simplemente siguen siendo ideas, y es por ello que considero que no forman parte, ni son una etapa más del Iter Criminis, ya que todavía nos encontramos en la fase interna, porque siguen siendo pensamientos, solo que dichos en voz alta, todavía no hay actos externos materializados, solo verbales.

Eso no quiere decir que las palabras no puedan constituir delitos o que las palabras no puedan verse reflejadas como actos preparatorios previos a la consumación del delito, pero en el caso de las resoluciones manifiestas, no se pretende todavía, ni mucho menos hay la intención de poner en marcha la actividad de la conducta delictiva, sólo se ha decidido que la misma se va a cometer, pero nada más, únicamente se sabe y se ha decidido el cometer un determinado delito.

Es la fase externa, por medio de los Actos Preparatorios, en la que se va a poner en marcha la realización de determinado delito, delito que se ha decidido cometer ya sea pensando internamente o en voz alta (resoluciones manifiestas).

- a. **Actos Preparatorios:** Durante la etapa de preparación, el agente reúne todos los medios y prepara la ejecución de la idea criminal (Reyna, 2015). Dentro de esta etapa, se dan los actos que van a servir a la ejecución, pero que no forman parte de ella, solo preparan a la misma.

Por ejemplo, el comprar una escopeta para posteriormente matar a Juan o armarse de una ganzúa para robar en tal casa (Ezaine, 1984).

Este tipo de actos, pueden ser confundidos por los actos que forman parte de la ejecución (etapa donde se da la tentativa), pero difieren de ella porque estos actos no son punibles, aunque tienen una excepción, **si son punibles para el Derecho penal del enemigo**, en muestra de uno de sus elementos, *el adelantamiento de la punibilidad*.

- b. **Ejecución:** En esta etapa, formalmente comienza la punibilidad de las conductas, es en esta, en la que los actos están dirigidos directamente a la consumación del delito, y en donde se pone en peligro al bien jurídico protegido. Los actos de ejecución, se diferencian de los actos preparativos, porque los segundos, están dirigidos indirectamente a la consumación del delito, y es por ello que no son punibles, mientras que en la ejecución si, son punibles mediante la tentativa, porque por medio de estos actos de ejecución, se amenaza y se pone en peligro directamente al bien jurídico protegido. Esto por regla general, porque cabe decir, que, a criterio mío, no todos los actos de ejecución, son tentativa, pero si toda tentativa son actos de ejecución.

En este sentido, se entiende por lo tanto que, los actos preparatorios nunca serán de ejecución, porque los de ejecución llevan a la tentativa, o a la consumación. Es decir, llevan a la esfera de punibilidad.

- c. **Consumación:** “Constituye la fase final del Iter Criminis; el delito se consuma con la planificación del tipo; esto es, cuando se han realizado o se encuentran presentes todos los elementos del tipo” (Gálvez y Rojas, 2012).

En definitiva, la consumación a más de ser una etapa y la última de ellas en el Iter Criminis, es el resultado de todas las etapas anteriores, consiguiendo la realización del de la conducta descrita en el tipo penal, y siendo la misma antijurídica, culpable y punible.

2.1.2 El Derecho penal del enemigo y el Iter Criminis

Se tiene claro entonces, de que el delito, o como ya hemos dicho, la conducta, tiene un camino a recorrer, y varias etapas por las que transitar, para llegar al momento en la que es acreedora de punibilidad, es decir, el momento en donde se activa el *ius puniendi* del Estado, pero, hay que precisar, que esa es la regla general, y existe la excepción, en donde no se espera que esa conducta llegue a la etapa de ejecución del delito o a su consumación, sino que se la sanciona antes de ello, el Estado y el Derecho penal se adelantan a sancionar al agente en la preparación del delito, porque para ellos hay una necesidad de hacerlo, el Estado de Derecho pretende precautelarse su seguridad, ante actos que son de basta peligrosidad para su institucionalidad.

Es una excepción, porque dentro de las últimas décadas, la legislación penal ha decidido dar paso a la creación de ciertas normas, en especial ciertos tipos penales, que vistos desde el punto clásico de la protección a los bienes jurídicos, suponen una “*criminalización en el estadio previo*” a la lesión de los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales (*adelantamiento de la punibilidad*) y que a más de ello, a tales conductas se les establece sanciones desproporcionadamente altas (Meliá, p. 64, 2003).

Günther Jakobs (2003), explica esta situación jurídica, y la describe diciendo que, “el Derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar, (...), y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad.” (p.42)

Pero, la pregunta es, ¿cómo actúa y se hace notar el adelantamiento de la punibilidad en el Estado de Derecho?

Y en realidad la respuesta no es compleja, ya que conocemos parte de ella, porque como hemos dicho, el Derecho penal del enemigo, decide sancionar, en la etapa de los actos preparatorios, y no en la ejecución o consumación, como si lo hace la otra esfera del Derecho penal. Y a mi criterio, la otra parte de esa respuesta, es que “se utiliza una herramienta y una técnica gramatical distinta a la del Derecho penal de ciudadanos”, porque, hay una diferente tipificación y aplicación de los verbos rectores en los tipos penales, ejemplo de ello en el COIP:

- a) **Art. 349.- Grupos subversivos.** - *La persona que promueva, dirija o participe en organizaciones armadas, comandos, grupos de combate, grupos o células terroristas, destinadas a subvertir el orden público, sustituir las fuerzas armadas y policía nacional, atacarlas o interferir su normal desempeño, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.*

En este caso, podemos verificar como el tipo penal del Art. 349 del COIP, sanciona en el estadio previo a la lesión de los bienes jurídicos protegidos, por medio de la utilización de verbos rectores como **promueva**, y con palabras como **destinadas**.

Evidentemente, la creación de grupos armados, que trastornan el orden público (con diversas acciones u omisiones) o que atacan a las fuerzas armadas y policía, violenta al bien jurídico protegido por este tipo penal, que es la seguridad pública, pero el hecho de promover a estos grupos, o el hecho de participar en ellos sin ejecutar la conducta delictiva idealizada, no violenta o lesiona al bien jurídico protegido, solo lo pone en peligro. Ya que, por ejemplo, se puede ser partícipe de un grupo u organización que esté **DESTINADA**, a atacar a las fuerzas armadas del país o a sustituirlas, pero que nunca se llegue a realizar aquella conducta planeada, pero, aun así, en este caso, se entiende consumado el delito, porque el tipo penal sanciona con anterioridad. En este caso se sanciona la idea subversiva, idea que el Estado trata de neutralizar antes del cometimiento de la misma.

Ante esto también hay que mencionar que, el derecho de asociación, es un derecho constitucional, un derecho fundamental de libertad, que se encuentra regulado en el art. 66 numeral 13 de nuestra Constitución, y que reza lo siguiente:

“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 13. El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria.”

Pero, por más derecho constitucional, la libertad de asociación, tiene límites fijados por el ordenamiento jurídico, y esos límites, han sido fijados por el Estado, para precautelar la seguridad colectiva y pública.

Evidentemente aquí, queda por más el decir que los derechos fundamentales y humanos, no son absolutos, por lo tanto, es la ley la que los regula. En este sentido, el legislador, ha decidido castigar penalmente, no solo a quien se asocie o se reúna ilícitamente y violento el bien jurídico de la seguridad pública, sino, también, a quien perteneciendo a estos grupos subversivos, ponga en peligro o en amenaza a los bienes jurídicos protegidos.

La asociación y la reunión, por lo tanto, tendrán siempre que ser con fines lícitos, y no amenazar a la seguridad pública y colectiva.

- b) **Art. 367.- Financiación del terrorismo.-** *La persona que en forma individual o colectiva, de manera directa o indirecta, proporcione, ofrezca, organice o recolecte fondos o activos, de origen lícito o ilícito, con la intención de que se utilicen o a sabiendas de que serán utilizados para financiar en todo o en parte, la comisión de los delitos de terrorismo; o cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; o, la existencia de terroristas individuales, grupos u organizaciones terroristas, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años. (...)*

En este caso, podemos ver, como con la realización de un acto preparatorio, se consuma un delito, y como la financiación del terrorismo (otro delito con adelantamiento de la punibilidad), es un delito autónomo.

Entonces, en pocas palabras, con ello entendemos que la persona que, proporcione, ofrezca, organice o recolecte fondos o activos, y que con ello tenga la **INTENCIÓN**, de que dichos fondos o activos sean utilizados para la realización de actos terroristas (Art. 366-COIP), comete un delito, no importa si se realizó o no el acto terrorista para el que se entregó o se recolectó el dinero, el simple hecho de hacerlo, consuma el delito.

2.2. Desproporcionalidad de las penas

El segundo elemento, que desarrollaremos y que es característico del Derecho penal del enemigo, es la desproporcionalidad de las penas impuestas a los delitos. Con ello nos

referimos, a que la sanción impuesta a la conducta tipificada como prohibida, o en su defecto que se ordena hacer, no es racional, y no es proporcional.

El Art. 76 numeral 6, de nuestra Constitución, determina que: *"La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza"*

Evidentemente, surge de la mencionada norma, el conocido *principio de proporcionalidad* o también llamado, *principio de prohibición de exceso*, nombre que surge debido a su finalidad, de servir o de actuar, como un freno al "ius puniendi" del Estado, porque como menciona Juan Carlos Carbonell (1999), "el principio de prohibición de exceso es un principio limitador del poder normativo del Estado" (p. 17).

Debemos tener claro, que este principio de suma importancia para el Derecho, tiene dos momentos claves, uno pro legislador (que es el momento en cual nos centraremos), quien obviamente es el encargado de prohibir o en su defecto, de ordenar cierta conducta, y norma que será acompañada de su proporcional pena en caso de su quebrantamiento, y, por otro lado, un momento pro juez, quien se encargará de imponer la pena justa, proporcional y necesaria, luego de comprobarse la culpabilidad de un delito.

En el Estado ecuatoriano, con el evidentemente cambio al paradigma constitucional, y con ello un "garantismo penal", se ha ido corrigiendo las falencias de las desproporcionalidades en la normativa penal, ya sea en el ejercicio de la creación y reforma de las leyes por parte del legislador, o por la revisión de aquellas en ejercicio de un control de constitucionalidad concentrado por parte de nuestra Corte Constitucional. Existiendo sólo ciertas desproporcionalidades y siendo las excepciones, pues con ello nos referimos a normas que forman parte del Derecho penal del enemigo.

