



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

**LA NECESIDAD DE ELIMINAR EL DERECHO PENAL
SIMBÓLICO DEL CODIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.
CASO CONCRETO: SECUESTRO SIMULADO**

Autor:

Daniela Abad Rodas

Director/a:

Dr. Juan Carlos López.

Cuenca – Ecuador

2023

DEDICATORIA

A mi hijo Mateo, quien ha sido mi motivación y mi motor durante estos años de estudio.
A mi madre, por ser mi soporte, mi apoyo, la mejor amiga y colega que la vida me pudo dar.

A mi familia que nunca dejaron de creer en mí.
A cada una de las personas que formaron parte de este camino.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mis abuelos, Pancho y Teresa por entregarme su amor desinteresado e incondicional además de su ejemplo de vida íntegro.

A mi tío Pablo por darme la posibilidad de volar, soñar, por confiar.

Al Doctor Juan Carlos López por sus aportes académicos invaluable en el presente trabajo.

A la Universidad del Azuay.

RESUMEN

El presente trabajo, tiene como objetivo analizar la presencia del Derecho Penal Simbólico dentro del Código Orgánico Integral, específicamente, en la figura del secuestro simulado, en razón de que, la norma penal ecuatoriana evidencia una falta de técnica legislativa preocupante dentro de sus articulados, los cuales no ayudan a prevenir la delincuencia latente sino que constituyen meros símbolos que no tienen eficacia jurídica en la realidad material. En este trabajo, en primer lugar se expone sobre el Derecho Penal Simbólico y su alcance, para posteriormente, desde un análisis de los fines de la pena, a través de una metodología cualitativa de recopilación bibliográfica, se examina por qué el delito de secuestro simulado constituye una norma simbólica que debe ser eliminada del marco jurídico penal vigente.

Palabras clave: Derecho Penal; simbólico; eficacia; secuestro; simulación.

ABSTRACT

The objective of this work is to analyze the presence of Symbolic Criminal Law within the Integral Organic Code, specifically, in the figure of simulated kidnapping. The Ecuadorian criminal norm shows a worrying lack of legislative technique within its articles, which do not help to prevent latent crime but rather constitute mere symbols that do not have legal effectiveness in material reality. In this work, in the first place, it is exposed about the Symbolic Criminal Law and its scope. Later, from an analysis of the purposes of the penalty, through a qualitative methodology of bibliographic compilation, it is examined why the crime of simulated kidnapping constitutes a symbolic norm that must be eliminated from the current criminal legal framework.

Key Words: Criminal Law; symbol; effectiveness; kidnapping; simulated.

Translated by:



Daniela Abad



INDICE

DEDICATORIA.....	II
AGRADECIMIENTO	III
Introducción.....	1
CAPITULO I: EL DERECHO PENAL SIMBÓLICO NOCIONES GENERALES.....	4
1. Concepto	4
2. Características.....	6
3. Naturaleza jurídica.....	7
4. Fundamento	10
CAPÍTULO II: ELIMINACIÓN DEL DERECHO PENAL SIMBÓLICO EN EL ECUADOR.....	14
1. Criminología mediática y Derecho Penal Simbólico.	14
2. El Derecho Penal simbólico en relación a la finalidad de la pena.....	19
2.1. Teoría de la retribución.	19
2.2. Teoría prevención general.....	20
2.3. Teoría de la prevención especial.	21
2.4. Vigencia de la norma.....	24
3. Inaplicación material del Derecho Penal simbólico y los bienes jurídicos.....	25
CAPÍTULO III: EL SECUESTRO SIMULADO Y EL DERECHO PENAL SIMBÓLICO.	30
1. El secuestro simulado.	30
1.1. Antecedentes del secuestro y la creación del secuestro simulado.....	30
1.2. Análisis jurídico del secuestro simulado.....	34
1.3. Fundamento y finalidad.....	36
1.4. Imposibilidad práctica	36
1.5. Comparación con el secuestro básico.	37
2. El Derecho Penal simbólico y el secuestro simulado.....	37
2.1. Lugar del secuestro simulado en la clasificación de norma penal simbólica. ...	37

2.2. La prevención especial positiva frente al secuestro simulado como norma simbólica.	39
2. Proceso Judicial No. 17282-2016-00472 caso de secuestro simulado.	39
Conclusiones.....	45
Recomendaciones	48
Referencias bibliográficas	49

Introducción

A lo largo de los años, los seres humanos han reconocido dentro de las normas que lo regulan, presupuestos y axiomas fundamentales que se entienden inherentes a todos los ciudadanos por el mero hecho de ser personas, es así como, surge la idea de derechos humanos como prerrogativas fundamentales que se encuentran intrínsecamente relacionados con el concepto de dignidad humana. Entonces, dentro del cúmulo de derechos fundamentales, sobresalen los denominados bienes jurídicos de significancia e importancia social superior, a los cuales el Estado tiene como fin precautelar en todo ámbito intentando evitar cualquier vulneración a los mismos dentro del marco social cotidiano.

Empero, es de común conocimiento que no siempre se respetan los bienes jurídicos dentro de la sociedad, surgiendo la criminalidad como uno de los mayores problemas que tiene que enfrentar el Estado, en especial aquellos que aún se encuentran en vías de desarrollo.

Entonces, el Estado con todo su aparataje político y jurídico, en ejercicio del poder público, y con fundamento en el principio democrático y republicano de representatividad, intenta por medio de los agentes gubernamentales de turno, luchar contra la creciente delincuencia que genera clamor y alarma social en la población que conforma el Estado como sociedad legalmente estructurada dentro de un ordenamiento jurídico constitucional. De esta forma, se origina el ius puniendi como una de las varias ramas legales cuyo objetivo radica en sancionar las lesiones a los bienes jurídicos que ostentan alta significancia para la sociedad, pretendiendo salvaguardar en todo momento los derechos fundamentales de las personas que conforman la población de una nación.

El Derecho Penal como rama jurídica, conlleva la presencia de un conjunto de funciones de naturaleza simbólica tomando en cuenta que la conformación y formulación de la ley penal sanciona prohibiciones o mandatos de comportamientos determinados que se consideran criminales y se sancionan con penalidades específicas, generando un efecto simbólico en la esfera intelectual de los miembros del conglomerado social; la referida función ostenta un alto grado de intensidad puesto que, tiene la capacidad de establecer cuáles son los actos delictivos, su gravedad y su intolerancia social.

Sin embargo, cierto sector de la doctrina asevera que debería eliminarse cualquier trasfondo moral o educativo del Derecho Penal, aceptando las funciones simbólicas de la norma dentro de un ámbito más neutral, en razón de que la configuración de la norma y la determinación de sus sanciones, al margen de la aplicación efectiva y eficiente, adquiere la capacidad de producir una consecuencia dentro de la esfera psicológica con un alto impacto emocional, ya que la configuración de un comportamiento como conjunto criminal, simboliza la más alta reprobación y rechazo, generando que exista una relación directa entre el tipo penal y las funciones comunicativas de la norma. Por tal razón se expresa que, dentro de este ámbito determinado, tiene legitimidad la característica de que la norma tenga un efecto simbólico que se extienda hacia lo que se denomina prevención general positiva.

Es notorio que, dentro de la academia jurídico-penal se presenten argumentos a contraponer todo tipo de efecto simbólico o instrumental que pueda presentar la rama legal punitiva del Estado, con especial atención a la finalidad y funcionamiento de la pena como consecuencia del delito. De modo que los mencionados efectos simbólicos que se relacionan con la función de protección de bienes jurídicos, tendrían la capacidad de readecuar y modificar la materialidad social por medio de propósitos de prevención que impidan la ejecución de conductas criminales.

El Código Orgánico Integral Penal, ha introducido en su artículo 163, la figura del secuestro simulado, la cual ha criterio personal, constituye una norma de naturaleza simbólica que no ostenta eficacia dentro de la realidad jurídica material del Estado, desnaturalizando los principios sobre los cuales se levante un Derecho Penal de mínima intervención y trastocando la misión de protección de bienes jurídicos de la rama jurídica referida. Por consiguiente, el presente trabajo, tiene como finalidad el analizar el denominado Derecho Penal simbólico y sus nociones generales, para posteriormente efectuar un examen de dicha rama jurídica dentro de las finalidades de la pena y la misión del Derecho Penal, lo cual permitirá examinar, mediante un caso práctico, cómo el secuestro penal simbólico y sus elementos objetivos del tipo penal constituyen un hecho punible que debe ser expulsado del ordenamiento jurídico vigente.

CAPITULO I: EL DERECHO PENAL SIMBÓLICO

NOCIONES GENERALES

1. Concepto

Van (2017), expresa que el Derecho Penal consiste no solo en una rama jurídica sino también en una forma de expresar y ejercer el poder político del Estado, pero no se trata únicamente de intereses y poder, sino que también engloba la protección y suministro de símbolos que puedan generar manipulación dentro de la sociedad. Por tanto, se puede expresar que, el poder político tiene la capacidad de producir mitos y ficciones sociales; en efecto, el Estado despliega todo el aparataje jurídico-penal simbólico, como aquel conjunto de normas que en sus letras determina y consagra valores que en la realidad misma ni siquiera el Estado respeta y promulga, entonces, las leyes de fundamento moral excesivo que tienen la finalidad de crear un mensaje de conmoción social, son leyes en crisis que únicamente sirven para calmar la opinión pública y satisfacer los reclamos gubernamentales frente a una creciente criminalidad.

Por consiguiente, la naturaleza simbólica del Derecho Penal constituye un instrumento de engaño, que presenta una inexistente, eficacia y efectividad como cualidades objetivas de la ley. Por tanto, la norma finalmente ostenta un resultado netamente adjetivo, en razón de que, la funcionalidad oculta de la misma presenta un objeto falaz, prevaleciendo este por encima de las finalidades debidas de una norma punitiva de naturaleza democrática. En consecuencia, la naturaleza simbólica del Derecho Penal pone a observación la crisis en la que se encuentra la rama legal en mención, por encontrarse sometida a consecuencias de conductas que se han desviado a una incorrecta tipificación del injusto penal, evitando analizar su prevención, lo cual genera complicaciones y deslegitimación de la ley que bajo ningún aspecto se la puede considerar como formal. Sin embargo, existen ciertas normas que se contraponen a la jerarquía constitucional y que fundamentalmente tienen que ostentar eficacia en la consecución de las finalidades del sistema penal; esto significa un razonable control del crimen y una correcta resocialización del sentenciado.

Entonces, de párrafos precedentes se puede inferir que el Derecho Penal Simbólico se conceptualiza como:

Aquel que resulta ser meramente instrumental, ya que las funciones ocultas, las que obedecen al fin falaz, prevalecen sobre las reales, logrando otros objetivos distintos a los que debe perseguir una norma penal democrática. Guardando entonces una relación directa con todas las transformaciones sociales y sobre las cuales la política criminal de cada Estado no puede ignorar. (Van, 2017, p.125).

De la cita precedente es que Diez (2003) ha manifestado que la naturaleza del Derecho Penal simbólico encuentra un origen en el creciente protagonismo que tienen en la actualidad los medios de comunicación al momento de emitir criterios sobre la criminalidad existente. Los medios de comunicación por una parte relacionan el Derecho Penal simbólico como una forma de representar el Derecho Penal ante el conglomerado social; esto es, se muestra y se hace creer al ciudadano que la potestad punitiva del Estado consiste en la creación o modificación del catálogo de delitos establecidos en el ordenamiento legal ecuatoriano en razón de una “efectiva” aplicación. Y por otro lado, la prensa suele hacer visible el derecho a través de una férrea defensa a la legalidad penal que configura una normatividad positiva, ya que, en conformidad a Jiménez (2007) consiste en utilizar la ley y el derecho como un instrumento de sometimiento y dominación social.

Entonces, el Derecho Penal simbólico se define como el “reproche hacia el legislador, donde este se aprovecha sin ningún tipo de fundamentos justificadores para tomar decisiones legislativas; haciendo uso ventajista del Derecho Penal” (Diez, 2003, p.147). Esta es la razón por la cual, el Derecho Penal simbólico no puede comprenderse como un conflicto de desajuste entre los efectos que se tienen como finalidad o función de conseguir, frente a las consecuencias que verdaderamente se obtienen de dicha práctica populista. Esto se debe a que, el mayor argumento en contra del Derecho Penal simbólico se encuentra en las dudas que genera la legitimidad de los efectos jurídicos sociales que produce su implementación, los cuales afectan los procesos de formulación de normas en base a una afectada coherencia legislativa.

Lo descrito en líneas anteriores encuentra su sustento en la realidad de que es imposible saber a priori hasta qué punto la presencia del Derecho Penal puede llegar a evitar la ejecución de conductas criminales por medio de la modificación y ampliación del catálogo de delitos, sin efectuar antes un estudio y análisis político criminal que fundamente tanto la presencia de una nueva infracción como de su pena, produciendo en

ciertos casos que inclusive se llegue a penalizar conductas que previamente ya han sido declaradas como crímenes.

Gunter Jakobs (2003) señala que, cuando se utiliza un análisis crítico sobre el alcance del concepto del Derecho Penal simbólico, se puede deducir que la mencionada rama legal pretende destacar una impresión tranquilizadora en la sociedad dando una falsa apariencia de un gobierno de turno eficiente y un legislador atento y responsable, situación que únicamente consiste en apariencia más no en veracidad.

