

**UNIVERSIDAD DEL AZUAY**  
**ESPECIALIZACIÓN Y MAESTRÍA EN DERECHO PENAL.**

**“DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.  
ANÁLISIS DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS  
(PERÍODO 2003-2007)”**

**AUTOR:**

**Dra. Janeth Jimena Orellana Brito**

**DIRECTOR:**

**Dr. Sandro Abraldes.**

**Cuenca- Ecuador**

**2008**

## RESUMEN:

Durante los últimos cuatro años, la política penal ecuatoriana ha adoptado el concepto jurídico- político del “moderno Derecho Penal” que tiende a olvidar el principio de intervención mínima y de última ratio, en el que los principios de legalidad, irretroactividad de la ley más gravosa, prohibición de la analogía, principio de culpabilidad, reglas de interpretación y de imputación estricta y determinada están en crisis, desarrollando un sistema punitivo de *primera ratio*, que se encasilla más en la tendencia teórica denominada *derecho penal del enemigo* que de la tesis del *garantismo*, basándose en el peligrosismo de los delincuentes ha aumentado considerablemente las penas, creando nuevos tipos penales, ha agravado la situación procesal de los detenidos, para precautelar a la sociedad del riesgo que implican si obtienen su libertad.

## ABSTRACT:

During the last four years, Ecuador's criminal law policy has adopted the legal-political concept of the "Modern Criminal Law" that tends to forget the principle of minimum intervention and last resort, in which the legal principles, retroactivity of the most costly law, prohibition of the analogy, guilt principle, interpretation rules and strict and decisive charges are in crisis, developing a punitive system of *first resort*, which leans more towards the theoretical tendency denominated *Criminal Law of the Enemy* more than the thesis of *guarantees*, based on the criminals' danger considerably increasing penalties, creating new penal types, aggravating the proceeding situation of the person under arrest, to warn society of the risk involved if they obtain their freedom.

## Índice:

Introducción.....	5
CAPITULO I	
Teoría del Derecho Penal del Enemigo.....	8
CAPITULO II	
Teoría del Garantismo.....	17
CAPITULO III	
Diferencias entre Derecho Penal del Enemigo y Garantismo.....	23
CAPITULO IV	
El caso ecuatoriano.....	26
CAPITULO V	
Características de las reformas.....	29
Confirmación de la hipótesis.....	32
Conclusiones y Recomendaciones.....	34
Bibliografía.....	37

## 1. Introducción:

De un tiempo a esta parte, la preocupación de la dogmática penal contemporánea, busca respuestas desde diversos sectores, a la pregunta formulada: “¿Si es posible hoy en día mantener los principios fundamentales que han conformado el “buen y viejo derecho penal liberal?”<sup>1</sup> o si éste, al decir de Wolfgang Naucke, se encuentra en crisis al punto de que existe una “insostenible situación actual del Derecho Penal”<sup>2</sup> por la evidente relajación de los principios político criminales básicos en un *moderno derecho penal* que tiende a olvidar el principio de intervención mínima y de ultima ratio, en el que los principios de legalidad, irretroactividad de la ley más gravosa, prohibición de la analogía, principio de culpabilidad, reglas de interpretación y de imputación estricta y determinada “están, como mínimo en crisis y como máximo son sinónimo de límites negativos al llamado nuevo Derecho Penal, que debe estar adaptado a los nuevos tiempos.”<sup>3</sup>

Sea que el Derecho Penal se encuentre en crisis o no, por la exigencia de una moderna sociedad globalizada, que no encuentra respuestas para tutelar bienes jurídicos en el viejo derecho penal liberal, es evidente que asistimos a la imposición de una corriente que se aplica en casi todas las legislaciones, mediante la reestructuración del concepto de bien jurídico. Con la propuesta teórica de la *sociedad en riesgo* se busca que el *ius puniendi* se encargue de los verdaderos problemas que amenazan con la existencia misma de la sociedad: *terrorismo, crimen organizado, narcotráfico, etc.*, y se abandona la tutela de aquellos bienes jurídicos que no son relevantes para una sociedad amenazada, dejando en cierto modo al ofendido, la discrecionalidad o no de perseguir la acción penal.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Donna, Edgardo Alberto, “¿Es Posible el Derecho Penal Liberal? Sitio Web. [htt.www.bibliojuridica.org/libros/4/1726/9.pdf](http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1726/9.pdf).

<sup>2</sup> Wolfgang Naucke de la “Escuela de Frankfurt”, citado por Santiago J. Jaimes Munilla. El dial.com,18/10/06; Nueva Doctrina Penal, 2006, p. 715, Revista General de Derecho Penal No 6, IUSTEL.com

<sup>3</sup> Donna, Edgardo Alberto, Ob. Cit.

<sup>4</sup> El Art. 37 del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano.- Conversión.- “Las acciones por delitos de acción penal pública pueden ser transformadas en acciones privadas, a pedido del ofendido o de su representante, siempre que el fiscal lo autorice, cuando considere que no existe un interés público gravemente comprometido....”

En este marco, durante los últimos cuatro años, la política penal ecuatoriana ha adoptado el concepto jurídico-político del “moderno Derecho Penal”<sup>5</sup> como respuesta, del poder político a la *demandas social* de seguridad y ante el incremento de la *ola delincencial*. Así, se ha desarrollado un sistema punitivo de *primera ratio*, que se encasilla más en la tendencia teórica denominada *derecho penal del enemigo* que de la tesis del *garantismo*. El poder punitivo del Estado, sin delinear una política penal a aplicar, basándose en el peligrosismo de los delincuentes ha aumentado considerablemente las penas creando nuevos tipos penales de ocasión, como el denominado secuestro Express y ha agravado la situación procesal de los detenidos para que permanezcan más tiempo privados de su libertad, para *precautelar* a la sociedad del riesgo que implican si obtienen su libertad.

Por ello se eliminó el principio de conexidad que posibilita a los fiscales realizar instrucciones fiscales por cada acto<sup>6</sup> y se creó la denominada *detención en firme* que mantenía las cárceles a punto del colapso, a tal extremo que, el actual presidente de la República, Rafael Correa se vio obligado a declarar *emergencia carcelaria* y a implementar un plan para depurar las prisiones contratando defensores ocasionales e indultando a miles de personas consideradas víctimas del narcotráfico, las denominadas “mulas”.<sup>7</sup>

Esta respuesta del poder punitivo del Estado ecuatoriano, que aplica la tesis del derecho penal del enemigo ha desatado una psicosis colectiva, una sociedad de miedo, una sociedad de terror<sup>8</sup>, que mira en el fenómeno de la delincuencia un fin en sí mismo a ser combatido con todos los medios, y no como un fenómeno estructural que requiere una política penal y un esfuerzo multidisciplinario para atenuar sus manifestaciones.