Como pudimos visibilizar en ejemplos anteriores, en donde se castiga con la misma pena, a la persona que pone en marcha la idea delictiva, que al que si llega a consumir tal idea, como en el caso del "financiamiento del terrorismo"⁸, tanto el que solo ofrece, como el que si entrega dichos dineros, es sancionado con siete a diez años de privación de libertad, y ello, claramente rompe el principio de proporcionalidad, ya que no fue la misma conducta, ni tiene los mismos efectos lesivos, pero si tienen la misma pena.

⁸Código Orgánico Integral Penal. Art. 367.- Financiación del terrorismo.- La persona que en forma individual o colectiva, de manera directa o indirecta, proporcione, ofrezca, organice o recolecte fondos o activos, de origen lícito o ilícito, con la intención de que se utilicen o a sabiendas de que serán utilizados para financiar en todo o en parte, la comisión de los delitos de terrorismo; o cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; o, la existencia de terroristas individuales, grupos u organizaciones terroristas, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años. (...)

Otro ejemplo de ello, en el delito de “tráfico ilícito de armas de fuego, armas químicas, nucleares o biológicas”⁹, porque tanto la persona que solamente conserve o posea una de estas armas, como el que las produzca o el que las fabrique, o más aún al igual que el que exporte, tendrán la misma pena, distintas conductas, todas ellas sancionadas en el estadio previo a la lesión del bien jurídico, pero misma pena.

Otro punto muy importante a analizar, es que el Estado no solo ha decidido castigar con altas penas privativas de libertad a los enemigos, sino que busca también otros medios para castigar con mayor rigor a estos individuos.

Ejemplo de ello, podemos mencionar lo siguiente (COIP):

- a. Art. 68.- Pérdida de los derechos de participación. - *“La persona sentenciada con la pérdida de los derechos de participación, no podrá ejercerlos por el tiempo determinado en cada tipo penal, una vez cumplida la pena privativa de libertad.*
En el caso de los delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, concusión, cohecho, tráfico de influencias, oferta de realizar tráfico de influencias y testaferrismo; así como, lavado de activos, asociación ilícita y delincuencia organizada relacionados con actos de corrupción, los jueces de forma obligatoria aplicarán esta sanción por un lapso de entre diez y veinticinco años.”
- b. Art. 278.- Peculado. - *“(…) Las o los sentenciados por las conductas previstas en este artículo quedarán incapacitadas o incapacitados de por vida, para el desempeño de todo cargo público, todo cargo en entidad financiera o en entidades de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera.”*
- c. Art. 367.- Financiación del terrorismo. - *“(…) Cuando la condena sea dictada en contra de una o un funcionario o una o un servidor público, se sancionará con la inhabilitación para el desempeño de todo empleo o cargo público por un tiempo igual al doble de la condena. Cuando la condena sea*

⁹ Código Orgánico Integral Penal. Art. 362.- Tráfico ilícito de armas de fuego, armas químicas, nucleares o biológicas. - La persona que dentro del territorio ecuatoriano desarrolle, produzca, fabrique, emplee, adquiera, posea, distribuya, almacene, conserve, transporte, transite, importe, exporte, reexporte, comercialice armas de fuego, sus piezas y componentes, municiones y explosivos, sin autorización de la autoridad competente, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La persona u organización delictiva que, patrocine, financie, administre, organice o dirija actividades destinadas a la producción o distribución ilícita de armas, municiones o explosivos, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

En el caso de que estas sean químicas, biológicas, tóxicas, nucleares o contaminantes para la vida, la salud o el ambiente, la pena privativa de libertad, será de diez a trece años.

Si las actividades descritas son destinadas o empleadas para conflicto bélico, se sancionará con pena privativa de libertad de diez a trece años.

dictada en contra de una o un funcionario del sistema financiero o de seguros, se sancionará con la inhabilitación para el desempeño de funciones de dirección en entidades del sistema financiero y de seguros por un tiempo igual al doble de la condena.”

Pero, a pesar de estas excepciones que ya conocemos, la visibilidad de la desproporcionalidad de las penas en nuestro país, no es tan grave como sí lo es en otros países, como por ejemplo países de medio oriente, o países del continente asiático, en donde no solo se impone penas privativas de libertas muy altas, sino también, castigos físicos o penas que no son racionales con las conductas cometidas.

Es de mencionar también, que, en el Estado ecuatoriano, la pena privativa de libertad por su acumulación, no puede superar los 40 años, así lo determina el Art. 55 del COIP¹⁰. El Código Penal del Ecuador de 1971 y vigente hasta antes de la codificación del actual COIP, en el art. 81¹¹, establecía, que la pena máxima a poder aplicarse por la acumulación, era de 35 años, por lo tanto, 5 años menos que en la actualidad.

Aquello, es de discutir y de analizar, pero no se puede negar que la evolución del Derecho penal a lo largo de las últimas décadas, ha traído consigo que los Estados, opten por utilizar y legitimar la aplicación de penas más elevadas y rigurosas. Lo que, en nuestro caso, en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, podría ser contradictorio.

Podría decirse que, en el caso ecuatoriano, el no poder ser privado de libertad por más de 40 años, es una “aparente” aplicación de un garantismo penal y un aparente freno para la desproporcionalidad de las penas, pero el subir y elevar estos rangos, como ya pasó con la expedición del COIP, dice lo contrario.

Aun así, sin el ánimo de justificar, sino solo en uso de un pequeño ejercicio comparativo, en América Latina, países como Argentina en donde se reconoce la reclusión o prisión perpetua, o en México en donde hay delitos sancionados autónomamente hasta por 60 años de prisión, o en Colombia en donde la pena puede ser aplicada hasta por 50 años, el Estado de Ecuador intenta mantener un modelo menos riguroso.

Es de mencionar también, que aquello no siempre ha sido igual, podríamos mencionar innumerables normas penales que formaban parte de nuestro ordenamiento jurídico y que violaban gravemente el principio de proporcionalidad, de una manera exagerada diríamos, y que no necesariamente eran parte de un Derecho penal del enemigo, pero si formaban parte

¹⁰ COIP, Art. 55.- Acumulación de penas. - La acumulación de penas privativas de libertad procede hasta un máximo de cuarenta años (...).

¹¹ Código Penal de 1971, Art. 81.- En caso de concurrencia de varias infracciones, se observarán las reglas siguientes: (...) Cuando concurren varios delitos reprimidos con reclusión mayor especial, se acumularán las penas por un máximo de treinta y cinco años.

de nuestro mundo jurídico, normas que ya no se encuentran vigentes, más solo por hacerlo como ejemplo, mencionaremos las siguientes:

a. Código Penal del Ecuador de 1872, la pena al azar o pena por suerte.

La pena al azar (Art. 22)¹²funcionaba bajo ciertas reglas, por supuesto, normativizadas en el Código Penal, por ejemplo, cuando existía entre cuatro a nueve condenados, por una misma causa y en un mismo juicio, sólo tres de los nueve, debían ser ejecutados al azar. O, por ejemplo, siguiendo la misma regla, el Código Penal establecía que, cuando existían entre diez a diecinueve condenados por la misma causa y en un mismo juicio, cuatro de ellos tenían que ser ejecutados al azar. Siguiendo el orden anterior, una ejecución de un condenado más, por cada diez de ellos. (Rodríguez, 2021, p. 58)

Es claro, que no se tenía un mínimo de respeto a la proporcionalidad de las penas, porque por la misma conducta cometida por varios y a pesar que todos debían ser condenados de la misma forma, las penas fijadas a cada uno eran distintas, unos pocos debían recibir la pena de muerte, mientras otros debían seguir apresados. No existía una racionalidad en la forma en que se penaba, y por más que suene descabellado, era la forma en que el Estado aplicaba las penas en ese entonces.

b. Código Penal del Ecuador de 1906, prisión por deuda de multas.

El código penal de 1906, en el Art. 38, establecía como penas comunes a todas las infracciones, a la multa y al comiso especial, y el Art. 53¹³, establecía que, en caso de la insolvencia del deudor de una multa, es decir que un condenado no pueda pagar dicha multa, debía pagar con prisión, y el tiempo de esta prisión, dependía del tipo de infracción que hubiese cometido y por el que fue sentenciado originalmente, también se establecía como regla, de que si el condenado decidía pagar la multa, se descontaría un sucre por cada día que hubiese estado preso por tal deuda.

¹² Código Penal del Ecuador de 1872, Art. 22.- Cuando por una misma causa y en un mismo juicio incurran en pena de muerte más de tres reos, no todos deberán sufrirla, aunque todos deben ser condenados a ella en la sentencia. Si no llegaren a diez, la sufrirán sólo tres: si llegaren a diez, cuatro: si llegaren a veinte, cinco; y así sucesivamente, aumentándose uno por cada diez. A este fin serán sorteados todos los comprendidos en la sentencia, y aquellos a quienes la suerte eximiere de morir, serán destinados a penitenciaría extraordinaria después de ver ejecutar la pena de muerte en sus compañeros.

¹³ Código Penal de Ecuador de 1906. Art. 53.- En caso de insolvencia del deudor de una multa, se reemplazará esta con prisión de uno a cuatro meses, si la referida pena hubiere sido impuesta por crimen o delito; y de uno a seis días, si lo hubiese sido por contravención.

Esta pena subsidiaria se cumplirá en el Establecimiento donde deba cumplirse la pena principal impuesta por la sentencia; pero, si solo se hubiese impuesto la multa, la prisión subsidiaria se asimilará a la correccional, o a la de Policía, según la naturaleza de la condena.

En todo caso, el condenado podrá librarse de la prisión, pagando la multa, con deducción de un sucre por cada día que hubiere estado preso; pero, no podrá eludir el apremio real, allanándose a sufrir la prisión.

Evidentemente, hoy en día, esta norma fuera totalmente inconstitucional, no solo porque viola el Art. 66, numeral 29, literal c), de la Constitución, el cual reza que: *"Ninguna persona puede ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias."*

Sino también, porque es totalmente desproporcionada, y no hay racionalidad en imponer una pena de prisión, por no estar en capacidad de poder pagar una multa.

Este tipo de ejemplos, nos traen también cierta conclusión, y es que la desproporcionalidad de penas, no solamente es visible en normas de Derecho penal del enemigo, si no en cualquier tipo de norma de carácter penal u otra, ello posiblemente debido a varias circunstancias, y en especial diría, por el pensamiento vago y arcaico de que el penar más severamente, evita el cometimiento de futuros delitos por el miedo que la pena causa en las personas, pero ante ello, cabe decir que *"para muchos criminales, la pena es considerada como un riesgo laboral"*, no es más que ello, y más que causar miedo, se la acepta.