Por tanto, el concepto de Derecho Penal simbólico trastoca en diversas situaciones las acepciones y definiciones de populismo penal y deficiencia jurídica generando que el Derecho Penal mismo pierda su norte en base de un aprovechamiento del sentimiento general de una sociedad insegura que pide a gritos la eliminación de la impunidad y la existencia de una vida pacífica y segura que cumpla y satisfaga los derechos de los individuos. Bergalli y Bodelon (1992)

2. Características

En observancia a Borja Jiménez (2012), las características del Derecho Penal simbólico son las siguientes:

- a. Consiste en un instrumento jurídico que no reduce la violencia.
- b. Consiste en un instrumento jurídico que no sirve para educar al conglomerado sociedad.
- c. Consiste en un instrumento jurídico rápido, simple, barato y rápido que no ostenta un fundamento técnico penal.

Las características mencionadas se pueden observar en un ejemplo práctico traído por la doctrina penal: Rodríguez (2013) comenta que, en la estación de verano, debido a las sequías y el excesivo sol, suele ser común que, dentro de ambientes o climas secos, se produzcan incendios forestales. Dichos incendios suelen producirse por las altas temperaturas del ambiente, o en ciertas ocasiones se producen dolosamente por parte de sujetos que creen que, con el humo del incendio, se formarán nubes de agua que pondrán fin a la sequía a través de una lluvia “provocada”. Resulta que, ante el daño que producen los incendios a la naturaleza, el legislador decide tipificar un tipo penal denominado “generación dolosa de incendios forestales” como si la existencia del injusto mencionado,

fuera a evitar su consumación futura, evidenciando una norma de naturaleza simbólica sin utilidad práctica alguna.

Por ende para cualquier individuo que tenga conocimiento específico sobre política criminal y técnica penal, podría comprender que la tipificación del delito expuesto en el ejemplo precedente de ninguna forma consigue educar a la sociedad, ni disminuir los incendios forestales, menos aún garantizar seguridad, puesto que, únicamente lo que genera la tipificación de un delito sin efectividad y eficacia es configurar un Derecho Penal simbólico que se implementa por medio de un procedimiento simple, barato y alejado de todo trasfondo técnico-penal.

Por tanto, del ejemplo presentado se pueden vislumbrar las distintas características que configuran el Derecho Penal simbólico, demostrando su poca efectividad frente al crimen y su simple y falsa percepción de tranquilidad social existente.

3. Naturaleza jurídica

Para establecer cuál es la naturaleza jurídica del Derecho Penal simbólico es necesario determinar que el Derecho Penal del enemigo no consiste en un sinónimo del Derecho Penal simbólico. Silva Sánchez (2002) establece que el Derecho Penal simbólico necesariamente debe observar los postulados del Derecho Penal del enemigo con el fin de implementar normas que engloben “supuestos axiomas morales”, lo cual notoriamente encuentra un sustento parcial entre ambas ramas jurídicas, siendo innegable que en la realidad suelen confluír tanto el Derecho Penal simbólico como el Derecho Penal del enemigo a pesar de no ser ramas dogmáticas similares. Esto se debe a que generalmente el Derecho Penal del enemigo ostenta siempre un trasfondo simbólico, por lo cual se podría expresar que el Derecho Penal simbólico es el instrumento del Derecho Penal del enemigo, mientras este último consiste en una de las varias formas por las cuales se puede generar una función simbólica en el Derecho Penal.

Empero, Rodríguez (2012) manifiesta que el Derecho Penal del enemigo tiene naturaleza simbólica dentro de determinadas y exclusivas circunstancias:

- a) Sistema de gobierno
- b) Ubicación geográfica
- c) Institucionalidad política
- d) Ideología

- e) Estructura penitenciaria
- f) Densidad demográfica
- g) Incidencia de la religión
- h) Necesidad de recursos económicos

Con los parámetros establecidos con anterioridad se busca determinar que el Derecho Penal del enemigo tiende a generar un simbolismo en las áreas específicas descritas del Estado, debido a que en líneas generales puede afirmarse que de los literales precedentes suelen derivarse la mayor parte de problemas sociales y por consiguiente la criminalidad. Sin embargo, en países en los cuales los parámetros en mención hayan sido superados con creces y no sean mecanismos generadores de delincuencia no podría aseverarse que dichos parámetros sean causantes de clamor social de una norma de tintes extremas como el Derecho Penal del enemigo.

Por ende, el análisis del Derecho Penal simbólico y el Derecho Penal del enemigo jamás debe ser generalizado a la ligera, sino que necesita de un examen específico y propio político criminal para determinar si es que la norma que se implementa ostenta eficacia y efectividad, y a su vez, validez frente al ordenamiento constitucional del Estado.

En cuanto al Derecho Penal del Enemigo, para Cancio Meliá (2016) expresa que existe una especie de fusión entre el Derecho Penal simbólico y el excesivo punitivismo del Estado debido a que en el Derecho Penal del enemigo se presenta el fundamento del aislamiento perpetuo al justiciable como fundamento para garantizar una seguridad social estable y pacífica que elimine los índices de delincuencia. Sin embargo, el autor manifiesta que el excesivo punitivismo no solo que no reduce los índices de criminalidad, sino que también presenta altos tintes simbólicos en su estructura normativa.

En esta materia es fundamental la reflexión de Burckhardt citada por Rodríguez (2012), quien expresa lo que se denomina como la “dogmática sin consecuencias”. Esta última aseveración hace referencia a todo postulado de la doctrina penal que por más que encuentre a un catedrático importante en su emisión, no tiene una finalidad práctica que resuelva a través de la norma los altos índices criminales de una sociedad. Es decir, se trata de postulados dogmáticos que no generan trascendencia en la ciudadanía, ni sus necesidades y mucho menos en el proceso penal.

Por consiguiente, de lo expresado en líneas precedentes se puede advertir que la naturaleza del Derecho Penal simbólico encuentra puntos de conexión con el Derecho Penal del enemigo, pero estrictamente no constituyen un mismo postulado dogmático penal, que del análisis efectuado permite colegir que una idea doctrinaria que no pueda generar consecuencias materiales, es un placebo que utiliza una deficiente política criminal penal como forma de satisfacción de necesidades sociales específicas.

Esta es la razón por la cual surge la necesidad de establecer si el Derecho Penal simbólico y su dogmática constituyen un postulado doctrinal sin consecuencias. En efecto puede afirmarse que el Derecho Penal simbólico si tiene consecuencias pero que las mismas son nefastas para una sociedad que se regula a través de ficciones que carecen en todo sentido de vigencia y materialidad.

Jiménez (2017) manifiesta que, el Derecho Penal simbólico es un medio de legislar con el fin de supuestamente solventar conflictos en la sociedad. Este proceso legislativo según el autor encuentra su esencia en que frente a un asunto penal de gravedad la sociedad se sensibiliza y asusta, miedo que se acentúa con las sensacionalistas noticias en los medios de comunicación cuyo único objetivo es lucrar de un hecho criminal espantoso y triste, no obstante, por miedo de la referida alarma social empieza a surgir una gran cantidad de odio hacia el presunto autor del delito llegando dicha presión social, no solo a tener incidencia en el proceso penal específico, sino también en la función legislativa, la cual con el fin de evitar su desprestigio procede a desnaturalizar la norma penal inventando y creando nuevos tipos penales que no tienen un sustento técnico que asegure la reducción de los índices de criminalidad dentro de la esfera social.

Entonces, la naturaleza jurídica del Derecho Penal simbólico es sin duda su inoperancia normativa y real para solventar un conflicto criminal, pues las únicas consecuencias que genera el mentado postulado dogmático es calmar falsamente los temores de una sociedad ingenua que pide a gritos seguridad jurídica.

Inclusive, el Derecho Penal simbólico llega a trastocar los principios constitucionales de proporcionalidad, oportunidad, necesidad y mínima intervención penal debido a que, suelen imponerse infracciones que no observan ninguno de los principios referidos, como es el caso del secuestro simulado que no ostenta una correcta dosimetría penal y tampoco respeta la mínima intervención del ius puniendi dentro del marco constitucional del Estado.

4. Fundamento

Para encontrar el fundamento del Derecho Penal simbólico es necesario exponer la dogmática postulada por Luzón (2000), quien comenta que en los países del tercer mundo se observa un marcado predominio de efectos jurídicos simbólicos dentro de la norma penal, siendo imposible que el Derecho Penal pueda cumplir con sus finalidades y funciones establecidas por el garantismo constitucional. Pues parece ser que las deficiencias sociales y políticas son el fundamento por el cual los legisladores de turno deciden encontrar en el Derecho Penal simbólico una solución práctica a los elevados índices de criminalidad.

Entonces, toda ley penal simbólica encuentra dentro de su estructura un fundamento para crear tipos penales nuevos o modificar delitos y penas ya existentes, sin tomar en consideración que las referidas infracciones ya existían con anterioridad y no era necesario construir una infracción penal específica que tienda a mejorar el ordenamiento penal del Estado, pues únicamente se evidencia la presencia de un fundamento retórico más no material. Luzón (2000)

De las ideas expresadas en párrafos anteriores se puede deducir que, el fundamento del Derecho Penal simbólico se encuentra en subsanar problemas criminales de la sociedad por medio de normas propias que atiendan una coyuntura específica con la finalidad de eliminar los hechos delictivos que alarman a los ciudadanos dentro de un determinado ámbito poblacional.

De acuerdo a lo manifestado por Tocora (1997), el Derecho Penal simbólico no es más que un síntoma de una carencia política que no observa bajo ningún aspecto un correcto proceso de planificación y restructuración de los Estados delictivos de una sociedad. Pues para el autor existe una política de apaciguamiento que únicamente encuentra su fundamento en calmar el reclamo ciudadano; configurando un Derecho Penal efectista que tiene el propósito de evitar la alarma de los individuos y el temor frente al crimen presente.

Por su parte Jakobs (2003), es un dogmático cuyos postulados aseveran que la utilización del Derecho Penal simbólico tiende a encontrar un fundamento en salvaguardar la reputación e intereses de los agentes gubernamentales de turno intentando de alguna forma tranquilizar a los miembros de una población por medio de la falsa figura

de un legislador atento y responsable, que lucha en contra de la impunidad de los delitos que atemorizan a la ciudadanía. Por tal razón el autor expresa lo siguiente:

En realidad, el término Derecho Penal simbólico no hace referencia a un número bien definido de infracciones penales caracterizadas por su inaplicación por la falta de incidencia real en la solución en términos instrumentales, sino que identifica la especial importancia política otorgada por el legislador a los aspectos de comunicación política a corto plazo en la aprobación de las correspondientes normas. (Jakobs, 2003 p.77).

En la actualidad podría afirmarse que el Derecho Penal tiene una orientación hacia los efectos jurídicos que produce con el fin de evitar la crisis material que genera la implementación de normas de naturaleza simbólica. Por tal razón Hassemer hace referencia que el fundamento del Derecho Penal simbólico permite claramente observar los efectos jurídicos nocivos del mismo y la falta de legitimación dentro de la norma penal. Lo expuesto se evidencia con la excesiva aparición de tipos penales que en diversas ocasiones ni siquiera tienden a proteger bienes jurídicos específicos, siendo notorio que existe una deficiencia legislativa causante de problemas jurídicos que se alejan de la técnica penal. Un caso dentro de la legislación ecuatoriana es el secuestro simulado; tipo penal que no protege ningún bien jurídico y que no encuentra fundamento material en su vigencia normativa, al cual se lo analizara dentro de capítulos posteriores del presente trabajo.

Bajo estas premisas se debe expresar que el fundamento del Derecho Penal simbólico se encuentra en cuatro aspectos fundamentales:

1. Otorgar soluciones rápidas a la sociedad con respecto a la existencia de altos índices criminales.
2. Evitar el desprestigio de los políticos de turno encargados de ejercer el poder político para satisfacer las necesidades de la sociedad.
3. Combatir la delincuencia (de forma equivocada)
4. La falta de educación político-criminal

Los fundamentos en mención son la causa por la cual surgen normas retóricas sin finalidad específica que se alejan de la verdadera función que persigue un Derecho Penal correctamente estructurado desde una verdadera política criminal que examine y analice las circunstancias y conflictos materiales que se presentan en la vida diaria del Estado.

Hassemer (1995) se opone a la idea de que el Derecho Penal simbólico tiende, con buenas intenciones, a combatir la delincuencia, debido a que para el tratadista la emisión de normas jurídicas que no tienen un trasfondo técnico y un examen sociológico y científico previo, constituye un engaño latente para la sociedad. Debido a que, efectuar procesos legislativos sin ninguna base teórica ni científica no es más que engañar a la población por medio de interés políticos que se alejan de un correcto ejercicio del poder público. Entonces, para el doctrinario el engaño constituye un elemento principal por el cual se cimientan los fundamentos que sostienen toda la base teórica de una norma simbólica penal, siendo esto un mecanismo de burla a la ciudadanía con la cual se pretende recuperar la reputación política de los agentes gubernamentales de turno.