---

<sup>5</sup> Los legisladores que crearon la Detención en Firme impuesta mediante la reforma al Código de Procedimiento Penal del 13 de enero del 2003, publicada en el Registro Oficial 743, señalan en los considerandos de la ley: “ Que es necesario armonizar los preceptos constitucionales con las modernas corrientes del pensamiento penal” (sic)

<sup>6</sup> Art. 21.3 del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano: “Cuando una persona hubiera cometido infracciones conexas de la misma o distinta gravedad, en un mismo lugar o en diversos lugares, habrá un proceso penal por cada una de las infracciones, y serán competentes los jueces del lugar que prevengan en el conocimiento de las causas.”

<sup>7</sup> Decreto ejecutivo dictado por el Presidente Rafael Correa que declara emergencia carcelaria N° 585.A. Publicado en el Registro Oficial 168 del 12 de Septiembre del 2007, reformativo del Decreto Ejecutivo 441. Publicado en el Registro Oficial 121 del 6 de Julio del 2007 que declara estado de emergencia en el sistema penitenciario en todo el país y el decreto ejecutivo 660 del 4 de Octubre del 2007, Registro Oficial 194 del 19 de Octubre del 2007.

<sup>8</sup> En los últimos diez años, en el Ecuador las empresas con más crecimiento son aquellas que brindan servicios de seguridad privada y servicios de alarmas y de protección personal y domiciliaria.

La presión de la sociedad y la respuesta del poder político afecta considerablemente la independencia de los jueces, pues éstos sienten una gran presión al momento de tomar sus decisiones, porque se enfrentan no solamente al poder de una opinión pública que ya condena de antemano y exige mano dura contra la delincuencia, sino que afrontan también el control del Consejo Nacional de la Judicatura, órgano administrativo que se ha arrogado la facultad de controlar a los jueces en sus actos jurisdiccionales, para imponer, según su criterio, sanciones disciplinarias incluida la destitución de sus cargos, con la única intención de congraciarse con el poder político y con la presión social y presentarse como *depuradores* de un sistema que quiere dar respuestas concretas a las crecientes demandas de justicia.

Este trabajo buscará demostrar que las reformas penales en el Ecuador desde el período establecido 2003-2007 significan el abandono de la tesis del garantismo y la adopción de la tesis del derecho penal del enemigo. Que no existe una tutela judicial efectiva, traducida en el respeto de derechos fundamentales, en el respeto de los derechos humanos y en la aplicación de los convenios y tratados internacionales. Sino que existe una marcada tendencia hacia el endurecimiento de penas y medidas cautelares, sin fundamentación ni justificación alguna, vulnerando la garantía de presunción de inocencia.

En esencia, el objetivo de este trabajo busca demostrar que, la única forma de imponer un contrapeso al poder punitivo del Estado, que contribuya a desarrollar una cultura de paz, un Estado de Derecho que termine con la ola de miedo en la sociedad, es exigir del Estado una política penal que no se despoje del marco mínimo de protección para todos los justiciables: garantías del debido proceso, respeto a los derechos fundamentales, tutela judicial efectiva que aplique una protección internacional de los Derechos Humanos y que aplique los convenios y tratados internacionales a favor del reo. Y que nuestros jueces retomen su rol de garantistas, que apliquen los principios de *derecho penal mínimo*, que las medidas cautelares sean de *ultima ratio* y que respeten el principio de presunción de inocencia. En suma que sean jueces garantistas para que el sistema procesal sea un modo de alcanzar la justicia.

## CAPITULO I

### Teoría del Derecho Penal del Enemigo

1.1 La propuesta dogmática de Jakobs: Expectativa cognitiva de derecho.- 1.2 El “otro” (el enemigo).- 1.3 La sociedad postindustrial y la sociedad de riesgo.- 1.4 ¿Fin del garantismo? 1.5 Jakobs desde la visión de varios tratadistas.

El Derecho Penal del Enemigo es una propuesta dogmática del profesor alemán Günther Jakobs, quien elabora su teoría basado en el estructural-funcionalismo de Luhman<sup>9</sup> En esencia sostiene que todo ciudadano está en la obligación de colaborar al *funcionamiento* de la juricidad, de modo que si aquel no colabora sea porque busque el propio exterminio del Estado de Derecho, como sucede con el terrorista o porque tenga otros fines, entonces nadie, tampoco el Estado podría orientarse en el cumplimiento de sus deberes. Indica el catedrático de Bonn, que la expectativa del cumplimiento de un deber, es en sí misma, una expectativa que también puede mantenerse contrafácticamente; pero que la expectativa requerirá, en este caso, de un *aseguramiento cognitivo* si pretende dirigir la orientación.<sup>10</sup>

Para Jakobs el concepto “Derecho Penal del enemigo no pretende ser peyorativa. Ciertamente, un Derecho penal del *enemigo* es indicativo de una pacificación insuficiente; sin embargo, esta no necesariamente debe achacarse siempre a los pacificadores, sino puede que también a los rebeldes. Además un Derecho Penal del enemigo al menos implica un comportamiento desarrollado con base en reglas, en lugar de una conducta espontánea e impulsiva.<sup>11</sup>

La razón de ser del derecho penal del enemigo es el tratamiento excepcional para aquellos individuos que con su comportamiento ponen en peligro a la sociedad que los acogió. Por ello, “debe protegerse mediante una vigilancia especial, adelantamiento de la punibilidad, medidas de aseguramiento o custodia de seguridad.”<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Riquet, Fabián y Palacios, Leonardo. “El Derecho Penal del Enemigo o las Excepciones Permanentes”. Revista Universitaria, año V, No 3, junio 2003. p. 1-8. Sitio Web. [www.unifr.ch/ddp1derecho penal/articulos pdf/ Riquet.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1derecho%20penal/articulos%20pdf/Riquet.pdf)

<sup>10</sup> Jakobs, Günther. Prologo al Derecho Penal del Enemigo Desmitificación de un Concepto. Polaino-Orts. Editorial Jurídica Grijley. Lima-Perú .2006. p. 16