En el caso en que nos compete, el adelantamiento a la punibilidad acompañada de esta desproporcionalidad, es Derecho penal del enemigo, y para Cancio Melia (2003), esto es una muestra de lo que se conoce como la expansión del ordenamiento penal, que en síntesis como hemos dicho, para Meliá, es *"un conjunto de tipos penales que, vistos desde la perspectiva de los bienes jurídicos clásicos, constituyen supuestos de criminalización en el estadio previo a lesiones de bienes jurídicos, cuyos marcos penales, además, establecen sanciones desproporcionadamente altas."*

Como se puede apreciar, el principio de proporcionalidad de las penas, es básico para un Derecho penal centrado en el respeto y reconocimiento de los derechos constitucionales, pero, a más de ello, es de cuestionarnos, si es que realmente el subir indiscriminadamente las penas, es lo más efectivo para evitar la criminalidad, nada de falso tiene la afirmación de que el Derecho penal del enemigo utiliza la desproporcionalidad como herramienta para castigar más severamente, es más, lo hemos podido confirmar, pero aquello, no quiere decir que sea lo correcto o lo más efectivo para evitar el cometimiento del delito.

Hace más de doscientos cincuenta años, Cesare Beccaria, ya nos decía que las penas caracterizadas como atroces, no son más que contrarias al bien público y contrarias al fin mismo de impedir los delitos, son inútiles. (Beccaria, 1764)

Pero, para entender un poco más sobre aquello, es necesario saber cuál es la razón de la pena, en especial para el Funcionalismo y el Derecho penal del enemigo.

2.2.1 La razón de la pena

La discusión sobre la razón de ser y de existir de la pena y de su función en la sociedad, ha sido una discusión interminable dentro de la dogmática jurídico penal y para los estudios de reflexión filosófica, son varias las teorías, y los criterios han ido cambiando a lo largo del tiempo.

La idea general y abstracta de “pena”, es entendida casi por todos, lo primero que conocemos sobre Derecho penal, es que los delitos, y las infracciones en general, son sancionadas por medio de una pena, que esa persona tiene que “pagar” su delito, pero no conocemos el por qué, no conocemos cual es la razón de privar de la libertad, a esa persona que vulnero la norma jurídica emanada de la voluntad soberana.

En pocas palabras, la pena, es la expresión de la desaprobación por parte del Estado a cierta conducta delictiva cometida por una persona, que existe con el fin de reivindicar la vigencia de esa norma quebrantada y garantizar nuevamente la confianza de la sociedad sobre tal norma.

“La pena es un mal que se impone en cuanto tal mal como respuesta a la comisión de un delito” (Mir Puig, 2003, p. 79). Pero la conceptualización de la pena, no responde a la pregunta de cuál es su función.

Para el Funcionalismo, y en especial para el Derecho penal del enemigo, la pena tiene cierta función en especial. Pero esta teoría, no es la única, son distintas escuelas y corrientes jurídicas que tienen su teoría, y deberíamos abordar rápidamente cuales son las más importantes teorías de la pena.

A. Teoría de la Retribución

Para definir el fin de la pena para la retribución, primero deberíamos diferenciar cual se creía que era el origen de ella, y aquello no era más que la “venganza”.

Francesco Carrara, decía que “siempre se persistió en considerar la *venganza* como fundamento principal del castigo a los delincuentes, y durante siglos se abrió paso la fórmula de la venganza, ora *privada*, ora *divina*, ora *pública*” (Carrara, 1875).

Fórmula que surge gracias al paso de la *vindicta privada*, a la *vindicta pública*, cuando en un primer momento, los hombres con un legítimo sentimiento de ira y venganza, hacían justicia a mano propia, infringiendo un mal al que lo causó a otro, claramente aplicando el arcaico pensamiento de las leyes del *Talión*, es decir, “*ojo por ojo, diente por diente*”.

El paso, a la venganza pública, no fue inmediato, hubo un intercesor, que fue la religión, “tomó esta la dirección universal, de sus sentimientos (refiriéndose a los hombres), de donde surgió la idea de que los sacerdotes debían ser los reguladores de la venganza privada, (...)”

incultos en su fiereza y que consideraban la venganza como un derecho suyo, no se habrían resignado a dejar este supuesto derecho en las manos de otros seres semejantes a ellos. Fue fácil, por el contrario, llevarlos al sacrificio de este sentimiento, insinuándoles, que el satisfacerlo, era un derecho exclusivo de Dios” (Carrara, 1875).

Fue el desarrollo y crecimiento de las civilizaciones, y el apareamiento de lo que hoy se concibe como el Estado, y su posterior separación de la religión, lo que permitió que esa venganza, pase a manos de este.

La venganza se transformó en las penas, y el delito ya no se consideró como una ofensa particular, sino como ofensa a toda la sociedad, y la venganza pasó a ser de la sociedad ofendida (Carrara, 1875).

Conociendo el origen de la pena en el retribucionismo, la finalidad de la misma sigue ligada con la venganza, en donde se castigaba a mano propia, y ahora se quiere castigar por medio del Estado, pero de la misma forma, el retribucionismo no es más que, causar el daño que esa persona causó con el cometimiento del delito, se considera una teoría absoluta, por qué para esta teoría, el fin de la pena, es la pena mismo.

La teoría de la retribución, “se trata de una verdadera vindicta pública, donde el *ojo por ojo* se reemplaza por el *ojo por cárcel*” (Rodríguez, 2021, p. 186).

Por lo tanto, es claro que la función de la pena para el retribucionismo, no es más que el castigo, es decir, no es más que causar el mismo daño que se causó, o por lo menos intentar hacerlo, porque la respuesta para asesinatos, violaciones, robos, etc. es la cárcel y no el mismo daño.

A. La Prevención General

Dejando atrás el criterio de que la pena surge gracias a la venganza y al castigo que el criminal debe recibir con dolor, la prevención general está idealizada para el resto de la sociedad, no toma como centro a quien cometió el delito, sino a quienes no lo cometieron, es decir busca un efecto social abstracto y general.

La prevención general de la pena, puede ser positiva o negativa.

La prevención general positiva, es educadora, enseña al resto de la sociedad por medio de una pena interpuesta al delincuente, que ciertas conductas están prohibidas y que el cometer las mismas, trae consecuencias jurídicas, que son la pena.

Por otro lado, la prevención general negativa, también intenta guiar a la sociedad a no cometer conductas delictivas, pero por medio del miedo y temor, es la intimidación que produce la pena en el resto de la sociedad quién no ha cometido ningún delito, por el simple hecho, de que no quieren recibir ese mal, no quieren ser castigados en uno de sus derechos más primordiales, la libertad.

B. La Prevención Especial

La prevención especial, por otro lado, deja a un lado a la sociedad, y se centra en quién cometió el delito, la persona que ha sido determinada como responsable de la infracción, es a quien debe estar guiada la prevención, para evitar el futuro cometimiento de más delitos.

La prevención especial, también puede ser negativa o positiva, o ambas al igual que la general.

La positiva, evidentemente de una corriente garantista, deja de mirar a la pena como un mal, y la concibe como el tratamiento al delincuente, tal medicina al enfermo. Lo que busca, es la rehabilitación y la reinserción de quien cometió el delito a la sociedad. Es un pensamiento idealista, que hoy en día no ha mostrado resultados.

La prevención especial negativa, podría ser comparada como la cirugía que se realiza para extirpar un mal del cuerpo, porque se saca al delincuente de la sociedad y se lo encierra, para que el mismo ya no pueda delinquir mientras dura su pena, hace referencia al objetivo material y físico de la pena, el neutralizar a quien puede seguir delinquir.

Queda en papel este tipo de prevención, porque, como hemos podido vivirlo en carne propia en nuestro Estado, el uso de aparatos tecnológicos, el deficiente control penitenciario, la corrupción de las autoridades carcelarias, y por el inmenso poder de las bandas criminales, las cárceles se han convertido en el centro de planificación de los delitos que se cometerán en el exterior de ellas.

C. La Reafirmación de la Vigencia de la Norma (Funcionalismo y Derecho Penal del Enemigo)

Es aquí, cuando llegamos a la teoría que emana del Funcionalismo, y que le compete al Derecho penal del enemigo. A diferencia del resto de teorías, para el Funcionalismo, lo que importa realmente, es la vigencia que la norma debe tener, y para mantener tal vigencia, se utiliza la pena.

Cuando una persona, irrespete una norma por medio de su conducta, para reafirmar esa norma, la misma castiga a ese ciudadano por medio de la pena. Y la importancia de la reafirmación de la vigencia de la norma, tiene un objetivo clave, que es la expectativa social, la confianza de la sociedad en esa norma. Porque, una norma está vigente y es eficaz, sólo si es que la misma presta lo que debería prestar, que es el aseguramiento de las expectativas sociales. (Jakobs, 1977)

El aplicar una pena a quien violó una norma, para el Funcionalismo, no hace nada más que demostrar a la sociedad que existe tal norma, y aunque el educar, no es el objetivo ni el fin de la pena en el Funcionalismo a diferencia de la prevención general positiva, el hecho de

reafirmar la norma y demostrar que la misma no puede ser violentada, conduce indirectamente a la educación de la sociedad. Pero como Felipe Rodríguez (2021) nos dice, para reafirmar la vigencia de la norma, solo existe una línea de partida, y es que la norma haya sido violada, por lo tanto, no hubo prevención, y eso diferencia a esta teoría de la prevención general positiva (p. 222).

El profesor Günther Jakobs (2003), menciona que “La pena es coacción (...) la pena también significa algo, significa que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente sin modificaciones, manteniéndose, por lo tanto, la configuración de la sociedad” (p. 23).

De la misma forma, Jakobs, a pesar de decir que la pena es coacción, dice que la coacción no significa nada, sino que quiere ser efectiva, refiriéndose al hecho de que la pena es efectiva no solo por reafirmar la norma, sino también es efectiva porque produce físicamente algo, que el preso no pueda cometer delitos por el encarcelamiento, lo que implica que no se dirige en contra de persona en Derecho, sino contra el individuo que es peligroso por sus actos. Es esta la idea del Derecho penal del enemigo para Jakobs, que no es de olvidar que no es él quien creó este Derecho, sino que explica lo que pasa en el mundo real (Jakobs, 2003).

En el Derecho penal del enemigo, los delitos al ser altamente penados (desproporcionalidad de las penas) pretenden la real extirpación del enemigo de la sociedad. Y como para todo el Normativismo sistémico, la reafirmación de la vigencia de la norma es lo importante, pero en especial para el Derecho penal del enemigo (que debemos recordar forma parte del Funcionalismo, pero no es como tal todo el Funcionalismo), aparte de la reafirmación de la vigencia de las normas, el mantener físicamente el mayor tiempo posible a ese individuo, fuera de la sociedad y evitar que siga causando inseguridad y miedo, es indispensable.