Por ende, lo mencionado en el párrafo anterior constituye en el fundamento que mayor negatividad presenta el Derecho Penal simbólico, en virtud de que conlleva una injerencia directa en la credibilidad del sistema de justicia del Estado ecuatoriano. Entonces, se sobreentiende que la falaz apariencia y poca efectividad de la norma simbólica produce inevitablemente una decepción e los ciudadanos, que a futuro comprenden que la modificación o creación de nuevos tipos penales no ha cambiado la realidad material sobre la cual se desenvuelven los hechos criminales, siendo claro que a futuro, los agentes gubernamentales de turno procederán a perder credibilidad dentro del marco de su actuación como autoridades encargadas de ejercer el poder político del Estado.

No es menos cierto que el Derecho Penal simbólico encuentra un fundamento en el oportunismo que presentan diversos grupos sociales que materializan lo que a futuro se conoce como el ‘populismo penal’, produciendo una mala utilización de la política en el ejercicio del poder público como elemento del Estado, desnaturalizando los principios democráticos sobre los cuales se levanta el Estado Constitucional de Derechos y Justicia; transgrediendo el principio de representación que engloba a la república como una forma de gobierno opuesta a un gobierno monárquico que basa sus decisiones en el interés propio y no en el de la población.

En este orden de ideas, resulta impropio que el Derecho Penal sea entendido como de mínima intervención o de ultima ratio, debido a que la rama jurídica en mención está manipulada por los caprichos e intereses de una clase política corrupta que ejerce el poder público y legisla sin ningún conocimiento previo que permita adecuar las normas a una sociedad que adolece de criminalidad, configurando conductas políticas corruptas que sin

duda pueden observarse como un fundamento propio del Derecho Penal simbólico latente en la sociedad; prevaleciendo el oportunismo y el prestigio político por encima de los valores democráticos y republicanos sobre los cuales se levanta la idea de representación política, y por consiguiente, el marco jurídico constitucional del país.

Por consiguiente, de lo manifestado en el presente subtema, es imposible encontrar un fundamento que otorgue legitimidad al Derecho Penal simbólico como postulado dogmático idóneo para solventar los índices de criminalidad; inclusive se puede expresar que el mentado postulado doctrinal en análisis se incrusta, no solo en una falta de técnica legislativa penal, sino también, en el denominado populismo penal, por el cual el legislador sin seriedad y estudio, decide promulgar normas que no tienen finalidad práctica sino únicamente tienen el objetivo de calmar la alarma social de una población asustada que exige, sin conocimiento, medidas extremas y rápidas frente a la creciente delincuencia del país.

Finalmente, como prescribe Salazar (2021), es menester comprender, que el Derecho Penal, no es la única política del Estado por la cual se debe luchar contra la delincuencia; existiendo diversas políticas públicas que van de la mano con el Derecho Penal a fin de reducir la violencia criminal presente en el país.

CAPÍTULO II: ELIMINACIÓN DEL DERECHO PENAL SIMBÓLICO EN EL ECUADOR.

1. Criminología mediática y Derecho Penal Simbólico.

La doctrina expresa que, “la criminología mediática crea la realidad de un mundo de personas decentes frente a una masa de criminales identificada a través de estereotipos, que configuran un ellos separados del resto de la sociedad” (Zaffaroni, 2011, p.369). Entonces, los sujetos referidos son identificados por los medios de comunicación como individuos que constantemente se oponen a la paz social y a la seguridad nacional en virtud de que tienen al delito enraizado en su personalidad. Por ende, bajo los preceptos de la criminología mediática, se incita a las masas para exigir al estado el aislamiento permanente de dichos individuos dentro de prisiones y calabozos.

Es común observar que, cuando se aprehende a un sujeto en la comisión de delito flagrante, los medios de comunicación proceden a emitir noticias sensacionalistas que tienden a contaminar los hechos sobre los cuales está inmersa la infracción. Es así como, se empiezan a ejercer presiones sociales sobre los procesos penales y la investigación fiscal, mientras a diario, los noticieros le dan seguimiento a la noticia con el fin de buscar mayores adeptos sociales, lucrar y generar en base a conmoción social, popularidad dentro de su medio de prensa. Análogamente a dicha situación, se transgrede el principio de presunción de inocencia establecido en la Constitución, en virtud de que los noticieros y demás medios informativos, presentan acusaciones y sentencias sociales hacia los acusados, sin necesidad de que haya concluido un proceso penal.

No obstante, según Paladines (2008) la criminología mediática no proviene únicamente de los medios de comunicación, sino también se presenta por medio de las esferas gubernamentales de turno. Esto se debe a que, para que las propuestas del populismo penal tengan legitimidad, los gobiernos presentan propagandas tendientes a generar clamor social en base a una falsa ilusión de medidas “efectivas” que lo único que producen es afecciones a los derechos y garantías del debido proceso de las personas.

Por lo general, un ejemplo claro de criminología mediática, surge en los casos en los cuales la policía del Estado aprehende a un sujeto, para luego indicar en los medios

de comunicación noticias como: ‘‘se coloca en la cosa pública la vida e imagen de todos los ciudadanos aprehendidos, de aquellas personas que mientras no obtengan una sentencia judicial condenatoria ejecutoriada deberán gozar del principio de presunción de inocencia’’ (Paladines, 2008, p.3).

La criminología mediática se caracteriza por exponer como triunfo o una especie de trofeo a las personas que han sido aprehendidas, pues suele inclusive, efectuarse ruedas de prensa en las que los gendarmes dan criterios antes de que se verifique una calificación de flagrancia, o se inicie formalmente un proceso penal con una formulación de cargos. Este tipo de situaciones produce que las personas que habitan en la sociedad, empiezan a promulgar discursos de odio que ejercen presión a la configuración de un proceso penal justo, pues para la ciudadanía, existe ya un efecto simbólico de que los sujetos acusados son culpables.

Entonces, ¿qué sucede si el juzgador determina que no existen elementos suficientes para condenar al acusado y determinarlo como responsable de un hecho punible? En ese supuesto, la sociedad clama odio a la Función Judicial, tildando de incompetentes a jueces y fiscales, sin tomar en consideración las actuaciones judiciales que se han efectuado dentro de la causa penal. Por ende, la sociedad olvida que existe un sistema estructurado de normas que reglan el debido proceso, y se deja llevar por los efectos simbólicos que producen las técnicas de la criminología mediática.

La criminología mediática, tiende a simbolizar en la sociedad que la justicia únicamente sirve para encubrir la delincuencia, olvidándose de enviar un mensaje social de que la Función Judicial se rige por medio de preceptos que salvaguardan los derechos de quienes concurren a la relación jurídico procesal penal.

Foucault (2002) expresa que, la ciudadanía empieza, de a poco, a otorgare más poder al Estado frente a sus atribuciones coercitivas para conseguir una mayor seguridad ciudadana, comenzando a implementar dispositivos de vigilancia que cada vez más se inmiscuyen en la vida privada de las personas, perdiendo de a poco su libertad bajo una falsa idea de técnica criminológica que ostenta fundamento en el sensacionalismo mediático.

Por consiguiente, el efectuar ruedas de prensa para determinar sentencias sociales, sin que exista previamente un proceso penal, constituye una transgresión directa a los

derechos y garantías que engloban un debido proceso penal justo y objetivo. “El avergonzamiento público promovido por la policía ante los medios de comunicación es una forma de maltrato psicológico – la incriminación aparece en las crónicas de los medios de comunicación.” (Paladines, 2008, p.10).

Es clásico en la criminología mediática, el crear monstruos que aterren a la sociedad, con el fin de que el miedo que causa la noticia sensacionalista, permita legitimar medios estatales coercitivos desproporcionados que no atacan el origen de la delincuencia sino únicamente la castigan. En Ecuador, algunos de los ejemplos son Juan Fernando Hermosa Suárez que tildado como “el niño del terror” por la criminología mediática; o Pedro Alonso López, que fue creado en el monstruo de los andes.

Lo simbólico de la criminología mediática radica en que, para la constitución de las figuras que influyan terror social, suelen utilizar características físicas o étnicas del justiciable, con el objeto de infundir un mensaje de terror en base a estereotipos publicitarios. Ejemplos ecuatorianos como el pepudo Alejo, el niño del terror, etc. “No se juzga sobre una base proporcional al momento de publicar las imágenes de las personas aprehendidas, a quienes incluso, se les coloca apelativos injuriosos o insultante.” (Paladines, 2008., p.15), categorización que es aceptada y reproducida por la sociedad.

El derecho a la información ha encontrado en la prensa su principal representante. Los medios de comunicación nacional alarman sobre lo vulnerable en la protección de derechos como la vida o la propiedad; de ahí que la sociedad se debate con una incesante criminalidad que provoca su propia sensación de inseguridad ciudadana. (Paladines, 2008, p.17),

Por ende, las sensaciones de inseguridad social, constituyen estereotipos de determinados criminales, siendo habitual el observar noticias en las cuales se difunde que determinadas bandas criminales por lo general siempre son estructuradas por personas extranjeras o de raza negra. De esta forma, la criminología mediática simboliza a la delincuencia de una forma específica, encerrándola por medio de estigmas sociales a fin de que la sociedad legitime medidas que atentan contra los derechos de las personas más que por la delincuencia.

Entonces, el mejor negocio para la criminología mediática, consiste en privar de la libertad al mayor número de delincuentes posibles, sin tomar en consideración los

elementos técnicos que deben estudiarse para ponerle fin a la delincuencia. Únicamente se busca sancionar en base a estigmas y presunciones, y dejar de lado criterios objetivos que permitan generar seguridad ciudadana.

La cartera de justicia ha emprendido el crecimiento del sector penitenciario al mejor estilo de los Estados Unidos, mediante la construcción de tres grandes centros regionales de detención con un costo de 370 millones de dólares: Guayaquil (Guayas), Latacunga (Cotopaxi) y Turi (Azuay) con lo que se busca aumentar los cupos para que existan más personas reclusas. (Paladines, 2015, p.21).

De igual forma, en la criminología mediática, las víctimas constituyen un rol trascendente para sus postulados, en virtud de que éstas son explotadas por parte de todos los medios de prensa con el fin de generar sentimientos sensibles y sentimentales hacia la sociedad. Por ende, los medios de comunicación son los primeros en revictimizar a las víctimas y sus familiares, estando todo el día con informes que hostigan y perturban a quienes quieren encontrar paz después del daño causado por el hecho criminal. Por tanto, las víctimas son solo un instrumento para ganar adeptos sociales y legitimar normas inconstitucionales por medio de la revictimización.

La relación de la criminología mediática con el Derecho Penal Simbólico, se puede observar de un análisis efectuado al Código Orgánico Integral Penal (2021), en razón de que, el referido cuerpo normativo permite imponer penas privativas de libertad de hasta 40 años, además de presentar tipos penales ineficaces dentro de su catálogo de delitos, como es el caso del secuestro simulado.

La doctrina precisa lo siguiente:

La prensa publica durante tres meses seguidos la existencia alarmante de sicariato en el Ecuador, entrevista familiares de las víctimas y presenta estadísticas de esta modalidad de asesinato. Sin importar que matar por precio o recompensa ya es una forma de cometer asesinato, los legisladores responden a la prensa, no con Derecho, sino con populismo, y crean el nuevo tipo penal: el delito de sicariato. (Rodríguez, 2013, p.64)

Lo descrito en la cita precedente es coherente, pues el legislador populista intenta establecer soluciones rápidas que calmen las presiones sociales que ponen en duda su representatividad, entonces, los medios de comunicación son el mejor aliado del gobierno, quienes aplauden y transmiten mensajes de alegría cuando se imponen normas alejadas de los dogmas jurídico penales, sino que únicamente irradian firmeza y dureza por su exterior, pero carecen de eficacia en el fondo y su aplicación material. De esta forma, el Derecho Penal simbólico y la criminología mediática concluyen para estructurar un ordenamiento jurídico ineficaz, que busca sancionar y reprimir, pero no curar la delincuencia de una sociedad que exige, sin conocimiento legal, soluciones que se acercan más a un sistema inquisitivo que a un oral público y contradictorio.

Para Zaffaroni (2004), el legislador que elabora políticas populistas, tiende a encontrar conflicto con la criminología mediática en el momento de que las normas ineficaces propuestas por él no surten los efectos deseados. Es en este caso, que los medios de comunicación irán en contra de los agentes gubernamentales de turno a fin de exigir destituciones y derrotas dentro de un proceso electoral.

Según Roxin (2006), la criminología mediática se aleja del deber de salvaguardar bienes jurídicos, empezando por recordar que dicha protección es subsidiaria. Esto se debe a que, el Derecho Penal, además de cooperar con todos los instrumentos que conforman el ordenamiento legal, surge, cuando dichos mecanismos fallan, como medida protectora de última ratio a fin de mejorar la realidad social. Empero, para la criminología mediática se invierte la premisa planteada, siendo el Derecho Penal la rama que se usa en primer lugar para proteger bienes jurídicos, olvidando los demás instrumentos jurídicos que forman parte del marco legal.

Por tanto, la criminología mediática va de la mano del Derecho Penal simbólico, en virtud de que por medio de noticias sensacionalistas o promociones gubernamentales populistas, presenta a la sociedad símbolos con los cuales se debe dar un rostro a la delincuencia, traduciendo el clamor social en normas ineficaces que se alejan de la técnica jurídico legislativa penal, olvidando que el Derecho Penal se caracteriza por ser de mínima intervención dentro del marco jurídico de un sistema legal garantista como el ecuatoriano.