<sup>11</sup> Jakobs, Günther, El Derecho Penal ante las Sociedades Modernas, dos estudios de Dogmática Penal y Política Criminal”. Editorial Jurídica Grijley. Lima, 2006.ps. 23-24

<sup>12</sup> Polaino-Orts. Miguel. Derecho Penal del Enemigo. Desmitificación de un concepto. Editorial Jurídica Grijley. Lima. Perú, 2006.p. 22

Jakobs, al decir de su discípulo Miguel Polaino Navarrete, da una respuesta a la notoria aparición en las sociedades postindustriales de nuevos fenómenos como la manipulación genética, la piratería informática, la difusión de pornografía a través de Internet o la criminalidad organizada que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos de la comunidad o del individuo. De modo que “el pretendido y deseado Derecho penal mínimo y garantista es, a día de hoy –y no obstante la progresiva democratización y racionalización de la mayoría de los ordenamientos- una aspiración idealista, utopía más que una realidad.”<sup>13</sup>

Lo sostenido por el discípulo de Jakobs, nos aclara el panorama: el derecho penal mínimo, la respuesta penal de *ultima ratio* y el garantismo penal, en la “moderna sociedad postindustrial” no tienen cabida. Porque las respuestas penales que requieren estas organizaciones sociales exigen como contrapartida, un conocimiento (propuesta cognitiva) de los ciudadanos del derecho que deben acatar y respetar para ser considerados como personas en ese grupo humano. Pues de lo contrario, sería un error cognitivo que “no ofrece un patrón válido en una sociedad que trata a la realidad de manera racional; no puede tener carácter ejemplar; ese comportamiento ni siquiera puede interpretarse como protesta contra la realidad completamente impersonal, no constituye un destinatario idóneo al que pudiesen dirigirse protestas. Quien se comporta (sea que ello se corresponde con su plan, sea que es contrario a su plan, pero que el sujeto no presta atención a la hora de ejecutarlo) como si dos por dos fuesen cinco, o como si el granito pudiese flotar en agua, o quien yerra de manera menos drástica, pero decisiva para el resultado, no aporta con su comportamiento nada que sea comunicativamente relevante –pensare lo que pensare en su fuero interno-; se puede aprender de su fracaso, pero sólo para no volver a fracasar en el futuro. Además debe tenerse en cuenta lo siguiente: un comportamiento con defectos cognitivos conlleva el peligro de una *paena naturales*. Hablando en términos ejemplificativos: quien conduce ebrio un automóvil y parte de la base de que no ocurrirá nada malo, probablemente se dará cuenta, en caso de ocurrir un accidente, de que no solo dañó a otros, sino también a

---

<sup>13</sup> Polaino, Navarrete, “La Controvertida Legitimación del Derecho Penal en las Sociedades Modernas: ¿Mas Derecho Penal? Discurso del Catedrático en la Universidad de Sevilla, España. El Derecho Penal ante las Sociedades Modernas. Dos estudios de Dogmática Penal y Política Criminal. Editorial Jurídica Grijley. Lima, Perú. 2006. ps. 65-66

sí mismo, o aunque sólo afectó a otros, éstos son personas cuyo sufrimiento no le es indiferente”<sup>14</sup>

Para el tratadista Luigi Cornacchia la exigencia propuesta por Jakobs, de adecuarse a un proceso cognitivo de derecho, pues caso contrario el ciudadano queda excluido de la sociedad, esconde las verdaderas intenciones que resultan repudiables: “*el estado de excepción que constituye el fundamento de su explicación*”.<sup>15</sup>

De modo que el planteamiento de la propuesta dogmática de Jakobs no puede analizarse desde la perspectiva del problema cognitivo, sino en la legitimación del Estado para reconocer un nuevo ordenamiento jurídico basado en el concepto de “no persona”, legitimidad que se traduce en la aplicación de un nuevo régimen especial para combatir este tipo de criminalidad. Tenemos muchos ejemplos históricos al respecto, donde los sistemas jurídicos basados en la persecución de los enemigos de la sociedad y del Estado han sido reprimidos y “eliminados”. El modelo socialnacionalista alemán es un claro ejemplo de lo expresado. El etiquetamiento de los individuos “peligrosos” constituía una vía libre para terminar con los adversarios políticos y comunistas, luego extendido a los judíos.

En estos días es evidente que existe una tendencia a suprimir los derechos civiles y los derechos humanos, bajo la justificación del *estado de excepción* renacido tras el atentado a las torres gemelas del 11 de septiembre de 2001.<sup>16</sup>

Todos sabemos que con este marco “legal” George Bush se sintió autorizado para imponer un modelo basado en la Military Order que introduce en todos los tribunales de justicia una jurisdicción de carácter militar, dejando de lado la jurisdicción ordinaria,

---

<sup>14</sup> Jakobs, Günther. “Nuevo Concepto del Derecho Penal” Tomo II. Universidad Autónoma de Madrid. 2008. Madrid- España. Ps. 133-134

<sup>15</sup> Cornacchia Luigi. “la Moderna Hostis Indicatio entre la Norma y Estado de Excepción” Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión Volumen I. Cacio Melía y Gómez-Jara Diez, Coordinadores. Editorial BdeF. Montevideo- Buenos Arias. 2006. p. 446. Sostiene el tratadista italiano que el problema de la naturaleza- de “derecho” o de “no derecho” (o de “antiderecho”)- del Derecho Penal del Enemigo no es, obviamente, meramente teórica o clasificatoria. La afirmación de la pertenencia de la hostis indicatio al mundo del derecho comporta la exigencia de su racionalización y el repudio de sus impulsos expansivos irracionales: el estado de excepción constituye el fundamento de su explicación, no ciertamente de la legitimación de cualquier arbitrio de los poderes. Si el “enemigo” esta, por definición, excluido de la comunicación- al menos, hasta se autoexcluye de ésta- no lo son los otros ciudadanos, que bien pueden pedir cuentas al Estado, en cuanto son partes orgánicas de él, del ejercicio de los propios poderes y de su legitimidad.