El problema real para el Derecho penal del enemigo, al igual que como vimos en la prevención especial negativa, la deficiencia en mantener el orden penitenciario, no ha evitado que los individuos encarcelados sigan cometiendo delitos.

2.2.2 La función de la pena para el Estado ecuatoriano

Después de haber estudiado y mencionado rápidamente las distintas teorías de las penas, y en especial lo que nos importa conocer, es decir la pena para el Derecho penal del enemigo, debería ser más fácil reconocer qué tipo de teoría ha sido acogida por nuestro Estado ecuatoriano.

Evidentemente para ello, en primer lugar, deberíamos acudir a la norma y verificar que es lo que la misma menciona. Nuestra Constitución, en el Art. 201¹⁴ nos dice que la rehabilitación social, tiene como finalidad la rehabilitación de las personas sentenciadas, en su integridad, para reinsertarlas a la sociedad. Evidentemente coincidente con la teoría de la prevención especial positiva, la pena es la medicina del sentenciado. Lo cual, si se cumpliera, sería lo más acertado por parte del Estado de Derecho en su lucha contra la criminalidad.

Pero ello no es lo único que podemos encontrar dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el COIP, en el Art. 52, reza lo siguiente:

“Art. 52.- Finalidad de la pena. - Los fines de la pena son la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena, así como la reparación del derecho de la víctima.

En ningún caso la pena tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales.”

Por lo tanto, de la lectura del artículo es claro que nuestros legisladores han optado también por acomodarse a: 1. Prevención general de la pena; 2. La reparación del derecho a la víctima por medio de una pena, lo que diríamos tiene tintes de retribucionismo, “*ojo por cárcel*”; 3. Y evidentemente también, han decidido negar por completo la prevención especial negativa, como se puede apreciar del segundo inciso del artículo mencionado.

1. Sobre la prevención general, por un lado, es innegable que la pena tiene ese efecto, pero con sus condiciones y excepciones muy marcadas. Nadie quiere ser penado al igual que el ladrón o asesino que fueron condenados, mucho menos con las condiciones carcelarias de hoy en día. Pero ello no quiere decir que todos realicen esa operación mental que la prevención general espera, antes de cometer la conducta delictiva.

Es decir, el realizar cierta discusión mental sobre los pros y los contras del delinquir, es un ideal. Como habíamos mencionado con anterioridad, para ciertas personas, la pena no es más que un riesgo laboral, por lo tanto, no hay prevención, la pena ya está aceptada como posible en su subconsciente. Aun así, esa es la excepción, y ello no hace que la pena deje de ser para muchos, el freno o el muro que evita que nos encontremos con nuestro comportamiento delincual.

¹⁴ Constitución de la República del Ecuador, Art. 201.- El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos. El sistema tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad.

2. Sobre la pena como reparación del derecho a la víctima. Esto podría confirmar lo que Zaffaroni nos dice¹⁵, y es que, la pena hoy en día, no ha dejado de ser un reflejo de la venganza.

Imaginemos al asesino de una hija, un hermano, o un padre, la declaración por parte del Estado hacia esa persona como culpable y responsable del delito cometido y por ende la imposición de una pena, no nos regresa a la persona que ha sido asesinada, ni verdaderamente repara el derecho violado, pero es innegable que calma de alguna manera las sensaciones de dolor, ira y venganza que se podría tener, esa vindicta privada, que ahora está en manos del Estado, es sin lugar a dudas, parte del origen de la pena, hace cientos de años, o hoy en día, tan evidente es aquello que hasta nuestro ordenamiento jurídico así lo considera, como hemos podido apreciar.

3. Sobre la negación a la pena como prevención especial negativa, es decir el negar que la pena es un tipo de neutralizador, a mi parecer, es claramente utópico y dicho por mantener un supuesto garantismo. La pena nunca ha dejado de ser pensada como un neutralizador, porque si fuese así, la pena no fuera el encarcelamiento y privación de libertad, se cumpliera de otras formas (hablando de la pena en general).

Cuando el legislador, piensa en crear un nuevo tipo penal o piensa en subir las penas indiscriminadamente, no lo hace por rehabilitación, lo hace por mantener fuera de la sociedad al delincuente.

Y cuando lo hace de una manera desproporcionada, adelantando la punibilidad, y suprimiendo garantías procesales, lo hace por mantener al enemigo fuera de la sociedad, como vimos con anterioridad, los tipos penales de Derecho penal del enemigo, no tienen penas desproporcionadas por prevención o rehabilitación, sino porque el Estado de Derecho, en busca de seguridad, quiere mantener al enemigo el mayor tiempo neutralizado, y sin la posibilidad de que sus actos peligrosos se expresen materialmente fuera de las cárceles (lo que como ya vimos, hoy en día tampoco se ha logrado evitar).

Por lo tanto, como hemos podido evidenciar, nuestro Estado ecuatoriano, no solo se ha decantado por una teoría de la pena en especial y se ha centrado sólo en ella. Y en realidad es lo correcto, las teorías dialécticas de la unión¹⁶, son el punto de partida de cómo se debería ver a la pena, y es lo que se ha intentado hacer, a pesar que no se menciona por ejemplo a la pena como reafirmación de la vigencia de la norma, es innegable que aquello suceda, y por lo tanto la pena en nuestro Estado ecuatoriano, pueda ser vista como

¹⁵ Zaffaroni, E. (18 de marzo del 2022). [Conferencia]. V Congreso Iberoamericano de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Criminología, Cuenca, Ecuador.

¹⁶ Las teorías dialécticas de la unión, son la que no conciben a la pena con una sola finalidad o función, sino que unen el resto de teorías, y explican a la pena desde esta unión.

prevención general negativa y positiva con sus excepciones, como prevención especial positiva si es que el Estado así lo permite, como prevención especial negativa como regla general, como una forma de retribucionismo moderno y todo ello, llevando a que la norma reafirme su vigencia, y se conceda la confianza y expectativa social en ella.

2.3 Supresión de garantías procesales

El escuchar sobre “garantías procesales” indudablemente trae consigo el concepto abstracto que podríamos tener sobre el “debido proceso”. Y la primera idea tradicional y antigua de estas garantías, fue evitar el castigo arbitrario e ilegales violaciones a los derechos personales (Gozáini, 2017).

Con el tiempo, estas garantías, fueron elevadas a un rango de mayor importancia, dieron un paso de la ley, a las constituciones de los Estados. Como en el nuestro, podemos verificarlo en los arts. 76 y 77 de nuestra Constitución.

Para Osvaldo Gozáini (2017), *“De ser un proceso legal se pasó a estimar un proceso constitucional, con el agregado de principios y presupuestos que concilian en el argumento de que sin garantías procesales efectivas y certeras, no había posibilidad alguna para desarrollar los derechos fundamentales”* (p. 30).

Claramente, las garantías procesales y el debido proceso, son indispensables para un correcto uso del ius puniendi del Estado, esto, en un proceso penal instaurado contra quien se considera ciudadano y ha incumplido sus roles en la sociedad.

Pero en lo que nos concierne, existe la excepción, no todo individuo tiene las mismas garantías procesales que otro, porque el propio Estado así lo ha decidido, ha centrado su atención en quien puede ser un riesgo para la sociedad y ha decidido que ciertas garantías, ese individuo no las debería tener.

El escuchar aquello, pareciera que rompe con el principio de igualdad y no discriminación, pero el Estado, regulando los derechos fundamentales mediante las leyes, ha decidido que eso es lo correcto, y como veremos, es innegable que los ciudadanos y los enemigos, son tratados de distinta manera cuando inicia el proceso penal. Jakobs, menciona que al igual que el Derecho penal del enemigo sustantivo, las medidas que el Estado toma, no están fuera del Derecho, y que el Estado abolió los derechos de los enemigos, de un modo jurídicamente ordenado (Jakobs, 2003).

La supresión de garantías procesales para los enemigos, podrían presentarse de distintas maneras, como, por ejemplo, las intervenciones en las telecomunicaciones, investigaciones secretas, la intervención por parte de investigadores encubiertos (Jakobs, 2003).

Hay que recordar, que el Derecho penal del enemigo, se ha ido creando inconscientemente por los legisladores en búsqueda de frenar la criminalidad, en este sentido Jakobs ha descrito lo que se encuentra escrito en los distintos códigos penales y en especial el alemán. El Código Orgánico Integral Penal, no se aleja del resto de leyes penales analizadas, como podremos verificar, la supresión de garantías procesales en contra de los enemigos, también está presente en nuestro ordenamiento jurídico, ejemplo de ello, tenemos lo siguiente:

a. **El Art. 553 del COIP**, determina que:

“Vigencia de las medidas cautelares que se dictan en los delitos de terrorismo y su financiación.- La o el juzgador podrá levantar las medidas cautelares en los delitos de terrorismo y su financiación, a petición de parte, exclusivamente en los casos en que han sido dictadas sobre los bienes, fondos y demás activos de un homónimo o cuando los bienes, fondos y demás activos sobre los cuales se las ha dictado, no son de propiedad o no están vinculados a la persona o entidad constante en la lista señalada en el artículo anterior.”

La lista señalada en el artículo anterior, es decir el Art. 552 del COIP, como ya habíamos visto, es la “lista de terroristas” de la ONU.

El art. 552. del COIP, (órdenes especiales en los delitos de terrorismo y su financiación), determina que *“en los delitos de terrorismo y su financiación, la o el fiscal solicitará a la o al juzgador, se disponga el establecimiento de medidas cautelares en el caso de las personas naturales o jurídicas **identificadas como terroristas individuales, grupos u organizaciones terroristas** o de personas que actúan en nombre de ellos o bajo su dirección, **que figuran en la lista general del Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas (...).**”*

Como se puede apreciar, en el artículo 553, el juez no podrá levantar las medidas cautelares dictadas, si es que la persona procesada se encuentra en esta lista, lo que es evidentemente una supresión de una garantía procesal, y un trato distinto al procesado, del trato a los ciudadanos normales, tiene un trato como enemigo.

b. **El Art. 567 del COIP**, determina que:

“La o el juzgador podrá, de manera excepcional, dictar una o más medidas de restricción siempre que no atenten contra los derechos de los sujetos procesales y atendiendo al principio de necesidad, cuando:

1. Se expone a daño psicológico a las niñas, niños o adolescentes que intervienen en el proceso.

2. *Se amenaza la imparcialidad o está en peligro la o el juzgador, víctimas, testigos, peritos y otros participantes en el proceso.*

3. *Se trata de delitos vinculados con delincuencia organizada, terrorismo y su financiamiento, trata de personas, tráfico de migrantes, producción o tráfico ilícito a gran escala de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, tráfico de armas, municiones y explosivos, lavado de activos, sicariato y secuestro.*”

Como se puede observar del presente artículo en el numeral 3, hay un trato diferenciado para quienes se encuentren en un proceso penal por ciertos tipos de delitos en específico, delitos que evidentemente son contra enemigos, porque a más de contar con adelantamientos de punibilidad, tienen un proceso penal con distintas reglas, reglas especiales para enemigos. Las medidas de restricción que podrán ser dictadas, se encuentran en el art. 566 del COIP.

c. Art. 483 del COIP:

Como ya mencionamos con anterioridad, Günther Jakobs, menciona que la supresión de garantías procesales, se evidencia también en las investigaciones secretas o en la intervención de investigadores encubiertos, aquello no deja de estar presente en nuestro código penal, por ejemplo, podríamos mencionar el art. 483 del COIP:

“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. (...)”