2. El Derecho Penal simbólico en relación a la finalidad de la pena.

Ahora bien, es menester establecer si el Derecho Penal Simbólico se encuentra o no apegado a las finalidades de la pena privativa de libertad, por lo que se deben analizar las funciones de la misma en base a los tres grupos que la conforman: postulados relativos, absolutos y mixtos.

Reyes (2016) sostiene que los postulados absolutos de la pena establecen que el fin de la misma encuentra su sustento en la pena como tal, siendo su función principal, la retribución del dolor ejercido sobre la víctima del injusto penal.

Por su parte, el autor expresa que las teorías relativas son aquellas que consideran a la pena como un mecanismo para conseguir fines distintos, tales como la rehabilitación, resocialización y prevención del hecho punible.

Finalmente, la teoría mixta es aquella que combina los dos postulados precedentes, persiguiendo un fin tanto retributivo como utilitario dentro del marco del Derecho Penal.

2.1. Teoría de la retribución.

La teoría de la retribución es aquella en la cual toda acción tiene un efecto específico, por lo que, el sujeto que haya producido un delito tiene que ser reprochado o retribuido por el mal producido. Por ende, Ferrajoli (2001) expresa que la teoría retributiva consiste en que la pena no busca una finalidad social, sino tiene como finalidad el sancionar al individuo que ha generado afectación en una víctima, como una especie de método por el cual se equilibran las condiciones sociales que han sido trastocadas por la ejecución del injusto.

El autor constitucional, prescribe que los inicios de la teoría retributiva de la pena se pueden encontrar en la denominada “ley del talión” con su precepto “ojo por ojo, diente por diente”, reemplazándose la palabra ojo por prisión. Por consiguiente, la pena constituye un desarrollo sofisticado de la venganza, solo que ésta, ahora la ejerce el Estado por medio de un juzgador objetivo imparcial que deberá “vengar” a la víctima frente al autor del delito causado.

Reyes Echandía (2016) comenta que, el observar a la pena privativa de libertad como una especie de venganza ejercida por el Estado, desnaturaliza los fines de un Estado Constitucional garantista, afirmando el autor que no puede retribuirse el mal con otro mal, siendo una idea que trastoca los preceptos humanos de una sociedad.

Roxin (2006) asevera que, en el ordenamiento jurídico contemporáneo, la teoría retributiva de la pena no puede ser concebida como válida, debido a que la finalidad del Derecho Penal moderno consiste en limitar el ius puniendi del Estado a través de derechos y garantías. Empero, cuando existan otros mecanismos para salvaguardar dichos bienes, surge el Derecho Penal como rama legal subsidiaria para garantizar la observancia de los valores sociales, por lo que mirar a la pena como una especie de venganza, le quita legitimación al Derecho punitivo, y destruye los preceptos sobre los cuales se levanta este en la modernidad.

La teoría retributiva de la pena, ostenta relación con el Derecho Penal simbólico, ya que ambos postulados tienen como objeto el perseguir, sancionar y reprimir, sin observar la eficacia de sus normas dentro de la realidad social, pues en diversas ocasiones, los postulados retributivos de la pena van de la mano con las normas simbólicas penales, haciéndole mirar a la sociedad que los individuos “malos” del mundo, deben ser neutralizados con sanciones más “malas”, siendo la pena uno de los mecanismos de mayor nocividad para combatir la delincuencia criminal.

2.2. Teoría prevención general.

Según Rodríguez (2013) la teoría de la prevención general tiene como fin el que la pena produzca efectos sobre la comunidad ciudadana, influyendo en la psiquis de los individuos con el objeto de que decidan no cometer delitos. Por ende, la pena no actúa sobre el individuo sentenciado, sino sobre la comunidad social.

A su vez, la prevención general es de naturaleza positiva o negativa. La primera hace referencia a una función positiva educadora, en la cual, la ciudadanía debe comprender que las conductas catalogadas como delitos son sancionados con una pena, por lo que, deben abstenerse de efectuar los mismos como ciudadanos de bien. Roxin (2006), expresa que la función positiva de la prevención general radica en un efecto de confianza entre los ciudadanos y las normas que protegen bienes jurídicos, produciendo

paz social por medio de una concientización legal penal general en los ciudadanos, que se tranquilizan al conocer que existe una sanción frente a un actuar determinado.

Empero, la prevención general negativa, es aquella que utiliza a la pena privativa de libertad como una condición amenazante frente al conglomerado social. Es decir, el objetivo de dicho postulado radica en infundir miedo en la psiquis del individuo, haciéndole creer mediante una especie de coacción psicológica, que la pena será severa y terrible para quienes decidan inobservar las normas penales vigentes.

Según Rodríguez (2013), existen detractores de este postulado que afirman que el efecto disuasivo, ya sea positivo o negativo, no tiene eficacia puesto que los Estados que han decidido aprobar penas severas o incluso pena de muerte, no han reducido sus índices de delincuencia, sino que únicamente han utilizado la prevención general negativa como norma simbólica ineficaz a fin de producir un falso clima tranquilizador en la sociedad.

Sin embargo, la teoría de la prevención general no es del todo incorrecta, pues es notorio que la existencia de una norma vigente permite a un sujeto, en base a su capacidad de culpabilidad, el comprender los postulados normativos y adecuar su conducta conforme a la norma, por lo que existe un efecto disuasivo en la sociedad, no obstante dicho efecto tampoco es absoluto, ya que existen ciertos justiciables que no cuentan el número de años de prisión antes de cometer un delito, y que a pesar de ostentar capacidad de culpabilidad, no deciden adecuar su conducta a la norma penal, procediendo a perpetuar hechos punibles en la realidad social

Sin duda, el creer que penas más severas van a influir en la psiquis de todos los ciudadanos del Estado, constituye un error dentro de las políticas de prevención criminal. El implementar penas excesivamente estrictas únicamente constituyen símbolos de un Derecho ineficaz que no ha entendido el trasfondo de los postulados de prevención general de la pena establecidos en la norma.

2.3. Teoría de la prevención especial

Para Roxin (2006), la teoría de la prevención especial, prescribe que la pena no debe buscar producir efectos en la ciudadanía en general sino al justiciable mismo. Su principal teórico fue Franz Von Liszt, quien, según Roxin, afirmaba que la pena tiene tres formas posibles de aplicación:

1. Encerrar criminales para salvaguardar la seguridad ciudadana.
2. Intimidar a los justiciables mediante la pena, a fin de que no cometan futuros injustos penales.
3. Evitar la reincidencia en la comisión de delitos a través de la corrección de los justiciables.

Roxin (2006) expresa que Von Liszt, configura la prevención especial negativa en base a la coacción del sujeto al influir en el mismo temor por medio de la sanción. Mientras que la prevención especial positiva, es aquella que busca la rehabilitación y reinserción del sentenciado en la sociedad, a través de un asilamiento temporal, dentro del cual el Estado debe educar al justiciable para que, una vez que cumpla su pena, pueda llevar una vida alejada del delito dentro de la sociedad. A su vez, se produce un efecto tranquilizador en la sociedad, ya que, mientras el individuo se rehabilita en la cárcel, se garantiza a la ciudadanía que el mismo no volverá a cometer delitos.

Roxin (2006) plantea que la prevención especial positiva, encuentra coherencia al contestar la pregunta de ¿qué hacer una vez que se priva de la libertad al delincuente? En este caso el autor expresa que la rehabilitación y resocialización es el camino más idóneo, no solo para aportar tranquilidad a la sociedad, sino también para devolverle una vida futura quien ha cometido una infracción penal. Entonces, el delincuente debe tener la posibilidad, no solo de rehabilitarse del delito cometido, sino también de poder ser reintegrado en la sociedad.

El postulado de prevención especial positiva, es aquél que se encuentra previsto tanto en la Constitución ecuatoriana como en el Código Orgánico Integral Penal, siendo una finalidad de la pena en Ecuador, el rehabilitar integralmente a los sentenciados y otorgarles un futuro social una vez que hayan cumplido con su sanción.

No obstante, la actualidad penitenciaria del Ecuador presenta otra realidad ajena a sus postulados normativos, el hacinamiento y la pelea de bandas del crimen organizado impiden que se cumplan con las finalidades utópicas de la prevención especial positiva.

Por su parte, Rodríguez (2013), comenta que existen ciertos casos en los cuales la pena no puede rehabilitar, haciendo mención a los supuestos en los que los individuos son reincidentes o se encuentran cumpliendo sanciones excesivamente largas. No obstante, en aquel infractor esporádico, la pena puede llegar a cumplir con el fin

reintegrador y rehabilitador, sin embargo, con la forma en como se encuentran las cárceles del país, es más probable que un ciudadano, que al equivocarse cometiendo un delito culposo, termine siendo delincuente que ser rehabilitado, en virtud de que los mal llamados “Centros de Rehabilitación Social” constituyen escuelas del crimen y de tortura para quienes llegan a cumplir sus penas.

Por consiguiente, resulta coherente lo que expresa la doctrina, al afirmar que “la cárcel es un submundo, con una subcultura, donde abunda mucha más criminalidad que en el exterior. Por supuesto que esto está mal y que no debería ser así, pero así es” (Rodríguez, 2013, p.49). La realidad criminal es compleja, la violencia enraizada en las personas que van a prisión, terminan siendo abandonados por el Estado dentro de los centros penitenciarios, quedando a la merced de la delincuencia y la perdición.

Roxin (2006) comenta que, la prevención especial positiva, encuentra críticas al no establecer la forma en como deba proporcionarse la pena privativa de la libertad para que se cumplan los preceptos de rehabilitación y reintegración social. Lo que permite colegir que, deberá privarse de la libertad al delincuente, durante el tiempo que le tome encontrar una rehabilitación, no obstante, no se sabe cómo operar en caso de aquellos infractores que han sido rehabilitados, pero que se encuentran en búsqueda de una reinserción social; tampoco explica la prevención especial, cómo operar en caso de que se presenten sujetos reincidentes que están siendo sentenciados nuevamente por la comisión de un mismo delito.

Dentro de los puntos débiles más cuestionados a la prevención especial están que no proporciona una escala para la pena, en consecuencia, solo se debería retener al condenado el tiempo necesario hasta que sea rehabilitado, lo que podría conducir al establecimiento de penas indeterminadas; sumado al hecho de que no se sabe qué hacer con los autores que no están necesitados de resocialización; o, qué hacer con las personas reincidentes. Dificultades que se interponen en la práctica de los planes de resocialización criminal.

Sancionar a un sujeto que ha simulado un secuestro, no tiene sustento científico ni social que legitime una rehabilitación hacia el mismo. Pues se trata de personas que no llevan enraizado el delito en su interior, por lo que, en estos casos, la teoría de la

prevención especial positiva ostentaría un carácter simbólico frente a la vigencia de la norma penal y la pena privativa de libertad.

2.4. Vigencia de la norma.

Ante todos los postulados de la pena expuestos con anterioridad, Ruiz (2011) afirma que en la actualidad se debate si la pena privativa de libertad sirve para dotarle de vigencia a la norma jurídica penal. Entonces surge una nueva teoría de la pena que tiene dentro sus principales expositores tanto a Jakobs como Welzel, quienes precisan que la finalidad de la pena radica en buscar que la colectividad ciudadana presente fidelidad hacia el ordenamiento jurídico, afirmando que imponer una sanción penal no es más que una auto constatación de que la norma se encuentra vigente.

Ruiz (2011) señala que el afirmar que la pena le otorga vigencia a la norma, se sustenta en el mero hecho de leer cualquier tipo penal, y observar que al final de todos los delitos se incrusta la frase “será sancionado con pena privativa de libertad”. Entonces, la pena es parte de la norma, si ésta no estaría en ella, por ende, la norma no adquiriría vigencia ni tampoco existiría.

Analizando los postulados de Jakobs, la doctrina indica que: “la pena encuentra su fundamento en su necesidad de garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales frente a aquellas conductas que expresan una máxima de comportamiento incompatible con la norma”. (Peñaranda, 2007, p.258).

Además, Peñaranda (2007) sostiene que, la fidelidad social hacia el Derecho no constituye un equivalente a los postulados de prevención general positiva, sino que engloban que la significancia de la pena tiene independencia con un efecto psicológico comunitario o individual, es decir, la pena significa auto confirmación social de que la norma está vigente y es legítima.

Rodríguez (2013) precisa que, la pena ya no se caracteriza solo por catalogar una norma como infracción penal, sino que sirve para auto confirmar la validez jurídica de dicha disposición penal. El autor presenta un ejemplo claro acerca del postulado referido: un sujeto A sabe que es incorrecto matar, sin embargo, el individuo A observa que su vecino asesinó a su esposa, empero, dicho crimen no es juzgado por no ser considerado hecho punible bajo norma vigente. Entonces, el vecino no fue sancionado conforme las

reglas de la ley penal, sino que sigue desarrollando su vida normalmente, por lo que A puede colegir que, la prohibición de asesinar no se encuentra vigente, siendo notorio que se puede matar cuando se desee, ya que no existe norma alguna que impida tal conducta.