<sup>16</sup> El presidente norteamericano George Bush proclamó una emergencia nacional en base de la National Emergencies Act en relación con la sección 1631 de la Constitución de los Estados Unidos, mediante la cual entra en vigencia una regulación compleja de largo alcance que permite una movilización contra el terrorismo. De modo que con esta regulación es posible el financiamiento secreto e indefinido a través del Departamento de Justicia y el FBI

basada en el respeto de las garantías y los derechos ciudadanos. Así, los “enemigos-terroristas” del grupo Al Qaeda, o todo aquel que sea considerado un colaborador, son considerados combatientes “ilegales” y como tales no son prisioneros de guerra y no gozan de los derechos previstos en la Convención de Ginebra de 1949. Todos los abusos que se han llegado a conocer, aplicados a estos seres humanos en la base de Guantánamo no están sometidos al control jurisdiccional americano ni internacional, aplicable a toda persona privada de su libertad.

Este procedimiento aplicado por el gobierno norteamericano de George Bush a criterio del tratadista italiano Massimo Donini constituye un “típico derecho del enemigo”. “Que se trate de un verdadero Derecho penal, es cuestión de definición. Lo es en la sustancia punitiva, pero no en las garantías y en la forma. Una pena sin derecho no es Derecho penal, sino violencia. Como en el caso de los campos nazis, el instrumento administrativo y organizativo secreto, la ausencia de controles jurisdiccionales, el clima de guerra difusa, el mantel de un estado de excepción, la construcción de una figura (o varias figuras) de *aliens*, de *hostes* verdaderos o presuntos, han convertido en realidad un cuadro en el que las no personas han encontrado pleno reconocimiento legal.”<sup>17</sup>

Para los que miramos en el Derecho una respuesta a los problemas contemporáneos no podemos cruzarnos de brazos ante la eliminación del *derecho penal mínimo*, bajo el supuesto que resulta utópico en la actual sociedad postindustrial y globalizada, porque el “modelo del Derecho penal del enemigo no afronta bien el tratamiento de la cuestión y la conduce por derroteros poco afortunados. Sobre todo, porque la camufla considerando que todo sujeto definido como enemigo tiene que sufrir una pena mayor por su mayor “culpabilidad cognitiva”. El principal problema del modelo del enemigo en este punto es que justifica estrategias estandarizadas y generales de inocuización contra “tipos de delincuente” que, en mi opinión son contrarias al Estado democrático de Derecho. Así, por ejemplo, cabe señalar que resulta tremendamente funcional para una estrategia extendida en Estados Unidos que, según mi criterio, es inconstitucional:

---

<sup>17</sup> Donini, Massimo. “El Derecho Penal Frente al Enemigo”. Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión. Cancio Meliá y Gómez- Jara Diez. Coordinadores. Volumen I. Editorial BdeF. Montevideo- Buenos Aires. 2206. p. 647

la de las teorías de la inocuización selectiva o de la neutralización selectiva (*selective incapacitation*).<sup>18</sup>

Desde la caída del muro de Berlín y el denominado “*fin de las ideologías*” la sociedad contemporánea apostaba a la vigencia de la “*pax posmoderna*”, precisamente por la consolidación de un poder hegemónico, neoliberal y globalizante. Creíamos que la ruptura del eje este-oeste, terminaría con la amenaza de la hecatombe nuclear y que el proyecto de la *aldea global* sería al fin el modelo de democracia participativa, en donde la universalización de los *derechos Humanos* haría posible una vida sin torturas ni tratos degradantes y pondría en primera línea el modelo de un derecho penal respetuoso de las garantías fundamentales.

No obstante, hay que reconocer cuán equivocados estuvimos porque a la amenaza nuclear le sobrevino otra muy real y de efectos devastadores: el *terrorismo*, *el crimen organizado*, *el narcotráfico*, *el tráfico de personas*, *la migración ilegal*. Dentro de este análisis, el 11 de septiembre de 2001, tiene mucho que aportar para la discusión, cuando los Estados Unidos de Norteamérica enfrentó el mayor atentado terrorista de su historia. La guerra que emprendió en nombre y representación de la “civilización occidental y cristiana” contra toda manifestación terrorista y fundamentalista del islam no ha terminado en todos estos años, al contrario la ha agudizado y amenaza con destruir a los pueblos de oriente en una lucha desigual que los desangra todos los días en una vorágine sin salida.

A raíz de esta creciente *terrorista*, los Estados europeos debaten sobre la necesidad de establecer sistemas de seguridad que impidan la utilización de su espacio para el desarrollo de actividades *terroristas*. No obstante el sistema de vigilancia y de seguridad implica un detrimento de las garantías fundamentales que constituyen la razón de ser de los Estados de Derecho. El *garantismo* no es su mejor herramienta para el desarrollo de ese espacio de seguridad, porque impone rigurosas medidas de contrapeso al ejercicio del poder punitivo del Estado. Por ello cobra vigencia la propuesta *del derecho penal del enemigo* porque permite el tratamiento excepcional y discriminatorio para aquellos individuos que se convierten en *enemigos* de los Estados, de la democracia y del Estado

---

<sup>18</sup> Feijoo Sánchez, Bernardo. “El Derecho Penal del Enemigo y el Estado Democrático de Derecho”. *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión* Volumen II. Cancio Meliá y Gómez- Jara Diez. Coordinadores Editorial BdeF. Montevideo- Buenos Aires. 2006. p. 827

de Derecho. No se explica de otra manera el tratamiento de los prisioneros en la base norteamericana de Guantánamo que no tienen ningún status, a los que se les niega incluso la posibilidad de ser juzgados en franca rebeldía al derecho internacional y a la condena mundial.

El *ius puniendi* del Estado, a pretexto de combatir el terrorismo, permite actualmente a los Estados una serie de prácticas que antes no eran permitidas, precisamente por vulnerar garantías fundamentales. Así por ejemplo las escuchas telefónicas, la revisión de correspondencia, la vulneración de la intimidad personal y domiciliaria con la colocación de micrófonos, son prácticas comunes en aquellos Estados que antes del 11 de septiembre se proclamaban defensores a ultranza de las libertades individuales. Todavía resuena en los tabloides del mundo entero la aceptación del gobierno norteamericano de Bush de estas prácticas violatorias y sobre todo, el apoyo de la comunidad europea para que el gobierno norteamericano realice estas prácticas violatorias de los derechos humanos. Por ejemplo, la utilización de los aeropuertos europeos como cárceles y como salas de interrogatorios y vuelos especiales con prisioneros bajo sospechas de terrorismo.