En nuestras leyes penales, se lo ha nombrado como *Agente Encubierto*, a lo que gran parte de la doctrina también conoce como el *Agente Infiltrado*¹⁷, que en realidad conceptualmente diferencian para algunos autores, pero, aun así, eso no genera mayor connotación para el COIP, en donde se lo ha decidido mantener como agente encubierto.

¹⁷ El agente infiltrado, es un funcionario de la policía que se infiltra en una organización criminal, cambiando de identidad, llevando a cabo tareas principalmente de represión y prevención del delito, con el fin de ganarse la confianza del grupo, identificar a sus integrantes, obtener información en cuanto a su funcionamiento, financiación, etc., recabar prueba, y excepcionalmente, presentar testimonio de cargo ante la justicia (Jaramillo, p 28, 2010).

Claramente, la creación de esta figura dentro de las normas penales, está destinada a la lucha contra la delincuencia organizada, el agente encubierto es un pleno reflejo de Derecho penal del enemigo, porque está pensado para introducirse en la esfera privada del sujeto sin su conocimiento, para encontrar pruebas sobre las posibles actividades ilícitas que se cometieron o se cometen, y que servirán con posterioridad para juzgar a estos individuos. A pesar de que el Derecho penal está pensado para actuar de forma “post” el cometimiento de un delito, por el adelantamiento de la punibilidad y el intento del Estado de Derecho para frenar a sus enemigos, nacen estas particularidades.

Esta actividad, no se realiza con todos los ciudadanos, claramente, no todos los ciudadanos infractores tienen a su lado un agente encubierto del cual no sospechan, esto solo pasa con quienes son considerados sumamente peligrosos para la sociedad y el Estado, debido a los actos que realizaran o realizan.

El Art. 485 del COIP, que podría considerarse parte de investigaciones secretas, es otro ejemplo muy valioso de a lo que nos referimos.

2.4 La tercera velocidad del Derecho penal

Después de haber estudiado cuales son los elementos del Derecho penal del enemigo, y verificado la existencia de estos elementos en nuestro Estado ecuatoriano, podremos coincidir con lo que Silva Sánchez afirma, el Derecho penal del enemigo, es la tercera velocidad del Derecho penal.

No es nuestro objetivo adentrarnos en este tema, sino únicamente hacer un pequeño énfasis en lo que últimamente no se ha dejado de mencionar, las velocidades del Derecho penal.

El profesor Silva Sánchez, magníficamente ha logrado describir como se ha manifestado la expansión del Derecho penal a lo largo de los últimos tiempos, y ha dividido a este, en tres velocidades.

La primera velocidad, en donde permanecen los principios político-criminales clásicos, reglas de imputación y principios procesales. Una segunda velocidad de nuevos delitos, en donde las sanciones se flexibilizan y no prima la privación de libertad. Y la tercera velocidad, centrada en los fenómenos que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado (Silva, 2001).

En esta velocidad, comparada por Silva Sánchez con el Derecho penal del enemigo, se une la primera y la segunda velocidad, y es la evolución del Derecho penal por luchar contra la criminalidad que desestabiliza a todo el Derecho como tal y surge por ello el incremento de

penas de prisión, y a la vez la relativización de las garantías sustantivas y procesales (Silva, 2001).

Lo que el profesor Silva Sánchez hace al afirmar aquello, no es otra cosa que lo que ha hecho Günther Jakobs, describir lo que es apreciable en la realidad. El Derecho penal del enemigo, es real, sea aceptado o no, sea correcto o no, existe, y sus elementos están plenamente inmersos en las normas penales vigentes de hoy en día.

Capítulo III - Derecho penal del enemigo en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia

3.1 Estado de Derecho vs Estado Constitucional de Derechos

Se ha venido hablando a lo largo del texto, de la existencia de un Derecho penal del enemigo, en un Estado de Derecho, porque esas son las palabras utilizadas tanto por Gunther Jakobs, como por el resto de doctrinarios especializados en el tema.

Pero al ser este, un análisis sobre su existencia en el ordenamiento jurídico del Estado ecuatoriano, deberíamos hacer ciertas puntualizaciones, como por ejemplo el ya no hablar de un Estado de Derecho, sino de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, y que implica aquello.

La nueva definición del Estado en la Constitución del 2008, levantó consigo todo tipo de suspicacias, por un lado, quienes creían que el Ecuador dejaría de ser un Estado de Derecho, o quienes pensaban que el modelo era únicamente un invento de los legisladores constituyentes (Martínez, 2018).

También, se creyó que había una falta de ortografía, por hablar de “derechos” y no de “Derecho” (Ávila, 2009), pero claro que no era así, aquella expresión sólo constituía el deseo del constituyente de ampliar el catálogo de derechos constitucionales, es la viva imagen, de un país, que deja atrás el antiguo y tradicional Estado legal, y se une al nuevo constitucionalismo latinoamericano¹⁸.

Andrés Martínez Moscoso (2018), nos dice que, si se quiere realizar una interpretación rápida y sencilla de la connotación de los derechos en la Constitución ecuatoriana, se podría decir que se ha pasado de aquel modelo de Estado, donde los derechos traducidos en leyes se someterían al legislativo, a un Estado, limitante incluso de los poderes del propio constituyente (p. 21).

Es evidente, que la protección de los derechos, para el nuevo paradigma por el que optó el Estado, es de suma importancia. Prima el reconocimiento, respeto y protección de los derechos que son inherentes a las personas, entre ellos, la vida, la libertad, la salud, etc.

¹⁸ Sin dejar a un lado la evolución del Estado, por el Neoconstitucionalismo y por el Nuevo Constitucionalismo, surge el Nuevo Constitucionalismo Latino Americano.

Con los recientes y últimos procesos constituyentes en América Latina (entre ellos Ecuador con la Constitución del 2008), se pudo apreciar que aquellos, son resultado directo, de los conflictos sociales, que aparecieron con la aplicación de las políticas neoliberales, especialmente en la década de los ochenta.

Con estos procesos constituyentes, lo que se pretende, es un control real del poder por los ciudadanos, y de solucionar el problema de la desigualdad social (Viciano y Martínez, 2010).

La constitucionalización del Derecho, por ende, del Derecho penal, trae consigo la idea de neutralizar todo tipo de violaciones a los derechos y mantener al Derecho como un sistema de garantías (Garantismo Penal), principios y valores.

Para el nuevo modelo, los problemas en el mundo contemporáneo y globalizado, ya no pueden ser solucionados con el mismo sistema de normas reglas, ya no son la mejor herramienta para garantizar la seguridad jurídica (Ferrajoli, 2001).

Desde este punto de vista, el Derecho penal del enemigo, que podría ser considerado por muchos como violatorio de garantías, no debería ser aceptado, ni debería encontrarse presente en un Estado de derechos como el nuestro, garantista de los mismos frente al poder punitivo del Estado, pero es innegable su existencia, y el mismo ha sido aceptado, porque simplemente normas reflejo de aquel tipo de Derecho, no han sido eliminadas del ordenamiento jurídico, la pregunta es ¿por qué?

Y considero que el legislador, quien fue el responsable de su creación, en un ejercicio de ponderación, las mantiene vigentes y no decide derogarlas, por la misma razón que las creó, tiene la creencia de que son la solución para luchar contra la delincuencia organizada y contra la violencia, y a pesar de encontrarnos en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, la supresión de algunas garantías procesales individuales o altas penas, no está por sobre la seguridad pública.

Por otro lado, a pesar de que también exista un Control Constitucional de dichas normas, que llevaría a su posterior eliminación del ordenamiento jurídico, la Corte Constitucional, encargada de tal control, necesita el conocimiento del caso en concreto por parte de los magistrados que la conforman, lo cual tampoco sería tan fácil, ya que como hemos podido apreciar, deberíamos eliminar gran parte del COIP, si es que no deseamos rasgo alguno de Derecho penal del enemigo.

3.2 Teorías contrarias al Derecho penal del enemigo

3.2.1 El Garantismo penal

El garantismo es una filosofía política o teoría de la justicia, (Carbonell, 2020). Las ideas del garantismo, surgen de los pensamientos de la Ilustración, aquellas ideas se basan principalmente en la desconfianza hacia el poder del Estado, y de la minimización de este poder.

El garantismo contemporáneo, es una visión más integral, supera las ideas del garantismo tradicional, y no es solo visto como una filosofía política, sino también como una forma de

hacer ciencia jurídica, en este modelo garantista, hay una separación entre el Derecho y la moral (Carbonell, 2020).

Así también, el garantismo jurídico, entrega una mayor importancia a la supremacía constitucional, ya que plantea el problema de la diferenciación de la vigencia y de la validez de la norma. “No toda norma vigente es válida”.

La validez jurídica se complementa con la vigencia de la norma. Una norma será válida siempre que esté conforme con los principios constitucionales, aunque esté formalmente vigente (Ávila, 2013).

Con el nuevo paradigma constitucional, la constitucionalización de las ramas del Derecho y la importancia que el Estado les brinda a los derechos constitucionales, surge el garantismo penal, y el mismo toma fuerza en un Estado como el ecuatoriano.

El garantismo en su sentido amplio y general, es la otra cara del constitucionalismo, así como las garantías de los derechos, “sin garantías los derechos serían sólo palabras” (Ferrajoli, 2009) y el derecho penal sin garantismo penal, solo fuera poder punitivo aplicado sin medida.

Luigi Ferrajoli, principal exponente del garantismo penal, nos dice que este es sinónimo de Derecho penal mínimo, en donde se ofrecen las garantías básicas, como la taxatividad, la legalidad, y entre otras. Y en donde esas garantías, no solo limitan el punitivismo arbitrario del Estado, le dan inmunidad al ciudadano, y, sobre todo, son garantías de verdad, son garantías de la verificación y de la falsificación y sin ellas se corre el peligro sobre la libertad del ciudadano, sin ellas no se llega al objetivo del proceso penal, que es el conocimiento de la verdad.