Por tanto, el aplicar una pena privativa de libertad dentro del tipo penal, otorga vigencia y legitimidad a la norma jurídica, además de otorgar armonía al sistema normativo penal. El Derecho Penal limita el ejercicio del *ius puniendi*, al sancionar conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos de la más alta significancia social, sancionado con una pena a quienes cometan dichas transgresiones. Empero si no existe sanción para quien lesione un bien jurídico, no se podría afirmar que la norma que determina una conducta como delito se encuentre vigente, ni mucho menos se podría considerar como válida.

Es decir, si la norma penal no ostentaría un precepto sancionador, la ley penal, por más que esté promulgada, no tendría eficacia material en el mundo, quedando esta en una especie de limbo jurídico dentro de la relación epistemológica entre la teoría y la práctica, por lo que, el sistema penal adolecería de falta de funcionalidad frente a la sociedad organizada. Entonces, aquí se puede evidenciar el Derecho Penal simbólico, pues este último, al no proteger bien jurídico alguno, determina penalidad a conductas que no deben estar sancionadas por parte la ley penal, constituyendo disposiciones con sanciones arbitrarias, que ponen en tela de duda la vigencia de la norma penal.

3. Inaplicación material del Derecho Penal simbólico y los bienes jurídicos.

Roxin (2006) comenta que, el bien jurídico tiene como finalidad el limitar la facultad de expansión y castigo del Estado. Por ende, el bien jurídico ostenta una estructura limitante y liberal como postulado apto para establecer el fin de protección penal.

Por su parte, Ferrajoli (2001) precisa que, no se puede establecer una definición unánime acerca de la figura del bien jurídico, empero, si se puede alegar que dicha institución legal sirve para determinar o medir la lesión o amenaza producida por una conducta típica, así como la pena que debe imponerse a quien realice el delito en cuestión. Los criterios referidos se encuentran fundamentados en los preceptos de lesividad,

materialidad y responsabilidad, los cuales constituyen tres presupuestos imprescindibles para un hecho punible: conducta, resultado y responsabilidad penal.

Asimismo, Ferrajoli (2001) comenta que, a pesar de la existencia de varias nociones conceptuales de bien jurídico, lo establecido por Roxin constituye una de las acepciones epistemológicas más claras: “los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema global estructurado” (Ferrajoli citando a Roxin, 2001, p.56). Por consiguiente, las sanciones penales arbitrarias, no pueden salvaguardar bienes jurídicos, por lo que se constituyen como inadmisibles. A manera de ejemplo se plantea, que no se le puede obligar a un miembro de la sociedad a que rinda culto y reverencia a cualquier símbolo, debido a que ello no aporta a la capacidad funcional del sujeto, ni a su libertad dentro del sistema ciudadano.

A lo largo de los años, se ha intentado separar la moral del Derecho Penal, con el objeto de que la punición que se determina por medio de la norma, no sea consecuencia de un Derecho Penal simbólico. Se debe recordar que, el ejemplo más claro de Derecho Penal simbólico, se presentó en el año de 1997, periodo en el cual el ordenamiento jurídico ecuatoriano consideraba que la homosexualidad era un injusto penal, bajo el criterio de que el actuar de forma homosexual lesiona el bien jurídico de la moral social, debido a que la conducta referida, supuestamente limitaba un correcto desarrollo social de las personas que conforman el Estado. Empero, en la actualidad es totalmente irrelevante debatir la norma pasada que contenía estigmas de naturaleza discriminatoria.

Para Ferrajoli (2001), el sancionar las relaciones de naturaleza homosexual o cualquier otro vínculo afectivo que pueda considerarse como inmoral, es contrario a la idea de protección de bienes jurídicos, debido a que se restringe el derecho de libertad de los seres humanos, originando consecuencias lesivas para la capacidad funcional de un sistema ciudadano, por la constitución de conflictos sociales innecesarios al establecer prejuicios discriminatorios y estigmas a los individuos que conforman la población. Según el autor referido, las normas penales que configuran o promulgan desigualdad entre las personas, no salvaguardan ningún bien jurídico.

Tampoco se puede argumentar que el concepto de bien jurídico tiene una naturaleza permanente, si bien existen bienes jurídicos como la vida, integridad personal

y propiedad que son habituales e importantes a lo largo del tiempo, no es menos cierto que en virtud del avance social y científico, la definición de bien jurídico se reconstruye a lo largo de los años conjuntamente con su concepción. Por ende, no se puede afirmar que la teoría del bien jurídico es estática, sino que es dinámica dentro de un ordenamiento constitucional que está abierto al cambio social y al progreso científico en base a la norma.

Ferrajoli (2001) también afirma que no es posible determinar un concepto completo de bien jurídico, lo que produce que sus postulados no puedan afirmar que una proposición penal es justa cuando se salvaguarda un derecho específico. No obstante, la norma penal si puede ofrecer criterios negativos de ilegitimidad jurídica, para determinar que una prohibición penal específica no ostenta justificación. No obstante, lo correcto consiste en afirmar que reconocer la función del bien jurídico, consiste en la orientación del sistema penal, ya que delimita las fronteras de la *ius puniendi* por parte del Estado. Entonces, la única restricción que debe tomar en cuenta el legislador al tipificar una conducta penal, radica en analizar si el actuar que desea prohibir lesiona o pone en peligro a un bien jurídico, por ende, el concepto de este último se convierte en vinculante dentro de un Estado Constitucional de Derechos.

Los argumentos expuestos en líneas precedentes, demuestran cómo la teoría del bien jurídico se ve afectada por la creación de delitos con tintes simbólicos que no protegen ningún bien jurídico, sino que solo exteriorizan en demasía el poder punitivo del Estado

La doctrina establece que:

Se trata de preceptos penales que no despliegan en primera línea efectos protectores concretos, sino que, confesándose partidarios de determinados valores o condenando conductas consideradas reprobables, pretenden servir para la autoafirmación de grupos políticos e ideológicos. A menudo también sucede que sólo se persiguen apaciguar al lector. (Roxin, 2006, p.55-56).

La influencia referida ha transgredido los cimientos de la legislación ecuatoriana, siendo un ejemplo notorio el delito de simulación de secuestro, en el cual, la norma sanciona con pena privativa de libertad de seis meses a dos años al sujeto que simule encontrarse en una situación de secuestro.

Lo incoherente en la figura penal descrita, radica en que tanto sujeto activo como sujeto pasivo de la infracción, constituyen una misma persona. A su vez, el bien jurídico que se protege con el delito en mención, supuestamente constituye el derecho a la libertad personal, o en último caso, el derecho a transitar libremente.

Si bien el Estado debe ser garante del derecho a la libertad de los individuos, no es posible concebir que el simular un secuestro transgreda el derecho referido, debido a que es el propio sujeto que consiente la conducta y la realiza, por lo que, no se configura lesividad alguna sobre el bien jurídico de libertad, ni mucho menos dicha conducta, puede ser susceptible una sanción penal.

Arango (2018) comenta que el fundamento de la existencia del tipo penal en mención dentro de la legislación ecuatoriana, radica en la presión policial efectuada a los legisladores con el fin de que se sancione a los individuos que, por medio de falsos secuestros, accionen el andamiaje estatal en base a una conducta simulada. Esta situación produjo que se promulgue en el Derecho ecuatoriano una norma simbólica sin eficacia material.

Empero, si la finalidad de promulgar dicha norma fue la de evitar que se origine una mala utilización al sistema de investigación criminal y fuerzas armadas, no debió jamás establecerse el delito en mención dentro de las infracciones que transgredan el bien jurídico de la libertad personal, siendo esta una prueba más de la pésima técnica legislativa dentro de la política ecuatoriana.

Según Ferrajoli (2001) el bien jurídico nace de los derechos constitucionales inherentes a todas las personas, sin embargo, los bienes referidos no se limitan a derechos clásicos, sino a todo el entramado de prerrogativas sociales y colectivas. A su vez, los bienes jurídicos pueden llegar a no ser derechos, como es el caso de la administración pública libre de corrupción. En este supuesto, el legislador pudo haber buscado un mejor bien jurídico para encasillar el delito de secuestro simulado, a fin de acoplar el tipo penal a las demandas sociales de la policía, no obstante, no se lo hizo.

El autor determina que, para establecer si un bien jurídico debe ser protegido penalmente, es necesario analizar si dicho bien puede encontrar protección dentro de otras ramas del Derecho, siendo la norma penal la última opción a tomar en cuenta como medio jurídico de protección de bienes legales.

Según Lascurain (2007), la relación existente entre el bien jurídico, la pena y su duración, es de manera directa. Mientras más vinculación exista entre un derecho fundamental y el bien jurídico, mayor será el nivel de sanción por parte de la norma penal. Entonces, surge la dosimetría penal, a la cual Salazar (2021) ejemplifica como a mayor desvalor de acto, mayor desvalor de resultado. Esta es la razón por la cual, la norma penal establece sanciones más altas para delitos más gravosos frente a otros injustos con penalidades más bajas en virtud de que los resultados de su comisión no generan tanta lesión como los primeros

Por tanto, el bien jurídico es determinante al momento de establecer la penalidad de una conducta, siendo menester afirmar que, a pesar de que el concepto de bien legal no se encuentre debidamente establecido, no es menos cierto que constituye un limitante importante al momento de evaluar la eficacia del tipo penal y su grado de penalidad. Por ende, todo delito que no tienda a salvaguardar un bien jurídico, no tiene fundamento de existencia en el mundo legal, constituyéndose una norma simbólica que no puede producir efectos jurídicos en la materialidad.

CAPÍTULO III: EL SECUESTRO SIMULADO Y EL DERECHO PENAL SIMBÓLICO.

1. El secuestro simulado.

1.1. Antecedentes del secuestro y la creación del secuestro simulado.

Clutterbuck (1979) establece que el secuestro consiste en una conducta que se ha practicado desde los inicios de la humanidad, en razón de que dicha conducta se ha producido desde que el ser humano comenzó con las primeras prácticas de caza, existiendo referencias sobre el secuestro dentro de dibujos en paredes, e inclusive ha sido mencionado en el cuerpo bíblico y el Corán. Entonces, esta primera idea permite deducir que el secuestro tiene una connotación histórica marcada que va desde los inicios del desarrollo del ser humano.

El autor menciona que, el secuestro en la antigüedad tenía varias finalidades, sin embargo, el objetivo principal del mismo radicaba en la obtención de mujeres o la consecución del liderazgo de una población, obtención de dinero, adquisición de un premio de guerra y castigar a un enemigo. De la idea expuesta se observa que el secuestro siempre fue utilizado como un mecanismo para mejorar el estatus social de una persona dentro de las sociedades primitivas, sin embargo, es interesante denostar que la privación de la libertad de una persona, ya que se utilizaba como sanción para quien se consideraba como enemigo de la sociedad.

Con posterioridad, el espectro de finalidad del secuestro se fue poco a poco limitando a constituir una especie de botín de guerra, en virtud de que se decidió no asesinar a los soldados capturados en el conflicto bélico, sino era más idóneo secuestrarlos con el objetivo de solicitar a la población enemiga un pago monetario a cambio de un rescate de liberación (Callamand, 1989). Este desarrollo histórico fue marcando más la idea de que la privación de la libertad de los enemigos era uno de los mecanismos más idóneos para sancionar a quienes se consideraban enemigos sociales, inclusive podría expresarse que es en este punto en el que empiezan a surgir las primeras nociones de una prevención general de la pena.

Sin embargo, el primer secuestro que se encuentra específicamente documentado se produjo en Roma en el año 78 A.C, momento en el cual un sujeto denominado Caius Julius Cesar, que mientras viajaba a la isla de Rodhas, fue privado de su libertad por parte de piratas que emboscaron su barco, solicitando el pago de 20 talentos a cambio de su rescate. Lo curioso de esta historia es que César se molestó, no por el secuestro sino porque creía que su persona valía más que la ínfima cantidad de dinero que se pedía por él. Es así como, una vez que se pagó su rescate, César procedió a perseguir a sus captores, y los privó de la libertad recuperando todo el dinero que le habían robado (Consultores ex professo, 1998). El primer caso de secuestro documentado presenta la peculiaridad que se trató de una conducta de doble vía, en razón de que primero se consumó el secuestro de Cesar, y posteriormente fue este último quien decidió secuestrar a sus 350 captores.

Con la habitualidad de la conducta de secuestro en Roma, dicha sociedad decidió otorgarle una definición, identificándolo como plagio o “*crimen plagium*”, lo cual significaba calamidad (Leguizamo Ferrer, 1994). Según Callamand (1989) el plagio se penalizaba por medio de una normativa militar que englobaba tres presupuestos para comprender al secuestro. El primero hacía referencia a una apropiación de un ser humano libre, que había sido capturado como prisionero de guerra. La segunda consiste en la apropiación o apoderamiento de un esclavo por una tercera persona con el fin de cobrar deudas con el dueño del esclavo. Y por último, surge el secuestro denominado “*crimen vis*” el cual refería a la violencia física o moral con la cual se privaba de la libertad a un individuo con el objeto de evitar que ejecute determinada conducta.

Para Moreno (1968) una vez que se produjo la muerte de Cristo, se generó una evolución en el concepto de plagio o secuestro, entendiéndoselo como una especie de hurto de ciervos o hijos ajenos para disponer y enajenar a los mismos o aprovecharse de ellos para que ejecuten labores de servicio. Es en este punto de la historia que el secuestro empezó a confundirse con el delito de hurto, en virtud de que los esclavos y rehenes eran considerados como bienes muebles semovientes o cosas. Es por esta razón que, el secuestro siempre ha estado relacionado con los delitos de trata de personas que se perpetúan hasta el día de hoy con la finalidad de comercializar seres humanos en los mercados clandestinos criminales.