La concepción teórica de Günther Jakobs no puede entenderse sin abordar que el derecho penal del enemigo está íntimamente ligado al tema del *terrorismo* y por ende se mezclan no solamente categorías jurídicas sino también intereses políticos y económicos “que van desde mantener determinadas áreas de producción bajo el dominio de los centros de poder, hasta justificar la intromisión de unos Estados en cuestiones de política doméstica de otros, poniendo en juego la tan sacralizada “soberanía”, pilar básico de su propio sistema de dominación.”<sup>19</sup>

Bajo el racionamiento de Jakobs *enemigo* es aquel ciudadano que por su posición, forma de vida o quizás su pertenencia a una organización, ha abandonado el Derecho, no de forma incidental sino duradera. Por lo que no garantiza la más mínima seguridad cognitiva, déficit que expresa a través de su conducta, que lleva a la conclusión que al

---

<sup>19</sup> Negri, Antonio. El Poder Constituyente, Ensayo sobre las Alternativas de la Modernidad Libertarias, sitio web. <http://blog.iespana.es/sintesiscomentadapoderconstituyente>.

encontrarse palmariamente fuera del sistema no tiene derecho a gozar de todos los beneficios como si fuera una persona, siendo el enemigo una no-persona.<sup>20</sup>

Bajo esta concepción, enemigo es aquel que está fuera del sistema (dominante) y por tanto no le corresponde las garantías del sistema. El *enemigo* adquiere ese estatus y no es persona. Por ello el poder punitivo del Estado no le reconoce garantía de ninguna naturaleza (prisioneros de Guantánamo) y puede ser aplicado de la forma más agresiva violando garantías y derechos que se encontraban consagrados en las constituciones y en los convenios y tratados internacionales. De este modo se vuelve común la práctica de la tortura, las incomunicaciones prolongadas, la detención sin límite de tiempo y sin ningún control jurisdiccional. Todo aquel que forma parte de una *organización criminal* no es considerada persona sino *enemigo*, por tanto, no merece que se le respete sus derechos individuales ni siquiera merece *justicia* porque quedó fuera de la *sociedad*.

La puesta en vigencia en el Derecho penal del concepto de “enemigo” o “no persona” significa un franco retroceso en el sistema de protección efectiva de los Derechos Humanos, que está en franco retroceso. Si bien existe una profusa legislación internacional a través de los convenios y tratados internacionales, que forman parte incluso de los ordenamientos internos, esta arquitectura de protección resulta insuficiente para proteger al ser humano de los abusos del poder, porque el Estado ha abandonado su concepción de Estado Medio y se ha convertido en un *Estado Fin* con plenos poderes para eliminar a aquellos nuevos *enemigos*. Si los enemigos de ayer eran los vagabundos y en general todos quienes atentaban contra el derecho de propiedad, los de hoy son los *terroristas*, o los *narcotraficantes* –los mismos que continuamente tejen relaciones en los centros de poder- y como tal no es necesario respetar sobre ellos derechos individuales. Esta exposición resulta insostenible a la luz de los principios de los Derechos Humanos. Habría que preguntarse como Zaffaroni ¿quiénes serán rotulados como los próximos enemigos? Sostiene el maestro argentino que la historia del poder punitivo es la de las emergencias invocadas en su curso, que siempre son serios problemas sociales. Señala que “partiendo de falsa percepción de la criminalización, se sustenta la ilusión de la solución de gravísimos problemas sociales, que lo único que hace es neutralizar o paralizar la búsqueda de soluciones eficaces o

---

<sup>20</sup> Jakobs, Günther. “La Ciencia del Derecho Penal ante las Exigencias del Presente” Revista Peruana de Ciencias Penales. Edición Especial sobre el Código Penal Peruano. Año VII-VIII. No 12. p. 55

reales, y que cada vez que se pretendió solucionar problemas como la brujería, la herejía, la prostitución, el alcoholismo, la sífilis, el aborto, la insurrección, la corrupción, el anarquismo, el comunismo, la amenaza nuclear, etcétera... cada uno de estos conflictivos problemas se disolvió (dejó de ser un problema), se resolvió por otros medios o no los resolvió nadie, pero absolutamente ninguno de ellos fue resuelto por el poder punitivo. Sin embargo, todos dieron lugar a discursos de emergencia, que hicieron nacer o resucitar las mismas instituciones represivas a las que en cada ola emergente se apela, y que no varían desde el siglo XII hasta el presente.”<sup>21</sup>

Si para Jakobs la “garantía jurídico-penal ha de garantizar seguridad de expectativas”, pues de lo contrario, la “pena debe reaccionar frente a un comportamiento que no pueda ser interpretado como compatible con el modelo de mundo esbozado por la norma”<sup>22</sup>, la expectativa de un comportamiento “compatible” de los ciudadanos no significa, que el Estado tiene libertad para actuar en detrimento de la libertad, “basado en la lógica funcional del Estado preventivo, que preconiza un modo de actuar proactivo frente a los riesgos, y no como sería propio del Estado de Derecho, delimitado reactivamente de acuerdo con determinados principios y garantías.”<sup>23</sup>

El sostener una tesis fundamental basada en las “garantías”, no significa una “utopía”, al decir de Jakobs. Al contrario, es la única forma de precautelar un Derecho vinculado a las garantías del Estado de Derecho, aplicable a todas las personas, sin exclusión de ninguna naturaleza. Sustituir la respuesta penal de acto por la respuesta preventiva del derecho penal de autor, que propone el concepto de Derecho penal del enemigo, es un gran retroceso de nefastas consecuencias ya vividas por la humanidad.

El Derecho penal no puede dejar de ser protector y garantista. Basta la sola aplicación del poder punitivo del Estado para aquellas personas que se apartan del Derecho, para proteger a la sociedad, sin necesidad de imponer una doble punibilidad: el aislamiento, la exclusión, el etiquetamiento y la imposición de la pena.

---

<sup>21</sup> Zaffaroni, Raúl Eugenio. “Derecho Penal. Parte General. Ediar. 2000. p. 21

<sup>22</sup> Jacobs, Günter. “La Prohibición de Regreso en los Delitos de Resultado”. Nuevo Concepto del Derecho Penal. Tomo IV. Universidad Autónoma de Madrid. Madrid-España. 2008. p. 132.