El garantismo penal, se encuentra en clara contradicción con el Derecho penal del enemigo, en ciertos casos confundido con el populismo penal y legislación de amenaza, más aún ya conocemos, que no son sinónimos. Pero, como hemos apreciado, la supresión de garantías procesales es un elemento del Derecho penal del enemigo, y a más de ello, este elemento se encuentra presente en nuestro ordenamiento jurídico. Es por ello que el garantismo penal lo rechaza.

El único modelo de Derecho penal que el Estado Constitucional demanda se llama “garantismo penal”, porque este es un modelo de Derecho fundado sobre la rígida subordinación a la Constitución y la ley, para garantía de los derechos consagrados en las constituciones. (Ferrajoli, 2008)

Es irrefutable y no se puede contradecir aquella aseveración, en un Estado Constitucional, y más aún, en un Estado Constitucional de derechos como el ecuatoriano, en donde se pone en lo más alto el reconocimiento y protección de derechos fundamentales por parte del

Estado, el modelo de Derecho penal aplicado, “debería” ser el más garantista posible, para evitar la arbitrariedad y la inseguridad sobre el derecho a la libertad de los ciudadanos.

Evidentemente, el garantismo penal, busca positivizar el deber ser del Derecho penal, busca efectivamente proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, por medio de las garantías.

Pero como hemos podido apreciar a lo largo del presente estudio, nuestro ordenamiento jurídico, hablando de la norma penal sustantiva y procesal, está conformado tanto por normas del garantismo, como por Derecho penal del enemigo, y lamentablemente hasta por normas que no responden a nada más que a un populismo penal, existiendo una contradicción entre lo ontológico y lo deontológico, no se ha logrado mantener un garantismo penal como corriente principal para el ordenamiento jurídico penal.

Evidentemente, el garantismo penal se fundamenta y tiene bases fuertes en su discurso dogmático, Ramiro Ávila Santamaría (2013), afirma que, las garantías tienen como objetivo evitar que cualquier persona que no ha hecho nada malo sea enjuiciada injustamente y peor aún condenada. También tiene como objetivo velar porque las personas que han cometido delitos sean tratadas como seres humanos y no como personas que, por cometer delitos, han perdido los derechos y dejan de ser humanos (p.45).

El deber ser del Derecho penal, y de un proceso penal, es sancionar a la persona que ha incurrido por medio de una conducta en el cometimiento de un delito previamente tipificado, pero, respetando siempre sus derechos y garantías, aquí no se puede aplicar y decir que “el fin justifica los medios”, porque hablamos sobre la libertad de una persona, los medios utilizados para llegar a conocer la verdad procesal, es decir la responsabilidad penal o no de una persona, tienen que ser siempre los más idóneos, es en este papel en el que juegan las garantías, el evitar la arbitrariedad del poder punitivo, el efectivizar el respeto en todo momento de los derechos de los ciudadanos. *“Las garantías ayudan a que la verdad se construya de forma justa y adecuada” (Ávila, 2013, p. 46).*

Es innegable, que el Derecho penal del enemigo, creado por el propio Estado (Función Legislativa) está vigente y es apreciable en las normas penales ecuatorianas, lo que ha violentado principios garantistas de un Estado Constitucional de derechos, ya que para garantizar el fin (neutralizar enemigos), no le importa utilizar medios más severos para la persona acusada (supresión de garantías procesales).

3.3 El delito de asociación ilícita, una muestra del Derecho penal del enemigo

A lo largo de este trabajo, se ha demostrado la existencia de normas que tienen elementos y que son parte del Derecho penal del enemigo, tanto normas sustantivas como normas procesales.

El delito de asociación ilícita, tipificado y sancionado en el Art. 370 del COIP, es uno de los más claros ejemplos y reflejos de lo que constituye Derecho penal del enemigo, instaurado y vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

Se deja en claro también, que el análisis a presentarse a continuación, responde en lo principal, a la criminalidad organizada como base para el Derecho penal del enemigo, pero como ya hemos mencionado con anterioridad, este tipo de Derecho, no solo es visible en este tipo de delitos, sino también en otros.

3.3.1 Descripción del tipo penal

El Art. 370 del COIP, determina lo siguiente:

“Asociación Ilícita. - Cuando dos o más personas se asocien con el fin de cometer delitos, sancionados con pena privativa de libertad de menos de cinco años, cada una de ellas será sancionada, por el solo hecho de la asociación, con pena privativa de libertad de tres a cinco años.”

Debemos establecer, qué entendemos por “asociación”, Muñoz Conde (2015), determina que debemos recurrir al sentido gramatical o lingüístico de la palabra, y que con ello entendemos por lo tanto que es toda unión de varias personas organizadas para la consecución de varios fines (p. 773). Por lo tanto, entendemos que la asociación, no solo responde a la unión de personas, sino también a una “organización”.

Muñoz Conde (2015), también determina que esta organización tiene que ser más o menos compleja, duradera y no transitoria (p. 773), lo cual podría ser debatido, ya que, en nuestro caso ecuatoriano, la tipificación de la asociación ilícita, demuestra lo contrario y no exige aquello, lo que también la diferencia de otro tipo penal, que es la delincuencia organizada.

En el Código Penal Español, la asociación ilícita tiene una distinta y más compleja tipificación, siendo el Art. 315 el que contiene a tal delito, y que reza lo siguiente:

“Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:

1.º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión.

2.º *Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.*

3.º *Las organizaciones de carácter paramilitar.*

4.º *Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, situación familiar, enfermedad o discapacidad.”*

Eso demuestra, que la tipificación del delito de la Asociación Ilícita, en el COIP, es mucho más simple, y es un tipo penal abierto, a comparación de en otros códigos penales.

También, la asociación ilícita, no exige tantos presupuestos como el delito de la delincuencia organizada¹⁹, por ejemplo, el tipo penal de la delincuencia organizada en el COIP, exige la formación de un grupo estructurado, que de forma permanente o reiterada financie, dirija, o planifique actividades para cometer delitos, es decir que en este caso si exista una “organización duradera y más o menos compleja”, lo cual no refleja la tipificación de la asociación ilícita.

Así también, el tipo penal de la delincuencia organizada, describe que esta organización tenga el propósito de cometer uno o más delitos sancionados con pena privativa de libertad de más de cinco años. En la asociación ilícita los delitos que se pretenden cometer tienen que ser menores a los cinco años de pena privativa de libertad.

Lo que también es una diferencia con otros códigos penales como el Español, el cual no hace estas diferenciaciones en las penas privativas de libertad de los delitos que se quieren cometer.

Por lo tanto, en la asociación ilícita, tipificada en el COIP, si se necesita una organización para cometer un delito, pero no se necesita que aquella organización sea duradera o reiterativa en sus actividades, puede ser transitoria y poco compleja en su organización.

¹⁹ **Código Orgánico Integral Penal:** Art. 369.- Delincuencia Organizada.- La persona que mediante acuerdo o concertación forme un grupo estructurado de dos o más personas que, de forma 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.

Debemos también hacer ciertas puntualizaciones y un análisis sobre la conformación del tipo penal por sus elementos objetivos y subjetivos.

Elementos objetivos:

- a. Sujeto activo: El sujeto activo en el delito de la asociación ilícita, puede ser cualquier persona, no exige un sujeto calificado, ya que solo utiliza el elemento descriptivo de “*dos o más personas*”, lo que sí nos hace entender, es que el sujeto activo no puede ser una sola persona, tienen que haber por lo menos dos, para que la conducta sea típica. Se trata de un delito plurisubjetivo, requiere de un número determinado de participantes (Grisolia, p. 6, 2004).
- b. Sujeto pasivo: En el caso de la asociación ilícita, como en el resto de delitos que pertenecen a su sección, la víctima es el Estado, así también como la población y ciudadanía, esto se acomoda y se respalda, al verificar cual es el bien jurídico protegido.
- c. Bien jurídico protegido: En este caso, la “seguridad pública” es el bien jurídico afectado con la asociación ilícita, entendiéndose a ésta como la ausencia de peligro o daño, tanto para la estructura estatal como para la población como tal.
- d. Verbo rector: Es en este momento en el que se puede visualizar el adelantamiento de la punibilidad, y que más adelante profundizaremos más en aquello, el verbo rector en este tipo penal, es el “asociarse”, pero en su integridad, sería el que dos o más personas se “*asocien con el fin de cometer delitos*”.
- e. Otros elementos objetivos: Otro elemento objetivo del tipo penal, sería que los delitos que se tengan por fin cometer, sean “*sancionados con pena privativa de libertad de menos de cinco años*”.
- f. Y por supuesto, una de las cosas que más llama la atención dentro del tipo penal, es que cada persona “*será sancionada por el solo hecho de la asociación*”.

Esto contribuye, a la idea principal del tipo penal, no es necesaria la realización y la consumación del delito.

Para cualquier persona, el asociarse, no significa, ni matar, ni robar, ni violar, y como explica Miguel Polaino-Orts (2013), ese tipo de actividades o acciones, tienen un sentido inequívocamente delictivo, mientras que el asociarse no, tiene un contenido marcadamente neutral.

Ante ello, hay que recordar, que el asociarse o el organizarse, es un Derecho fundamental, no solo consagrado en la Constitución ecuatoriana, es un derecho

humano reconocido mundialmente. ¿Entonces por qué existe el delito de asociación ilícita? La respuesta, se encuentra en el elemento subjetivo del tipo.

Elemento Subjetivo:

- a. Evidentemente, el tipo penal es doloso. Exige el conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal, y por ende voluntariamente realizar tal conducta. Como habíamos mencionado, uno de los elementos del tipo penal, es el “*asociarse con el fin de cometer delitos*”, de este elemento, es del cual emerge el elemento subjetivo. Y esta es la respuesta de porque el tipo penal en nuestro COIP, y en varios códigos penales más, no es una simple asociación u organización de personas.

La asociación, deja de ser neutral, y pone fines y miras, evidentemente delictivas. lo cual amenaza y pone en peligro derechos individuales y colectivos, por lo que debe ser sancionada autónomamente del delito que se quiera cometer.

3.3.2 Elementos del Derecho penal del enemigo en el tipo penal

a. El adelantamiento de la punibilidad:

Este adelantamiento, como ya hemos visto, es la técnica de la anticipación del momento en que el Derecho penal entra en acción, porque en los casos normales, o también en el llamado Derecho penal del ciudadano, el Derecho penal entra en funcionamiento cuando ya se ha lesionado o puesto en peligro un bien jurídico de carácter generalmente material (Polaino-Orts, 2013).