Según Díaz de León (1989), en Roma con el surgimiento de la época de los

prácticos, se siguió desarrollando el concepto de plagio o secuestro, para englobarlo en tres clases específicas. El primero, hace referencia al plagio político o militar el cual consistía en la aprehensión de un individuo con el objetivo de obligarlo a unirse al ejército civil. El segundo consiste en el plagio particular, el cual se consumaba cuando un sujeto con la implementación de violencia o engaño solicitaba un pago de dinero con el fin de devolver a un individuo capturado. Y por último, surge el plagio literario, el cual se aleja de la noción de secuestro de persona, sino que consistía en el apoderamiento de una idea u obra de una persona ajena. De las clases de plagio expuestas, se puede deducir que el segundo supuesto es un precedente sobre el tipo penal de secuestro reconocido en la legislación nacional e internacional.

Para el autor, en la edad media el secuestro fue utilizado por la realeza que había fracasado en el manejo de recursos económicos de su persona, por lo que procedían a secuestrar mujeres importantes a cambio de que se les cancele dinero por su rescate. En Italia se evidenciaron diversas clases de secuestros que se practicaban en los bosques del país con la finalidad de obtener ingresos económicos para devolverle la libertad a la víctima, constituyéndose el secuestro como una especie de negocio clandestino.

El problema radica en que, la habitualidad de secuestros en Italia llegó a ser tan alarmante que empezó a denominarse al referido país como la meca del delito de secuestro, lo cual generó que el Papa Sixto V, decidiera promulgar a inicios del año X una normativa especial denominada la Ley Pica, dentro de la cual el secuestro pasó a ser regulado por la esfera del Derecho Civil, bajo los elementos de rehén y rescate. En esta norma, surge la particularidad de que el secuestro empezó a diferenciarse de la figura del plagio, ya que el primero tenía como objeto la apropiación de seres humanos libres, mientras que el plagio consistía en la aprehensión de esclavos. Es en este punto de la historia en el que, a pesar de que el secuestro se regulaba por una normativa civil, no es menos cierto que las sanciones que englobaban dichas conductas eran de naturaleza penal, ya que se castigaba con la muerte a quienes cometían secuestro o plagio (Rubio, 2021).

Góngora (2005) ha sido claro al especificar que, el secuestro es una conducta que se ha producido prácticamente en todos los espacios del planeta, presentando diversas características y particularidades en la forma en cómo se producía, y en los mecanismos jurídicos utilizados para combatir dicha conducta humana desvalorizada. El autor

manifiesta que, en el siglo XVII, surge en la sociedad inglesa el término Kidnapping, el cual se utilizaba para hacer alusión a toda aprehensión o apoderamiento de infantes, debido a que en Inglaterra se originó una organización criminal tendiente a secuestrar niños para posteriormente comercializarlos en Estados Unidos. Es por estos antecedentes que, el Derecho Penal Inglés, empezó a regular y sancionar al secuestro al reconocerla como una conducta de naturaleza criminal.

Díaz de León (1989) comenta que el secuestro ha estado presente en todas las etapas de la historia, siendo considerado en todas las legislaciones occidentales como una conducta que se encuentra sancionada por el Derecho Penal. El autor manifiesta que, el secuestro es una actividad que no puede ser encajada a una cultura o población específica, debido a que consiste en un delito universal que se ha cometido desde tiempos inmemorables y en cada región del mundo. Según Pérez (2018) las diferencias en esta figura delictiva, radican en el tratamiento jurídico que cada país le otorga a este delito. En el caso ecuatoriano, el hecho punible de secuestro se encontraba regulado en las diferentes codificaciones penales de la historia, a tal punto de que el actual Código Orgánico Integral Penal presenta diversas modalidades del mismo, entre las cuales están el secuestro base, extorsivo y simulado.

Sin embargo, con la entrada en vigor del Código Orgánico Integral Penal en el año de 2014, se insertó un nuevo tipo penal, denominado secuestro simulado. El mismo surge con el antecedente de que, tanto la Policía Nacional y el personal técnico del sistema de investigación penal del Estado, habían recibido varios casos en los cuales una persona se encontraba secuestrada, cuando en realidad, no lo estaba. Estas circunstancias originaron que al Fuerza Pública ejerza presión sobre los Asambleístas de turno con el objetivo que tipifiquen el delito de secuestro en la norma punitiva, ya que, a su errado criterio, esta situación generaría que las personas dejen de utilizar secuestros falsos para obtener beneficios económicos.

La razón por la cual los Policías presionaron a la Función Legislativa no es del todo errada, en virtud de que, los falsos casos de secuestros generaban que innecesariamente todo el aparato punitivo del Estado de investigación se utilice innecesariamente ya que consistían en diligencias que estaban destinadas a investigar una situación criminal inexistente, circunstancia que producía una pérdida de recursos al

Estado frente a un problema social criminal invisible.

Bajo este análisis, podría decirse que, si se deseaba tipificar el delito de secuestro simulado, tal vez, se hubiera utilizado una modalidad diversa de infracción, en virtud de que el bien jurídico que se lesiona, es el correcto funcionamiento de las entidades públicas de investigación penal. No obstante, es aquí donde surgió una deficiente técnica legislativa por parte de los Asambleístas de turno, quienes, cometieron el yerro de constituir una figura de secuestro determinando que el bien jurídico protegido por este nuevo delito sería la libertad personal.

Esta situación produjo las siguientes interrogantes jurídicas: ¿cómo puede lesionarle la libertad de una persona que auto simula su secuestro? ¿cómo aplicar un tipo penal que no cumple con el requisito de antijuridicidad material como categoría conceptual del injusto? ¿dónde queda el requisito de eficacia de la norma jurídica al promulgar un tipo penal improbable de ser sancionado en la realidad materia?

Por tanto, aparece un esquema conceptual punitivo simbólico, que trastoca los postulados de una correcta promulgación de normas, siendo en el año 2016 que se suscita el primer caso de secuestro simulado en el Ecuador, dentro del cual existió una errada aplicación del hecho punible en análisis, tema que será analizado con posterioridad dentro del presente capítulo. A continuación, se procederá a examinar el delito de secuestro base frente al simulado con el objeto de vislumbrar como este último consiste en una norma simbólica que no tiene eficacia en el ordenamiento jurídico del Estado.

1.2. Análisis jurídico del secuestro simulado

El artículo 163 del Código Orgánico Integral Penal (2021), prescribe lo siguiente:

La persona que simule estar secuestrada, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

El delito de secuestro simulado presenta una redacción simple, la cual se diferencia del secuestro base en virtud de que este último si lesiona el bien jurídico protegido de libertad, y contiene a un sujeto activo que se diferencia de su sujeto pasivo. Resulta que, en el caso del secuestro simulado, tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo

engloban una sola persona, por lo que resulta imposible que se produzca una afeción al bien jurídico de libertad. Como se ha expresado a lo largo de este trabajo, el objetivo de este tipo penal consistía en evitar que se de una mala utilización de las entidades públicas de investigación, no obstante, dicha situación deriva una lesión al funcionamiento de la administración pública del Estado y no a la libertad, por lo cual, en el momento en el que el legislador decidió que el secuestro simulado lesiona el derecho a libertad de tránsito, produjo inmediatamente la ineficacia jurídica del tipo penal, convirtiéndola en una norma simbólica que de la simple lectura de sus elementos objetivos demuestra improbabilidad de aplicación material.

Los elementos objetivos del tipo penal de simulación de secuestro son los siguientes:

1. Sujeto activo. Genérico.
2. Sujeto pasivo: Genérico. En este caso, el sujeto pasivo es el mismo que el sujeto activo.
3. Elementos descriptivos: estar secuestrada.
4. Verbo rector: simular.
5. Bien jurídico protegido: libertad personal.
6. Pena: seis meses a dos años de pena privativa de libertad.

También, se cree que es necesario presentar una crítica a la dosimetría penal utilizada en la norma, esto se debe a que, a simple vista, no parece ser idóneo que de la relación desvalor de acto y desvalor de resultado (Salazar, 2021) se vislumbre un resultado lesivo tan grande que produzca la necesidad de imponer una pena de entre seis meses a dos años de privación de libertad. Sin duda, no se puede penar con este periodo de tiempo a un sujeto que, no ha vulnerado bien jurídico alguno, cuando según Welzel (1956) la misión principal del Derecho Penal consiste en la tutela y protección de bienes jurídicos que traducen los valores sociales más importantes de una sociedad.

Es así como, si la norma penal de secuestro simulado no trastoca bien jurídico alguno, sería imposible medir su dosimetría penal y su relevancia punitiva como conducta tendiente a ser descrita como penalmente importante. De esta forma, son claros los

argumentos que permiten esgrimir que la sanción que presenta el tipo objetivo es equivocada frente a la teoría del resultado y la conducta desvalorizada.

1.3.Fundamento y finalidad

Arango (2018) comenta que el fundamento de la existencia del tipo penal en mención dentro de la legislación ecuatoriana, radica en la presión policial efectuada a los legisladores con el fin de que se sancione a los individuos que, por medio de falsos secuestros, accionen el andamiaje estatal en base a una conducta simulada. Esta situación produjo que se promulgue en el Derecho ecuatoriano una norma simbólica sin eficacia material.

Entonces, la finalidad de la existencia del injusto de secuestro simulado radica en evitar que se produzca una indebida utilización del aparataje estatal de investigación penal, en razón de la existencia de supuestos de simulación de secuestro que se producían en el Ecuador. Por consiguiente, la Policía Nacional conminó a los legisladores a tipificar el secuestro simulado con el fin de evitar que dicha práctica se siga efectuando en la sociedad, para prevenir todo tipo de actuaciones policiales tendientes a investigar un delito inexistente, evitando la pérdida de recursos económicos del Estado en investigaciones fallidas.

1.4.Imposibilidad práctica

El secuestro simulado, presenta imposibilidad práctica en la realidad material del Estado. Esto se debe a que, no existe una finalidad penal en la vigencia del tipo penal en mención, en razón de que radica en una norma simbólica que no puede imperar en un resultado lesivo.

Lo descrito en líneas precedentes, encuentra su fundamento desde el mero hecho de que el sujeto activo y pasivo del delito en mención, constituyen la misma persona, por ende, se debe cuestionar ¿cómo es posible que el delito de simulación de secuestro pueda ser materializado en la vida real si es que los sujetos del injusto engloban a una misma persona?

La pregunta presentada, demuestra el fundamento por el cual la inconsistencia típica de los elementos del delito de secuestro, generan que dicho hecho punible no pueda ser materializado en el juzgamiento de un proceso penal hacia un justiciable que ha consumado la conducta penal descrita.

1.5.Comparación con el secuestro básico.

El delito de secuestro original, se encuentra tipificado en el artículo 161 del Código Orgánico Integral Penal (2021):

La persona que prive de la libertad, retenga, oculte, arrebate o traslade a lugar distinto a una o más personas, en contra de su voluntad, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

A diferencia del secuestro simulado, el secuestro original ostenta diferencia material entre el sujeto activo y pasivo de la infracción. A su vez, los verbos rectores difieren de forma absoluta, ya que el secuestro simulado ostenta el verbo de “simular” mientras que el secuestro base presenta los verbos de “retener, ocultar, arrebatarse y trasladar”.

Con respecto a la penalidad, la dosimetría penal difiere en ambos casos, pues el secuestro simulado establece una sanción de seis meses a dos años como pena privativa de libertad, mientras que, el secuestro base determina como sanción cinco a siete años de privación de libertad.

2. El Derecho Penal simbólico y el secuestro simulado.

2.1. Lugar del secuestro simulado en la clasificación de norma penal simbólica.

Hassemer (1991) establece una clasificación plausible de diversas formas simbólicas de Derecho:

- Leyes de declaración de valores: dentro de esta categoría se encuentran noemas que tienden a declarar axiomas morales para la idiosincrasia social. Como ejemplo se presenta el caso de que, a pesar de las formas en las cuales provenga un

embarazo, una mujer debe ser obligada a ser madre en virtud de que este es el rol que ella debe efectuar para la sociedad según las normas éticas.

- Leyes con carácter de apelación: En este supuesto, se incrustan las normas que tienen como finalidad simbolizar a la población una conciencia de cambio frente a conductas que se consideran negativas para el Estado. Ejemplo, normas tendientes a producir conciencia medio ambiental.
- Respuestas sustitutorias del legislador: esta clase de simbolismo, conlleva aquellas normas que buscan simbolizar una protección frente a problemas urgentes y extraordinarios que está viviendo una población. Ejemplo, la normativa que se ha creado con el objeto de combatir el terrorismo a fin de tranquilizar a la sociedad temeraria frente a las circunstancias bélicas que rodean su entorno ciudadano.
- Leyes de compromiso: son aquellas que tienden a simbolizar una especie de tranquilidad social, cuando en la práctica, no tienen eficacia material que permita solventar los conflictos sociales en los cuales se ve inmersa una sociedad.