<sup>23</sup> Crespo, Eduardo Demetrio. “El Derecho Penal del Enemigo darf nicht sein!”. Sobre la ilegitimad del llamado “Derecho Penal del Enemigo” y la idea de seguridad. Derecho Penal del Enemigo. el discurso penal de la exclusión” Cancio Meliá- Gómez Jara Diez. Coordinadores. Volumen I. Editorial Bde F. Libros Jurídicos. Buenos Aires- Argentina. 2006. p. 481

Sostener lo contrario significa aplicar la justicia penal eficientista “que se expresa a través de un Derecho penal que no es concebido y utilizado en la práctica como *ultima ratio*, sino, al contrario, como *prima ratio*: que tiende a ser movilizado con el propósito de resolver todo tipo de problemas económicos, sociales o políticos. Es un modelo que tiende, al mismo tiempo, a ser totalizante, respecto no sólo del sistema Derecho penal, sino del sistema del Derecho en general.”<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Aponte, Alejandro. “Derecho Penal del Enemigo en Colombia: Entre la Paz y la Guerra” Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión Volumen I Cancio Meliá y Gómez- Jara Diez. Coordinadores Editorial BdeF. Montevideo- Buenos Aires. 2006. p. 215

## CAPITULO II

### Teoría del Garantismo

2.1 Límite del *ius puniendi* (poder punitivo del Estado).- 2.2 Derecho Penal mínimo de última ratio.- 2.3 La tutela de los derechos fundamentales de todas las personas.- 2.4 Poder planetario e igualdad universal.- 2.5 No a los Estados de excepción.- 2.6 Garantismo versus peligrosidad.- 2.7 Garantías penales mínimas.

La teoría del garantismo construida por el profesor italiano Luigi Ferrajoli busca eliminar, en el ejercicio del poder punitivo del Estado, todo tipo de tratamiento excepcional que los denominados *Estados de excepción* impusieron especialmente en Europa y América Latina en la década del setenta. Esta disminución del *ius puniendi* la propone a través de un rígido sometimiento a las normas constitucionales del poder penal legislativo, del garantismo penal y la aplicación del programa de un *derecho penal mínimo*. En suma, un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva, a través de esos rígidos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona.<sup>25</sup>

En el *garantismo penal*, la apuesta es alta: “La elaboración de un sistema general del garantismo o, si se quiere, la construcción de las paredes maestras del estado de derecho que tienen por fundamento y fin la tutela de las libertades del individuo frente a las variadas formas de ejercicio arbitrario del poder, particularmente odioso en el derecho penal.”<sup>26</sup>

Porque solamente, “al reconocerse las personas como hombres libres en una sociedad de derecho, es allí donde se respetan”.<sup>27</sup>

Ya nos advertía el maestro Zaffaroni de los peligros que conlleva el poder totalitario en el ejercicio de un poder punitivo que “se ha legitimado primero por el discurso del estado de pecado (teocrático) y luego por el estado de peligro (cientifista), no siendo

---

<sup>25</sup> Ferrajoli, Luigi. “El Garantismo y el Derecho Penal” Ara Editores. Lima.- Perú. 2002. ps. 24-25

<sup>26</sup> Ferrajoli, Luigi. “Derecho y Razón.” Editorial Trotta. 2005. p. 13

<sup>27</sup> Parma, Carlos. “Problemas del Derecho Penal Posmoderno”. Derecho Penal Posmoderno. Ara Editores. Lima-Perú. 2005. p. 30

menos sospechoso el actual *estado de irreductibilidad funcional al sistema* y que la normalización equivalga a la expiación teocrática y a la neutralización cientifista.”<sup>28</sup>

La tendencia del “moderno derecho penal” es motivo de preocupación en el jurista argentino, quien advierte que: “Se vive una etapa en que el poder se planetariza y amenaza casi con una dictadura global, el potencial tecnológico de control informativo puede acabar con cualquier intimidad, el uso de ese potencial controlador, por supuesto, no se limitaría a investigar a los protagonistas de hechos violentos sino que abarcaría a toda la población, la comunicación masiva tiene hoy un formidable poder técnico, está abierta a una propaganda vindicativa en todo el mundo. El poder planetario está fabricando enemigos en serie, los enemigos se gastan rápido de modo que se fabrican otros. Satán y las brujas duraron como 300 años, el comunismo internacional duró bastante menos, y a partir de la caída del muro de Berlín los enemigos ya no se fabrican fotográficamente, van casi, produciéndose por semanas. Por mucho que se atavíe o se vista de jurídica la cuestión del derecho penal del enemigo, no se escapa que hay en el fondo una pregunta de ciencia política. En este momento, las decisiones estructurales no pasan por la política, casi se toman directamente por protagonistas del poder económico, así el ámbito de la política se va reduciendo y en este sentido se reduce el ámbito de la negociación... Penalistas impresionados por hechos de cierta brutalidad ha habido muchos, y lo que caracteriza fundamentalmente la propuesta de Jakobs es su extrema sinceridad (de buena fe), que ha desatado una suerte de escándalo en el mundo jurídico.

En todas las épocas en el Derecho Penal se ha tratado de eliminar a los delincuentes que cometían delitos muy graves... Esto es algo que transita toda la historia del Derecho Penal. Y en definitiva, nada muy diferente es lo que nos propone Günther Jakobs. Es parte del presupuesto que una conducta es banal o no banal según el contexto y según las circunstancias (esto no se entiende en una dogmática que sacraliza los roles).”<sup>29</sup>

En Latinoamérica, los que vivimos de cerca el poder punitivo de *prima ratio* aplicado por los *Estados de excepción* en los llamados *Estados de emergencia*, no podemos aceptar una tesis que rompe con la teoría de los Derechos Humanos, con las garantías y con el principio de igualdad. Por ello, el Derecho penal del enemigo “por más

---

<sup>28</sup> Parma, Carlos. Ob. Cit. p. 41

<sup>29</sup> Parma, Carlos. Ob. Cit. El profesor argentino cita la conferencia dictada por Raúl Eugenio Zaffaroni sobre “El Derecho Penal del Enemigo” en la Universidad del Congreso, Mendoza, el 19 de agosto del 2005. p.42

aparición “real” que tenga debe ser rechazado. Rompe el principio de igualdad y de humanidad. Hay que declararse enemigo del derecho penal del enemigo.”<sup>30</sup>