Si regresamos a la tipificación del tipo penal de asociación ilícita, en el Art. 370 del COIP, se determina que “*Cuando dos o más personas se asocien con el fin de cometer delitos (...), cada una de ellas será sancionada, por el solo hecho de la asociación*”.

Como ya mencionamos también, el adelantamiento de la punibilidad utiliza técnicas gramaticales en la descripción del tipo para lograr su fin. Y el entender y aplicar la literalidad de las palabras utilizadas para la descripción de este tipo penal es de suma importancia, como, por ejemplo, cuando se utiliza las palabras, “con el fin de cometer delitos”.

Es decir, en la asociación de dos o de más personas, no necesitan haber cumplido su fin para ser penadas, solo necesitan tener el fin delictivo para ello.

Por ejemplo:

- Juan, Pedro y Gustavo, se reúnen en la casa de Juan, y entre conversaciones, deciden que el viernes 23 de septiembre del 2022, van a tomar por la fuerza el edificio de la Fiscalía General del Estado, en la ciudad de Cuenca (delito tipificado y castigado en el art. 346 del COIP), se dividen tareas verbalmente y solo esperan la llegada del día. El jueves 22 de septiembre del 2022, son detenidos y formulados cargos por el delito de asociación ilícita.

En el presente ejemplo, se puede apreciar cómo actúa el adelantamiento de la punibilidad para el caso de la asociación ilícita. Se sanciona ya en el momento en el que conciertan con el fin subjetivo de cometer un delito, sin esperar a que en efecto lleven a cabo uno de los delitos para lo cual se asociaron (Polaino-Orts, 2013).

Se podría decir, que como es posible que se sancione las ideas, o cómo se podría sancionar las resoluciones manifiestas (pensamientos en voz alta).

En este caso, considero que el adelantamiento de la punibilidad en la asociación ilícita, no rompe con el principio primordial del Derecho penal, de que “no se sancionan las ideas ni los pensamientos”.

Porque en este caso, a criterio personal, el hecho de la asociación, de la reunión, de la planificación, es ya un acto preparatorio, porque indirectamente está dirigido a la comisión del delito, y como ya mencionamos, el Derecho penal, por excepción, permite sancionar estos actos preparatorios, efectivamente, en el Derecho penal del enemigo.

No nos encontramos en la ejecución, porque no se ha puesto en marcha la actividad material que pone en peligro al bien jurídico protegido. Pero tampoco se rompe el principio *cogitationis poenam nemo patitur*, ya que no solo son ideas las penas, si no la reunión para posterior puesta en marcha del delito.

El adelantamiento de la punibilidad, puede sonar contrario a Derecho, pero el mismo lo permite, y debería ser utilizado por el legislador, muy cuidadosamente, utilizando las técnicas gramaticales correctas.

Ejemplo de ello, lo que sucedía en el país de México, en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en su Art. 2, actualmente ya reformado, “*cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen (...) serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada*”. En este caso, se daba lo que Miguel Polaino Orts llama el “adelantamiento sobre adelantamiento”.

En casos como aquellos, no solo se sanciona como excepción los actos preparatorios, se sanciona en este caso las ideas. La idea de reunirse y organizarse.

El fin del adelantamiento de la punibilidad, es utilizado por el propio Derecho, para resguardar y evitar la violación a bienes jurídicos protegidos, y para anticiparse al posible y

eminente daño que se vaya a causar. No se puede negar su idoneidad en ciertos casos, cuando su aplicación no se la hace de forma errónea y con fines alejados al Derecho penal.

b. La supresión de garantías procesales

Conocemos ya que el Derecho penal del enemigo no solo es sustantivo, sino también es procesal. El profesor Gunther Jakobs, nos dice que “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” (p. 26, 2013).

Gunther Jakobs, en varias oportunidades menciona que las medidas de inspección o de control de las que el inculpado nada sabe, son un claro reflejo del Derecho penal del enemigo.

En el caso concreto en el que nos encontramos, el delito de la asociación ilícita, juega el rol perfecto para la aplicación de este tipo de medidas procesales y también utilizadas para la investigación del delito, de las cuales ya hemos dado ejemplos, como es el caso del agente encubierto en el COIP.

Si recordamos un poco, el art. 483 del COIP, menciona que:

“Operaciones encubiertas.- 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. (...)”

Como se observa, la norma penal, no está dirigida o creada para ser utilizada en la investigación de cualquier delito sin importar cual sea, está creada con dedicatoria para los delitos de “criminalidad organizada”, como por ejemplo la asociación ilícita y como la delincuencia organizada.

Por ello el delito de la asociación ilícita en nuestro COIP, también demuestra estar afectado por otro elemento doctrinario del Derecho penal del enemigo, como es la supresión de garantías procesales.

Y se considera este tipo de medidas como eliminación o supresión de garantías, por una simple razón. Que el individuo considerado enemigo, no es tratado de la misma forma, y con iguales seguridades que el ciudadano infractor corriente.

Se ha visto acaso la introducción de agentes encubiertos, en la investigación por lesiones causadas de un vecino a otro por una pelea, o por el acoso sexual que ha sufrido cierta

persona en su trabajo, o por las calumnias vertidas en un medio de comunicación hacia una persona determinada, evidentemente no, no es para lo que fueron creadas este tipo de medidas, y es claro también que la norma no permite hacer aquello.

El espíritu de la norma, responde a la peligrosidad de ciertas organizaciones, sean temporales o permanentes, no solo investiga hechos ya ocurridos y que se consideran como posibles delitos, sino también investigan posibles hechos dañosos para el futuro.

c. Desproporcionalidad de la pena

El COIP sanciona a la asociación ilícita con una pena privativa de libertad de tres a cinco años, en un primer momento, podríamos decir que no se compara con otras, como veinte o veinticinco años en prisión.

Pero no es la respuesta correcta, porque el problema radica en estar privado de libertad por cinco años, aun si la conducta delictiva planeada se cometió o no, y eso es lo que demuestra una desproporcionalidad en la pena del tipo penal.

Para ello debemos hacer ciertos ejemplos:

- José y Daniel, se organizan y planean robar la casa de su vecina que está por salir de viaje un largo tiempo, la organización que crean, su asociación, es temporal, con el único objetivo de robar esa casa, romper los candados, entrar a la fuerza, y llevarse lo que más agradable les parezca. De alguna manera, son denunciados por su vecina, el robo no llega a darse, pero son procesados por asociación ilícita y posteriormente llamados a juicio.

La pena, si se consumara el robo, según el art. 189 inciso segundo del COIP, es de 3 a 5 años.

La pena por la que pueden ser juzgados, por el solo hecho de asociarse para cometer delitos, es de 3 a 5 años, según el art. 370 del COIP.

Por lo tanto, tal vez, para José y Daniel cinco años no sea una gran pena, pero hubiese dado lo mismo si al final robaban la casa.

No hay proporcionalidad en las penas, no porque sean penas muy elevadas, sino porque a conductas con distintos niveles de daño, se aplica la misma pena.

- Diez personas de una comunidad rural de la provincia de Morona Santiago, se reúnen, y se organizan para aprovecharse de las conexiones eléctricas de otra comunidad rural que está muy cerca de ellos, y así hacer conexiones directas a su comunidad, y clandestinamente cobrar por la luz al resto de habitantes.

El resto de habitantes al enterarse de ello, los denuncian con las autoridades pertinentes.

Las diez personas son formuladas cargos por asociación ilícita, siendo la pena posible a recibir, de tres a cinco años de privación de libertad (Recordemos que el tipo penal de asociación ilícita en el COIP, no especifica los delitos que la asociación debe planear cometer para que la conducta sea típica).

La Fiscalía, en su teoría del caso, plantea que el delito para el que se organizaron y el cual querían cometer las diez personas, es el tipificado en el art. 188 del COIP, tercer inciso, que sanciona el ofrecer, prestar o comercializar servicios públicos de luz eléctrica sin estar legalmente autorizados, con una pena de uno a tres años.

Siendo así, que, en este caso, las conductas distintas, no tienen la misma pena, sino que el hecho de no cometerla, y el solo asociarse para ella, tiene una pena más alta que si se hubiese cometido, lo que no es proporcional.

Es por ello, que el delito de la asociación ilícita, también tiene rasgos de desproporcionalidad en sus penas, porque sanciona con la misma pena o una mayor, aun así, no se haya cometido el delito planeado.

3.4 Conclusiones:

Para dar por concluido el presente trabajo, realizó las siguientes conclusiones, y resumo mis consideraciones:

1. Como se lo ha mencionado a lo largo de este trabajo, el Derecho penal del enemigo es y sigue siendo, una teoría descriptiva, el profesor Gunther Jakobs, como su principal exponente, observa al Derecho desde afuera, no es quien crea o intenta construir al Derecho penal del enemigo, sino que observa cómo se ha desarrollado y como se ha expandido el Derecho penal en los últimos tiempos, y únicamente estudia estos fenómenos jurídicos y los nombra como "Derecho penal del enemigo", dando a explicar las razones de su apareamiento en los distintos códigos penales, y como se conforma este tipo de Derecho.
2. El concepto de "enemigo", para Gunther Jakobs, no está ligado ni responde a connotaciones políticas, ni religiosas, militares o morales, sino únicamente desde el punto de vista del Derecho penal, el término es utilizado para una mera descripción de lo que es real y apreciable, no intenta convertir a nadie en enemigo. Enemigo, como término utilizado para describir, es quien ha abandonado el deseo de respetar

la norma, y quien, por medio de sus actos, demuestra una gran peligrosidad para el Estado de Derecho, en razón de ello la legislación le proporciona un trato jurídicamente distinto pero legítimo, debido a que ese individuo no presta la garantía mínima de seguridad socialmente exigida.