Sin duda, el secuestro simulado se incrusta en lo que la doctrina denomina como leyes de compromiso, a fin de solventar las presiones sociales que la Policía Nacional del Ecuador había impuesto a los legisladores con el objeto de evitar los supuestos de simulación de secuestro que causaban malestar a los mismos. No obstante, hasta el día de hoy, la norma no ha generado eficacia frente a evitar que la Policía y Fiscalía reciban falsas denuncias de secuestro. Se debe recordar que, la norma de secuestro simulado protege un bien jurídico que no se lesiona con la perpetuación del dicho acto criminal, demostrándose de esta forma que no fue más que una ley compromisoria promulgada por los Asambleístas de turno para contentar a la fuerza pública, que desde su errada óptica de ‘sanciones fuertes evitan más delitos’, denegaron en la creación de un tipo penal simbólico con imposibilidad de aplicación práctica ciudadana.

2.2. La prevención especial positiva frente al secuestro simulado como norma simbólica.

Roxin (2006) expresa que Von Liszt, configura la prevención especial negativa en base a la coacción del sujeto al influir en el mismo temor por medio de la sanción. Mientras que la prevención especial positiva, es aquella que busca la rehabilitación y reinserción del sentenciado en la sociedad, a través de un asilamiento temporal, dentro del cual el Estado debe educar al justiciable para que, una vez que cumpla su pena, pueda llevar una vida alejada del delito dentro de la sociedad. A su vez, se produce un efecto tranquilizador en la sociedad, ya que, mientras el individuo se rehabilita en la cárcel, se garantiza a la ciudadanía que el mismo no volverá a cometer delitos.

Roxin (2006) plantea que la prevención especial positiva, encuentra coherencia al contestar la pregunta de ¿qué hacer una vez que se priva de la libertad al delincuente? En este caso el autor expresa que la rehabilitación y resocialización es el camino más idóneo, no solo para aportar tranquilidad a la sociedad, sino también para devolverle una vida futura quien ha cometido una infracción penal. Entonces, el delincuente debe tener la posibilidad, no solo de rehabilitarse del delito cometido, sino también de poder ser reintegrado en la sociedad.

2. Proceso Judicial No. 17282-2016-00472 caso de secuestro simulado.

El caso perteneciente al proceso judicial No. 1782-2016-00472 corresponde a el juzgamiento del delito del secuestro simulado de dos personas denominadas Vicente y Cristina, el cual se configuro según los siguientes hechos:

En fecha 22 de enero de 2016, el señor Gonzalo interpuso ante la fiscalía de Pichincha una denuncia por el presunto secuestro de su hija Cristina. El padre de Cristina, afirmó que solía dejar todos los días a su hija en la Avenida 12 de Octubre, cerca de la Contraloría General del Estado para que la misma pueda tomar un bus y dirigirse a su centro de estudios en la Universidad Católica. Posteriormente Cristina solía regresar a su casa entre las 18h00 y 18h30 de la tarde habitualmente, sin embargo, en la fecha mencionada Cristina nunca regreso.

Los padres de Cristina preocupados deciden llamar a su hija en virtud de que la misma no regresaba al hogar, no obstante, el celular de Cristina se encontraba apagado. Entonces, sucede que cerca de consumarse la media noche Gonzalo y su esposa reciben una llamada telefónica en la que un sujeto con acento costeño les menciona que tenían secuestrada a Cristina, para lo cual solicitaban que se les cancele la cantidad de \$15000 para que su hija se mantenga a salvo y no sea violada por los criminales. Además, el justiciable le expuso a los padres de Cristina que le pidan el dinero a la cuñada de la madre de Cristina que ejercía el puesto de jueza en Quito.

Con todos los hechos narrados, de forma inmediata se procedió a abrir la fase de investigación previa en Fiscalía y se ofició a la Unidad Antisecuestros De La Policía Nacional (UNASE), para que proceda a ejecutar todas las diligencias investigativas tendientes a recuperar a Cristina que se encontraba secuestrada. Es así como, en fecha 23 de enero de 2016 los padres de Cristina nuevamente reciben una llamada del presunto criminal, llamada que contesta la madre de Cristina, llamada Fátima, a quien le comunican que se acaba el tiempo para cancelar los \$15000 dólares, y que procederán a violar a su hija en las próximas horas. Sin embargo, la madre de Cristina había sido asesorada por la UNASE, advirtiéndola que en caso de una llamada solicite que le dejen escuchar a su hija para verificar que se encuentre bien, situación que efectivamente Fátima le pide al presunto secuestrador, no obstante, una vez que se realiza esta solicitud, el criminal decide desconectar la llamada telefónica.

Dentro de unos minutos después, nuevamente llaman a Fátima por medio del mismo número telefónico, con la particularidad de que esta vez es Cristina quien habla por teléfono comentándole que se encuentra bien pero que ha sido drogada y solicita de manera urgente que le ayuden, en virtud de que no quiere ser agredida sexualmente por sus captores. Una vez que se emite esta frase la llamada se corta finalmente; inmediatamente la UNASE procede a rastrear el número telefónico por el que se llamaba a los padres de Cristina pudiéndose verificar que la comunicación telefónica provenía del cantón Huaquillas en la provincia de El Oro.

Por ende, el equipo de la UNASE se traslada al lugar mencionado, y proceden a establecer un perímetro de búsqueda mediante entrevistas a moradores y residentes del

sector de donde provenía la señal de rastreo. Es en este punto en el que al realizar preguntas al administrador de un hotel denominado Hidalgo Internacional, mediante la exhibición de una imagen de Cristina, logran conocer que la mujer se encontraba hospedada en dicho lugar bajo el nombre de Lise, conjuntamente con un señor denominado Carlos que aparentaba tener una edad mayor a los 40 años. La UNASE procede a examinar los datos con los que Lise se había registrado en el Hotel pudiendo constatar el equipo de investigación que Cristina había utilizado el número de cedula de su madre Fátima para hospedarse en este hotel.

Asimismo, el administrador entrevistado preciso que Lise se encontraba en su habitación, por lo que se procedió de forma inmediata a ingresar a la misma, encontrando a Cristina y a Carlos que en realidad se llamaba Vicente. De forma inmediata se realiza un chequeo corporal completo a Vicente a quien le encuentran el celular con el número de teléfono por el cual se hacían las llamadas a los padres de Cristina. Es en este punto que Vicente confiesa que conoció a Cristina por medio de la red social Facebook y que ella le había propuesto simular un secuestro ya que deseaba irse de la casa y le pareció buena idea pedir dinero a sus padres para luego dividirse en partes iguales con Vicente.

Ante estas circunstancias inmediatamente Vicente y Cristina son aprehendidos por la presunta comisión del delito de simulación de secuestro y son llevados a la ciudad de Quito para su respectiva formulación de cargos. No obstante, por las amenazas de índole sexual que se habían propiciado en las llamadas telefónicas realizadas entre Vicente y los padres de Cristina, la fiscalía decide ordenar que se le practique a Cristina un examen pericial médico legal de índole genital con el objetivo de verificar si es que ha existido alguna clase de agresión sexual. Sin embargo, los exámenes arrojaron que Cristina presentaba un desgarramiento vaginal antiguo producto de que ya había empezado su vida sexual activa.

En la versión de Cristina, la misma expuso hechos concordantes con lo expresado por Vicente, comentando que deseaba irse de la casa de sus padres, siendo la simulación de secuestro la mejor forma de obtener dinero para sobrevivir sola. A su vez se le practicaron pericias de naturaleza psicológica, en base a las cuales se determinó que Cristina tenía una vida inestable, triste y depresiva que ocasionaba que inclusive empiece a planificar eventos de naturaleza suicida. Toda esta situación llevo a que Vicente y Cristina

terminen solicitando someterse a un procedimiento abreviado a fin de que se les imponga la pena más baja posible.

Según Cepeda (2020), el abogado defensor de Cristina, mientras se producía la negociación de la penalidad con Fiscalía, se opuso en un primer momento a que se condene a su cliente, en virtud de que el secuestro simulado consiste en un delito en el cual tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo son la misma persona, por lo que no existe lesión alguna al bien jurídico libertad. Por tanto, el abogado defensor solicitaba en un inicio que se ratifique el estado de inocencia de Cristina y Vicente.

No obstante, el autor menciona que Fiscalía hizo caso omiso a las sugerencias extrajudiciales del abogado defensor, expresando que el secuestro simulado es un delito que se encuentra tipificado con una sanción penal, por lo cual bajo el principio de legalidad debe ser aplicado para condenar a quienes ejecuten esta conducta. De esta forma, Cristina y Vicente fueron sentenciados por autores del delito de secuestro simulado con el deber de cumplir con una pena privativa de libertad de 3 meses.

El presente caso permite evidenciar las falencias del derecho penal simbólico en tres aspectos fundamentales:

a. Imposibilidad de imputación del delito de secuestro extorsivo

De los hechos narrados dentro del presente caso, pareciera que podía imputarse a los procesados el delito de secuestro extorsivo tipificado en el artículo 162 del Código Orgánico Integral Penal, en virtud de que se buscaba obtener un beneficio económico en base a un supuesto secuestro, que a pesar de ser simulado, se encuentra reconocido como delito en la normativa penal ecuatoriana. No obstante, si bien resultaría más factible utilizar al secuestro extorsivo para dirimir el caso presentado, las redacciones legislativas de esta delito impiden que se genere este análisis mencionado. Esto se debe a que, el delito en mención prescribe que solo procede si es que se ha consumado el secuestro base, mas no prevé al secuestro simulado en la conformación de elementos normativos dentro de los presupuestos objetivos del tipo penal del secuestro extorsivo.

Por tanto, a pesar que de los hechos narrados parece ser que las verdaderas víctimas eran los padres de Cristina, no era posible efectuar una imputación de secuestro extorsivo

a los procesados, en razón de que no habían cometido el delito de secuestro base, el cual es considerado como un elemento normativo que debe cumplirse para la consumación del secuestro con modalidad de extorsión

b. No se cumple el requisito de antijuridicidad material como categoría conceptual del delito

La dogmática penal es clara al establecer que la antijuridicidad como tercer elemento conceptual del delito, no basta con una oposición formal al ordenamiento jurídico del estado, sino como bien menciona Donna (2010), la antijuridicidad se evidencia por que la conducta ilícita lesiona materialmente un bien jurídico protegido. A lo largo de este trabajo, se ha demostrado que el secuestro simulado no lesiona en ningún momento el bien jurídica libertad, por lo cual, en el caso presentado, no era posible que el juzgador condene a los procesados, debido a que no se cumplían los requisitos de antijuridicidad establecidos en el artículo 29 del Código Orgánico Integral Penal.

Entonces, si bien bajo el principio de legalidad es lógico que el juzgador y fiscalía comprendan que existe un delito tipificado que debe ser sancionado, no es menos cierto que bajo el mismo principio de importancia de la ley, para que un delito reconocido penalmente sea aplicado, debe cumplir con las exigencias jurídicas de su esquema conceptual de configuración, el cual determina que la conducta típica debe lesionar un bien jurídico protegido.

Por tanto, se equivocó el juzgador al condenar a los procesados por el delito de secuestro simulado, ya que el mismo constituye una infracción que jamás podrá cumplir con el requisito de antijuridicidad material del hecho punible, en razón de que al no vulnerar ningún bien jurídico protegido, no puede guardar relación con el artículo 29 del Código Orgánico Integral Penal. Este es el punto jurídico técnico en el que con mayor notoriedad se observa la naturaleza simbólica del secuestro simulado

c. Consiste en una norma jurídica que adolece de ineficacia

Morales(2016) es claro al recoger en su doctrina de Introducción al Derecho, que una norma jurídica idónea debe ostentar validez, vigencia y eficacia. La validez consiste en que la norma haya sido elaborada en cumplimiento de todas las formalidades y

requisitos que debe observar la autoridad competente para su promulgacion. La vigencia refiere a que, la norma debe producir efectos juridicos en tiempo y espacio especificos. Y finalmente la eficacia consiste en que dicha norma pueda ser cumplida por sus destinatarios constituidos como el conglomerado social del Estado.

El caso analizado demuestra que el secuestro simulado es una norma juridica penal que adolece de eficacia en el ordenamiento juridico ecuatoriano, ya que consiste en una norma inaplicable por parte de los jueces encargados de sancionar la mencionada conducta delictiva. La falta de tecnica legislativa en la promulgacion de normas ha degenerado en la creacion de un tipo penal que es incompatible, no solo con el principio de minima intervencion penal, sino con las mismas categorias dogmaticas positivas que engloban la verificacion de la existencia de una infraccion penal.

Entonces surge una inaplicabilidad material de la norma del tipo penal de secuestro simulado, pudiendose expresar que en el caso de Cristina y Vicente, existio una erronea interpretacion de la norma penal y del principio de legalidad, en razon de que es imposible sancionar penalmente a una persona cuya conducta no cumpla a cabalidad con las categorias conceptuales del hecho punible. Podria decirse que en el caso analizado, la ineficacia y la naturaleza simbolica del secuestro simulado, llevaron a que la funcion judicial imponga una pena privativa de libertad a dos personas cuyo actuar no cumpliera con los presupuestos o elementos generales que deben concurrir para la imposicion de una sancion penal.