Para declararse “enemigo del derecho penal del enemigo” nada mejor que confrontarla con la tesis del *garantismo*. Precisamente porque el “derecho penal, aun cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política. La pena, cualquiera que sea la forma en que se la justifique y circunscriba, es en efecto una segunda violencia que se añade al delito y que está programada y puesta en acto por una colectividad organizada contra un individuo. Si la propiedad privada fue llamada por Beccaria “un terrible y quizás no necesario derecho”, la potestad de castigar y de juzgar es seguramente, como escribieron Montesquieu y Condorcet, el más “terrible” y “odioso” de los poderes: el que se ejerce de la manera más violenta y directa sobre las personas y en el que se manifiesta de la forma más conflictiva la relación entre estado y ciudadano, entre autoridad y libertad, entre seguridad social y derechos individuales. Es por lo que el derecho penal ha estado siempre en el centro de la reflexión jurídico-filosófica. Su fundamentación *racional*, aun en el variar de los criterios de racionalidad, ha sido invariablemente considerada a su equivalente a su justificación *ético-política*; mientras su irracionalidad ha sido siempre, por el contrario, equiparada al despotismo y al abuso de poder. Al mismo tiempo, su rígida disciplina *jurídica*, mediante técnicas específicas de limitación y de legitimación legal, se ha revelado como la principal garantía de la racionalidad y de la justificación del poder de castigar, de prohibir y de juzgar.”<sup>31</sup>

Desde el enfoque garantista, no cabe la aplicación en el Derecho penal del principio de razón de estado, como lo sugiere la tesis del Derecho penal del enemigo en el denominado *estado de excepción*. “La razón de estado es incompatible con la jurisdicción penal dentro del marco del moderno estado de derecho, de forma tal que cuando interviene –como en el derecho penal de la emergencia- para condicionar las formas de la justicia o, peor, para orientar un concreto proceso penal, entonces ya no existe jurisdicción sino otra cosa: arbitrio policial, represión política, regresión neoabsolutista del estado a formas premodernas. Esta tesis será corroborada por el análisis de las perversiones sustancialistas y policiales de la jurisdicción provocadas en

---

<sup>30</sup> Parma, Carlos. Ob. Cit, p. 43

<sup>31</sup> Ferrajoli. Luigi “Derecho y Razón”. Teoría del Garantismo Penal” Editorial Trotta. Madrid- España. 2005. Séptima Edición. ps. 21-22

Italia por la legislación y la cultura de la emergencia. Y formará la base para una redefinición de la relación entre medios y fines penales, además de para una crítica de la legitimidad de la categoría misma de los delitos políticos y, más en general, de toda forma de derecho penal especial o excepcional.”<sup>32</sup>

La advertencia oportuna del jurista italiano escrito en la década de los setenta nos pone de manifiesto, que la mezcla derecho-política siempre implicará el ejercicio de un poder punitivo ilimitado, desatado de manera incontrolable en contra de sus declarados “enemigos”. Por ello, “los derechos fundamentales constituyen la base de la moderna igualdad, que significa que son universales, en el sentido que corresponden a todos y en la misma medida. Estos derechos son indispensables e inalienables y en consecuencia no están sujetos a las reglas del mercado, ni tampoco a la decisión política. Esto tiene como consecuencia que la vigencia de ellos es absolutamente ajena a la decisión de la mayoría y por ende éstos no pueden cercenarlos, violarlos o condicionarlos a punto tal que solo existan formalmente.”<sup>33</sup>

Igualdad universal, ha dicho el maestro italiano, que no está sujeta a ningún condicionamiento, porque los derechos de los seres humanos son inalienables. No cabe un tratamiento diferenciado a “personas” y “no personas” bajo la premisa de “peligrosidad” o “seguridad”. Cuando no se cumplen las expectativas de Derecho, el mismo Derecho se encarga de aplicar una respuesta, cuando los actos de una persona hayan causado una lesión al Derecho. El Derecho penal ha sido estructurado para proteger las condiciones de vida de una sociedad. Pero esta protección en modo alguno debe limitar la libertad de las personas, porque la imputación, que es la base del sistema, sólo se aplica a los sujetos libres y responsables, como diría el maestro Donna<sup>34</sup> El referido jurista es mucho más radical cuando sitúa el concepto de “enemigo” en la corriente del “peligrosismo”, pues “últimamente no tengo duda en situar, dentro de esta idea general, la posición que afirma que el delincuente es un *enemigo*, que en el fondo sostiene que el “*otro*” como tal no existe cuando se contrapone con la norma. El fundamento de esta afirmación se encuentra en que en todas estas teorías se da una constante: el *otro*; no es más el *otro* como sujeto responsable, es una máscara, una

---

<sup>32</sup> Ferrajoli, Luigi. Ob. Cit. p. 812

<sup>33</sup> Cita que realiza el profesor argentino. Edgardo Alberto Donna en su artículo publicado por la Universidad de Buenos. ¿Es Posible el Derecho Penal Liberal? sitio Web: [htt.www.bibliojuridica.org/libros/4/17269.pdf](http://www.bibliojuridica.org/libros/4/17269.pdf)

<sup>34</sup> Donna, Edgardo Alberto. “El Derecho Penal. Parte General” Tomo I. Fundamentos-Teoría de la Ley Penal. Editores Rubinzal-Culzoni. 2006. p. 18

función, o empleando una palabra no muy española: meramente un rol. En este punto del análisis se pueden tomar dos caminos. El primero, describir cómo funciona hoy en día el derecho penal y afirmar que trata a los hombres como si fueran enemigos, esto es, ver la falta de derechos y garantías, lo que sería, más que un trabajo jurídico, un trabajo sociológico o de estadística, en el sentido de la descripción de los hechos. El segundo, que es nuestro caso, es la afirmación de lo que debe entenderse por derecho penal, como orden normativo, aun cuando en lo real no pueda constatarse. Es decir, cuál es el límite del Estado en su función punitiva. Las razones por las cuales el derecho penal debe existir y las razones por las cuales debe ser limitado a ciertos y determinados casos.”<sup>35</sup>

El maestro Donna nos ha dado el fundamento y la razón de ser de la tesis del garantismo: La limitación del poder punitivo del Estado al ejercicio pleno del derecho y su respuesta frente a la lesión de bienes jurídicos, porque los problemas de la sociedad globalizada deben resolverse en el campo de la política, no en el ámbito penal. “Quien pretenda solucionar este tipo de problemas complejos con la pena, demuestra como mínimo la falta de imaginación y como máximo que no acepta vivir en una sociedad democrática.”<sup>36</sup>