3. “No todo delincuente es un enemigo”. Debe quedar claro así también, que el concepto de enemigo no es utilizado para todo delincuente, porque una persona puede ser un ciudadano infractor de la norma, pero no ha pasado por el trance para convertirse en enemigo, puede volver a ser un ciudadano que actúa en Derecho. A pesar de aquello, considero también, que el concepto de enemigo queda solo para la dogmática, ya que muchas veces el ciudadano infractor, si es tratado como enemigo a pesar de que no lo sea, porque su proceso y pena, responde a tipos penales y normas del Derecho penal del enemigo.
4. El Derecho penal del enemigo, no es Derecho penal de autor. El Derecho penal de autor, no tiene ninguna relación con el Derecho penal de acto, ya que no juzga conductas, sino que juzga por características o rasgos de la persona. Por otro lado, el Derecho penal del enemigo, si está relacionado con el Derecho penal de acto, ya que nunca juzga sin existir conducta delictiva previa, lo que lo diferencia con el de autor.
5. “Se ha llegado a confundir al Derecho penal del enemigo, con el populismo penal”. El populismo penal, ciertamente es contrario a los principios que rigen el Derecho penal, no se sirve de la política criminal ni penal, para la creación de tipos y normas penales, no hay justificativo correcto para la creación de un tipo penal, sino solamente razones políticas. Por otro lado, el Derecho penal del enemigo, es una creación de forma inconsciente por los legisladores (porque no es creado de un día al otro con la intención de inventarlo), que responde a necesidades sociales, y al miedo a la peligrosidad en ciertos actos o conductas de delincuentes, respeta el principio de fragmentariedad.
6. Los elementos claves que caracterizan al Derecho penal del enemigo son: el adelantamiento de la punibilidad, la supresión de garantías procesales, y la desproporcionalidad en las penas. Se ha demostrado que todos los elementos mencionados, están presentes en normas procesales y tipos penales del COIP.

7. El adelantamiento de la punibilidad, está plenamente vigente en tipos penales del COIP, se podría considerar que el uso de este instrumento, está legitimado, por cuidar bienes jurídicos protegidos de suma importancia, como es la seguridad pública y estatal. Pero su uso debe ser excepcional, y la tipificación del tipo penal debe ser la correcta, para evitar arbitrariedades.
8. La pena, para el Derecho penal del enemigo y el Funcionalismo, tiene como finalidad la reafirmación de la vigencia de la norma, y la confianza social en aquella norma, pero también trae consigo una finalidad material, que es mantener al delincuente neutralizado para que no cometa más delitos, lo que también explica la búsqueda del aumento de las penas. Pero, es innegable y debe tenerse en cuenta, que el aumento de las penas desproporcionadamente, no es, y no ha sido útil como medio para la prevención general del delito. Así también, hoy en día, mantener privada de libertad a una persona, no evita el cometimiento de más delitos por parte de la misma. El estado tiene que brindar las seguridades necesarias, para que ello no ocurra, y la pena cumpla su finalidad correctamente.
9. La desproporcionalidad de las penas, no necesariamente está ligado a penas sumamente altas, sino también, a que conductas con distintos niveles de lesividad, son sancionadas con la misma pena, o a veces, hasta la menos lesiva, tiene una pena más alta que otras conductas más lesivas.
10. La “tercera velocidad del Derecho penal”, explicada por el profesor Silva Sánchez, es similar a la descripción de Gunther Jakobs como el Derecho penal del enemigo. Ya que ambos autores, describen la evolución y expansión del Derecho penal y su intento por luchar contra la criminalidad organizada que desestabiliza a todo el Derecho como tal, y surge por ello el incremento de penas de prisión, así como también la relativización de las garantías sustantivas y procesales.
11. El Derecho penal del enemigo, no podría ser aceptado por un Estado Constitucional de derechos y justicia como el ecuatoriano, ya que el último trae consigo la constitucionalización del Derecho penal, y con ello la búsqueda de un garantismo penal puro, el cual es contrario a la supresión de garantías procesales y a la pena como medio para neutralizar al individuo. Pero a pesar de ello, se ha demostrado que el Derecho penal del enemigo, si está presente en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en normas procesales como sustantivas.

12. El delito de la “asociación ilícita”, tipificado en el COIP, es una clara muestra de la existencia del Derecho penal del enemigo en las normas penales vigentes, y no es la única. En el tipo penal, se encuentran presentes todos los elementos característicos del Derecho penal del enemigo.
13. Es innegable la existencia de normas tanto procesales como sustantivas del “Derecho de enemigos” en el Estado Constitucional de derechos y justicia ecuatoriano, a pesar de que sus principios y valores, sean contrarios a los elementos del Derecho penal de enemigo, lo que trae también como conclusión, que, al momento de la creación de las normas por parte de los legisladores, no existe un examen de constitucionalidad previo de dicha norma antes de su expedición.
14. El Derecho penal, no debería ser la primera opción para luchar y frenar a la delincuencia como se ha venido pensando, no se puede olvidar su carácter subsidiario. Es el Estado, mediante políticas públicas correctas y eficientes, quien deberá combatir a la delincuencia organizada y a las nuevas formas de criminalidad. Y ante la violación a la norma penal, aparecerá el derecho penal para reafirmar su vigencia en el Estado de Derecho.

Referencias

- Ávila Santamaría, R. (2013). La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Universidad Andina Simón Bolívar. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5925/1/Avila%2c%20R-CON-011-La%20injusticia.pdf>
- Ávila Santamaría, R. (2012). Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano. Universidad Andina Simón Bolívar. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3821/1/PI-2012-05-Avila-Evoluci%3%b3n%20de.pdf>
- Ávila Santamaría, R. (2009). Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia. Anuario de Derecho constitucional latinoamericano. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r23550.pdf>
- Carrara, F. (1875). Programa de Derecho Criminal, El delito. (Reimpresión). Proyecto Editorial Carrara.
- Carrara, F. (1875). Programa de Derecho Criminal, La pena y del juicio criminal. (Reimpresión). Proyecto Editorial Carrara.
- Código Penal del Ecuador de 1872. Registro Oficial. 1872. (Ecuador).
- Código Penal del Ecuador de 1906. Registro Oficial. 1906. (Ecuador).
- Código Penal del Ecuador de 1971. Registro Oficial Suplemento 147. 22 de enero de 1971. (Ecuador).
- Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180. 10 de febrero de 2014. (Ecuador).
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449. 20 de octubre de 2008. (Ecuador)

Corte Constitucional del Ecuador. (2010). El nuevo constitucionalismo en América Latina (1ª ed.). Editora Nacional.

Corte Constitucional del Ecuador. (2019). Voto concurrente del juez Ramiro Avila Santamaria dentro del caso No. 5-19-OP. <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/1d99ac0b-89cf-42c7-9677-4f5ef1089136/0005-19-op-voto-concurrente.pdf?guest=true>

Corte Constitucional del Ecuador. (2010). Sentencia No. 034-10-SEP-CC. <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/fab1f363-a63c-47a2-9a19-5d554b922d1a/0225-09-EP-res.pdf>

Reforma a la Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal. Decreto No. 350. Asamblea Legislativa, Republica del Salvador. <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/B0B866E7-9E27-4FC2-A0EE-B82C9B7EA8D2.pdf>

Ezaine Chávez, A. *Iter Criminis* (3ª ed.). Ediciones Jurídicas Lambayecanas.

Ferrajoli, L. (2011). *Derecho y razón*. (10ª ed.). Editorial Trotta.

Ferrajoli, L. (2008). *Derecho penal mínimo y otros ensayos*. Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes

Granja, P. (2019). *¿Qué es y que no es Derecho penal del enemigo?*. Federación Nacional de Abogados del Ecuador.

Gozáini, O. (2017). *El debido proceso estándares de la corte interamericana de derecho humanos Tomo I*. Rubinzal-Culzoni Editores.

Grisolía, F. (2004). El delito de asociación ilícita. *Revista chilena de Derecho*. Dialnet-EIDelitoDeAsociacionIllicita-2650462

Galvez, T y Delgado, W. (2012). *Derecho Penal parte especial, Tomo II*. Jurista Editores.

Jakobs, G. (1991). Derecho penal parte general fundamentos y teoría de la imputación. Marcial Pons Ediciones Jurídicas.

Jakobs, G y Polaino Orts, M. (2013). Criminalidad organizada formas de combate mediante el derecho penal. Editorial Flores.

Jakobs, G. (1997). Estudios de derecho penal. Editorial Civitas.

Jakobs, G. y Cancio Meliá, M. (2003). Derecho Penal del Enemigo. Civitas Ediciones.

Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, (1996). Diario Oficial de la Federación. (México).http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/legislations/PDF/MX/ley_federal_contra_delincuencia_organizada.pdf

Martinez Moscoso, A. (2018). La configuración del Estado a partir de la Constitución de 2008. Aciertos y discursos del entramado jurídico político, Tensiones y contradicciones de la democracia ecuatoriana. (pp 15-55). Universidad de Cuenca.

Mir Puig, S. (2003). Introducción a las bases del derecho penal (2ª ed). Editorial B de F.

Muñoz Conde, F. (1999). Derecho penal y control social. Editorial Temis.

Muñoz Conde, F. (2013). Teoría General del Delito (3ª ed.). Editorial Temis.

Muñoz Conde, F. (2015). Derecho Penal parte especial. Tirant Lo Blanch.

Polaino Ort, M. (2013). El derecho penal del enemigo ante el Estado de Derecho. Editorial Flores.

Palacios Valencia, Y. (2010). Existencia del Derecho penal de enemigo en el Derecho penal internacional. Revista latinoamericana de derechos humanos. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27290.pdf>

Reyna Alfaro, L. (2015). Tratado integral de litigación estratégica (2ª ed.). Editorial Temis.

Rodriguez, F. (2012). El agente infiltrado en el Estado de Derecho y de (in)seguridad. Fausto Reinoso Ediciones.

Rodriguez, F. (2014). La Bipolaridad del Derecho Penal, Cevallos Editora Juridica.

Rodríguez, F. (2020). Curso de Derecho Penal Parte General Introducción al Derecho Penal Tomo I (3ª ed.). Cevallos Editora Juridica.

Rodríguez, F. (2021). Curso de Derecho Penal Parte General Teoría del Delito Tomo II (2ª ed.). Cevallos Editora Jurídica.

Rodríguez, F. (2021). Curso de Derecho Penal Parte General Teoría de la Pena Tomo III (2ª ed.). Cevallos Editora Jurídica.

Roxin, C., Polaino Navarrete, M. y Polaino Orts, M. (2013). Política criminal y dogmática penal. ARA editores.

Roxin, C. (2014). Derecho penal parte general. (Tomo II). Editorial Aranzadi.

Sánchez, C. (24 de enero de 2020). *Bibliografía*. Normas APA (7ma edición). <https://normas-apa.org/bibliografia/>

Silva Sanchez, J. (2005). Recensiones de libros, DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS: La racionalidad de las leyes penales. Revista de Derecho penal y criminología. <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2005-16-3140/PDF>

Silva Sanchez, J. (2001). La expansión del Derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. (2ª ed.). Civitas Ediciones.

Vaca Andrade, R. (2020). Derecho Procesal Penal Ecuatoriano Tomo I (3ª ed.). Ediciones Legales.

Vaca Andrade, R. (2020). Derecho Procesal Penal Ecuatoriano Tomo II (3ª ed.). Ediciones Legales.