Por tanto, el caso de Cristina y Vicente juzgado en el proceso judicial No. 17282-2016-00472, demuestra las falencias juridicas y los problemas de imputacion penal que una norma simbolica le genera al ordenamiento juridico ecuatoriano. A su vez se observa una falta de analisis debido por parte de fiscalia y el juez, quienes debian tomar en consideracion, que a pesar de que el delito de secuestro simulado se encuentra tipificado, no era posible aplicar el mismo, en virtud de que encuentra oposicion total y directa con el articulo 29 delCodigo Organico Integral Penal, al no lesionar bien juridico alguno. De esta forma se demuestra que, el secuestro simulado es una norma simbolica de naturaleza ineficaz dentro del Estado ecuatoriano.

Conclusiones

La naturaleza simbólica del Derecho Penal constituye un instrumento de engaño, que presenta una inexistente, eficacia y efectividad como cualidades objetivas de la ley. Por tanto, la norma resulta ser únicamente instrumental, debido a que, las funciones ocultas que tienen un fin falaz, prevalecen sobre las finalidades reales de la ley generando objetivos diversos que se alejan a la existencia de una norma penal democrática.

En consecuencia, la naturaleza simbólica del Derecho Penal pone a observación la crisis en la que se encuentra la rama legal en mención, por encontrarse sometida a consecuencias de conductas que se han desviado a una incorrecta tipificación del injusto penal, evitando analizar su prevención, lo cual genera complicaciones y deslegitimación de la ley que bajo ningún aspecto se la puede considerar como formal. Sin embargo, existen ciertas normas que se contraponen a la jerarquía constitucional y que fundamentalmente tienen que ostentar eficacia en la consecución de las finalidades del sistema penal; esto significa un razonable control del crimen y una correcta resocialización del sentenciado.

Por tanto, el concepto de Derecho Penal simbólico trastoca en diversas situaciones las acepciones y definiciones de populismo penal y deficiencia jurídica generando que el Derecho Penal mismo pierda su norte en base de un aprovechamiento del sentimiento general de una sociedad insegura que pide a gritos la eliminación de la impunidad y la existencia de una vida pacífica y segura que cumpla y satisfaga los derechos de los individuos.

La criminología mediática es generadora de Derecho Penal simbólico, ya que ésta tiende a simbolizar en la sociedad que la justicia únicamente sirve para encubrir la delincuencia, olvidándose de enviar un mensaje social de que la Función Judicial se rige por medio de preceptos que salvaguardan los derechos de quienes concurren a la relación jurídico procesal penal. Bajo la criminología mediática, la ciudadanía empieza, de a poco, a otorgare más poder al Estado frente a sus atribuciones coercitivas para conseguir una mayor seguridad ciudadana, comenzando a implementar dispositivos de vigilancia que cada vez más se inmiscuyen en la vida privada de las personas, perdiendo de a poco su libertad bajo una falsa idea de técnica criminológica que ostenta fundamento en el sensacionalismo mediático.

En diversas ocasiones, el Derecho Penal simbólico y la criminología mediática utilizan a la pena como mecanismo idóneo para resolver los conflictos sociales, olvidándose los legisladores que los postulados de la finalidad de la pena encuentran errores en su determinación. Esto se debe a que, la sanción penal únicamente sirve para otorgarle vigencia al tipo penal, pues el afirmar que la pena le otorga vigencia a la norma, se sustenta en el mero hecho de leer cualquier tipo penal, y observar que al final de todos los delitos se incrusta la frase ‘‘será sancionado con pena privativa de libertad’’. Entonces, la pena es parte de la norma, si ésta no estaría en ella, por ende, la norma no adquiriría vigencia ni tampoco existiría.

La pena ya no se caracteriza solo por catalogar una norma como infracción penal, sino que sirve para auto confirmar la validez jurídica de dicha disposición penal, es decir, si la norma penal no ostentaría un precepto sancionador, la ley penal, por más que esté promulgada, no tendría eficacia material en el mundo, quedando está en una especie de limbo jurídico dentro de la relación epistemológica entre la teoría y la práctica, por lo que, el sistema penal adolecería de falta de funcionalidad frente a la sociedad organizada. Entonces, aquí se puede evidenciar el Derecho Penal simbólico, pues este último, al no proteger bien jurídico alguno, determina penalidad a conductas que no deben estar sancionadas por parte la ley penal, constituyendo disposiciones con sanciones arbitrarias, que ponen en tela de duda la vigencia de la norma penal.

El secuestro es una práctica que se ha ejecutado durante todas las etapas de desarrollo humano, empezando como una conducta tendiente para la consecución de fines de liderazgo, hasta considerarse como un delito a nivel nacional e internacional. En Roma, el secuestro tuvo diferentes modalidades, no obstante, fue evolucionando a tal punto de consolidarse como uno de los principales crímenes de su Estado. Ahora bien, en Ecuador, el delito de secuestro ha estado regulado en las diferentes codificaciones penales de la historia, a tal punto de que el actual Código Orgánico Integral Penal presenta diversas modalidades del mismo.

Sin embargo, con la entrada en vigor del Código Orgánico Integral Penal en el año de 2014, se insertó un nuevo tipo penal, denominado secuestro simulado. El mismo surge con el antecedente de que, tanto la Policía Nacional y el personal técnico del sistema de investigación penal del Estado, habían recibido varios casos en los cuales una persona se encontraba secuestrada, cuando en realidad, no lo estaba. Todo esto reflejó la carencia

de una política que establezca verdaderos procesos de reestructuración y planificación de programas y diseño respuestas jurídicas que hagan frente a la criminalidad.

El delito de secuestro simulado presenta un esquema conceptual punitivo simbólico, que trastoca los postulados de una correcta promulgación de normas, siendo en el año 2016 que se suscita el primer caso de secuestro simulado en el Ecuador, dentro del cual existió una errada aplicación del hecho punible, pues como se observó, en el proceso judicial No. 17282-2016-00472, Fiscalía con su acusación, y el juzgador con su interpretación, bajo un criterio legalista no pudieron determinar la inaplicabilidad de la norma penal examinada.

El secuestro simulado como tipo penal, demuestra las falencias jurídicas y los problemas de imputación que una ley simbólica le genera al ordenamiento jurídico ecuatoriano, demostrándose que el tipo penal estudiado presenta ineficacia material dentro del Estado, al encontrarse en contraposición al artículo 29 del Código Orgánico Integral Penal, no pudiendo nunca dicho injusto cumplir con el requisito de antijuridicidad material como concepto desarrollado por la dogmática penal moderna y positivizado en la legislación del Ecuador. Es por esto que, se concluye que dicha norma, bajo las presiones de la criminología mediática, se constituyó como una norma simbólica mal elaborada, cuya finalidad consistía en contentar a la Fuerza Pública.

Recomendaciones

El presente trabajo arroja la necesidad de presentar las siguientes recomendaciones:

1. Eliminar el delito de secuestro simulado del ordenamiento jurídico ecuatoriano, en virtud de que constituye una norma que se encuentra en oposición con las normas positivas del Derecho Penal General, al ser un delito que al momento de efectuar su verificación dogmática, tiende a no poder configurar nunca el elemento de antijuridicidad material establecido en el artículo 29 del Código Orgánico Integral Penal.
2. Mejorar la técnica legislativa, y concientizar a los electores para que legitimen el poder político en Asambleístas capacitados que sepan sobre cómo legislar debidamente, a fin de constituir normas tendientes a aplicar debidamente los derechos constitucionales, evitando toda clase de populismo legislativo que entorpece y genera conflictos de juzgamiento e imputación de los injustos simbólicos del Derecho Penal.
3. Eliminar el Derecho Penal simbólico mediante la creación de una cultura jurídica social, que lleve a la sociedad a tener, al menos, conocimientos generales sobre el Derecho para que no sean engañados por el populismo penal y la criminología mediática, evitando que se postulen normas simbólicas como el caso del secuestro simulado.
4. Establecer sanciones pecuniarias administrativas para todo individuo que simule un secuestro causando un perjuicio económico para el Estado, pues personalmente parece una medida más idónea que sancionar con privación de libertad a quien ejecute esta conducta. Además, esta consecuencia jurídica sancionatoria que se recomienda, guardaría observancia con el principio de mínima intervención penal.

Referencias bibliográficas

Estilo: Apa 7ma edición.

Bacigalupo Saggese, S., Bajo Fernández, M., Basso, G., Cancio Meliá, M., Díaz-Maroto y Villarejo, J., Fakhouri Gómez, Y., ... & Rodríguez Horcajo, D. (2019). Manual de Introducción al Derecho Penal. *DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL*.

Bergalli, R., & Bodelón González, E. (1992). La cuestión de las mujeres y el Derecho Penal simbólico. *Anuario de Filosofía del derecho*, 43-74.

Borja Jiménez, E. (2017). Justicia penal preventiva y Derecho Penal de la globalización: proyecciones en el ámbito del terrorismo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (1), 28-71.

Callamand Pinzón, L. y otros autores. (1989). La libertad y el delito de secuestro. Pontificia Universidad Javeriana. Ciencias Jurídicas y socioeconómicas.

Cepeda López, H. P. (2020). *El derecho penal simbólico en el Ecuador, a partir del Código Orgánico Integral Penal* (Master's thesis, Quito, EC: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador).

Clutterbuck, R. (1979). *Secuestro y rescate* (No. Sirsi) i9788437501659).

Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial. (Asamblea Nacional 10 de agosto de 2021).

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. “Sentencia No. C-355-06”. En Expediente D-6122. Bogotá. En 14 de marzo de 2006.

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 440. (Asamblea Nacional del Ecuador 25 de enero de 2021).

Consultores ex profeso. (1998). El secuestro (análisis dogmático y criminológico). Porrúa.

Corte Constitucional de Colombia. “Sentencia No. T-301-16”. En Expediente T-5.331.547. Bogotá. 09 de junio de 2016

Díaz de León, M. (1989). Secuestro. En diccionario de derecho procesal penal. Tomo II. Porrúa.

Diez, J. L. (2003). El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena. Revista Jurídica UNAM, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 1, 149-172.

Eugenio Raúl Zaffaroni, “La criminología mediática I” en La Palabra de los Muertos: Conferencia de criminología cautelar (Buenos Aires: Ediar, 2011), 369.

Ferrajoli, L. (1995). Teoría del garantismo penal. *Madrid: Trotta.*

Foucault, M. (2002). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión.* Siglo xxi.

Góngora Pimentel, G. (2005). Evolución del secuestro en México y las decisiones del poder judicial de la federación en la materia. Porrúa

Hassemer, W. (1991). Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Nuevo foro penal, 51, 17.*

Hassemer, W. (1999). *Persona, Mundo y Responsabilidad*, trad. de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Tirant lo Blanch.

Jakobs, G., & Cancio Meliá, M. (2003). Derecho Penal del enemigo. *España.*

Jiménez, R. (2007). Respuesta de la Justicia a la Violencia Doméstica. *San José: Impresora Gossetra SA.*

Leguizamo Ferrer, E. (1994). Secuestro. En diccionario jurídico mexicano. Porrúa

Lozano Moreno, A. (1968). Derecho penal mexicano. Porrúa.

Luzón Peña, D. (2001). Función simbólica del Derecho Penal y delitos relativos a la manipulación genética. In *Genética y Derecho Penal: previsiones en el Código Penal Español de 1995* (pp. 49-60). Comares.

Meliá, M. C. (2016). De nuevo: ¿" Derecho Penal" del enemigo?. *Instituto de Derecho Penal*, (3).

Paladines, J. (2008). Periodismo sin garantismo: ¿la reaparición de la picota pública. *En revista Ciencias Penales del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional*. Universidad de Castilla La Mancha.

Peñaranda, E. (2007) *Sobre la influencia del funcionalismo y las teorías de sistemas en las actuales concepciones de la pena y el delito*. En Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidades de aplicación. Gómez, C. y Jara, D. Coordinadores. Universidad Externado de Colombia.

Pérez Rivas, N. (2018). La financiación delictiva de los partidos políticos: una nueva muestra de derecho penal simbólico?.

Reyes, A. (2016). *Derecho penal, parte general*. 6.a ed. Universidad Externado de Colombia

Rodríguez, F. (2013). *La expansión del Derecho Penal simbólico*. Cevallos.

Rodríguez, F. (2013). *La expansión del Derecho Penal simbólico*. Quito: Editorial Cevallos.

Roxin, C. (2006). *Derecho Penal, Parte General*, tomo I, traducción de la 2ª ed. Alemana por DM Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, Madrid.

Rubio, M. B. (2021). El delito de financiación ilegal de partidos políticos: paradigma de Derecho penal simbólico. In *Temas clave de Derecho penal: Presente y futuro de la política criminal en España* (pp. 149-180). JM Bosch Editor.

Ruiz, C. (2011). *Teoría de los fines de la pena*. En Lecciones de Derecho Penal parte general, 2.a. Universidad Externado de Colombia, 2011.

Salazar, J. (2021). *Derecho Penal Parte General*. Edino.

Salazar, J. (2021). *Derecho Penal Parte General*. Edino.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Editorial Bosch

Tocora, F. (1997). *Política Penal Criminal Contemporánea*.

Van, L. Z. (2017). El Derecho Penal simbólico y la ineficacia del Estado de emergencia constitucional para combatir la criminalidad. *Revista Vox Juris*, 1, 33, 123 – 133.

Weizel, H. (1956). *Derecho penal*. Rubon Culzoni.