Hoy más que nunca cobra vigencia la tesis del garantismo porque su propuesta es absolutamente jurídica (sin descuidar su influencia en las otras áreas de las ciencias), porque a través de ella se somete al poder punitivo del Estado al ámbito jurídico, no político que no soluciona nada. No sin razón afirma Donna que “El modelo económico y político de occidente, sobre todo en la última década, ha demostrado su manifiesta ineptitud para ser presentado como universal y universable. Los programas prolongadamente impuestos como modelo obligado para dirigir la acción económica y social con la esperanza de obtener un desarrollo político y económico en los países del tercer mundo, en líneas generales, han fracasado. No les alejan de la pobreza y de la incultura, más bien incrementa el número de la gran mayoría sumergida en ella... El modelo de explotación industrial de lo que se llamó el capitalismo tardío se muestra inapropiado para un desarrollo sostenible de la economía mundial... pues el dinero y el

---

<sup>35</sup> Donna. Edgardo Alberto. Ob. Cit. ps. 17-18

<sup>36</sup> Donna. Edgardo Alberto. en su artículo publicado por la Universidad de Buenos Aires ¿Es posible el Derecho Penal Liberal? sitio Web: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/17269.pdf>

poder se han convertido en los principales garantes de las normas que definen lo que es válido socialmente.”<sup>37</sup>

Ferrajoli, como una de las formas de controlar el poder punitivo del Estado, propone lo que denomina principios, garantías penales y procesales que constituyen el modelo garantista de derecho o de responsabilidad penal, que han sido concebidos, según afirma, desde el pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII como principios políticos, morales o naturales de limitación del poder penal “*absoluto*” y que han sido incorporados en las constituciones o codificaciones posteriores, convirtiéndose en los principios jurídicos del moderno *estado de derecho*:: 1) principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2) principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto; 3) principio de necesidad o de economía del derecho penal; 4) principio de lesividad o de la ofensividad del acto; 5) principio de materialidad o de la exterioridad de la acción; 6) principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal; 7) principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto; 8) principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación; 9) principio de la carga de la prueba o de verificación; 10) principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación.<sup>38</sup>

Estas garantías mínimas que propone Ferrajoli, son universales, para todos los seres humanos, sin límite alguno, sin considerar su grado de peligrosidad o no.

---

<sup>37</sup> Ibidem

<sup>38</sup> Ferrajoli. Luigi. “Derecho y Razón” Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta. Madrid- España. Séptima Edición. 2005. p.93

## CAPITULO III

### Diferencias entre Derecho Penal del Enemigo y Garantismo

3.1 Tesis y antítesis.- 3.2 Derecho Penal mínimo y derecho penal máximo.- 3.3 Poder político y derecho.

De la síntesis de estos dos postulados, queda en evidencia su antagonismo: El garantismo es la tesis y el derecho penal del enemigo la antítesis. Para el garantismo no existe ningún tratamiento excepcional o discriminatorio. Al contrario, a través de la férrea observancia de las garantías constitucionales se busca aplicar un derecho penal mínimo que atenúe la respuesta penal del Estado o *ius puniendi*. En tanto que la razón de ser del derecho penal del enemigo es precisamente este tratamiento excepcional para aquellos individuos que con su comportamiento ponen en peligro a la sociedad que los acogió. Por ello, “debe protegerse mediante una vigilancia especial, adelantamiento de la punibilidad, medidas de aseguramiento o custodia de seguridad.”<sup>39</sup>

El garantismo, que representa la base de una filosofía política, y al mismo tiempo de una teoría crítica normativa y procesal del derecho penal, pretende ser eliminado por la aplicación de un derecho penal máximo que aplica respuestas duras para combatir aquellas situaciones excepcionales.<sup>40</sup>

La minimización de la violencia punitiva y la configuración de las fuentes de justificación del derecho penal como alternativa a la anarquía de las reacciones a las ofensas de las venganzas privadas y a las reacciones formales y arbitrarias de los aparatos públicos no son más el instrumento de paz y de defensa y garantía de todos: una minoría delincuente pero también de la mayoría no delincuente.<sup>41</sup>

Si la respuesta del Estado a través del *ius puniendi*, de por sí ya es lo suficientemente violenta, entonces ¿qué diremos de una respuesta penal máxima que se aplica en forma excepcional contra aquellas personas que son consideradas enemigas del Estado? El tratadista español Perfecto Andrés Ibañez sostiene que: “Hay actuaciones procesales,

---

<sup>39</sup> Polaino. Orts. Miguel. “Derecho Penal del Enemigo”. Desmitificación de un concepto. Editorial Jurídica GRIJLEY. Lima, Perú. 2006. p. 22

<sup>40</sup> Ferrajoli. Luigi “El Garantismo y el Derecho”. Derecho Penal Contemporáneo. Ara. Editores. Lima- Perú 2002. ps. 24-25

<sup>41</sup> Ob. Cit. p. 32

que incluso realizadas con el máximo de delicadeza que permiten, consideradas en la pura materialidad de las acciones en que se concretan, tienen una inquietante semejanza con gravísimas acciones delictivas. Bajo ese prisma: un registro domiciliario judicial no se distingue del delito de allanamiento de morada; una interceptación telefónica es asimilable a una escucha ilegal; una intervención corporal podría ser algo muy parecido a un acto de violencia sexual.”<sup>42</sup>

La concepción teórica de Günther Jakobs no puede entenderse sin abordar que el derecho penal del enemigo está íntimamente ligado al tema del *terrorismo* y por ende se mezclan no solamente categorías jurídicas sino también intereses políticos y económicos “que van desde mantener determinadas áreas de producción bajo el dominio de los centros de poder, hasta justificar la intromisión de unos Estados en cuestiones de política doméstica de otros, poniendo en juego la tan sacralizada “soberanía”, pilar básico de su propio sistema de dominación.”<sup>43</sup>

Bajo el racionamiento de Jakobs *enemigo* es aquel ciudadano que por su posición, forma de vida o quizás su pertenencia a una organización, ha abandonado el Derecho, no de forma incidental sino duradera. Por lo que no garantiza la más mínima seguridad cognitiva, déficit que expresa a través de su conducta, que lleva a la conclusión que al encontrarse palmariamente fuera del sistema no tiene derecho a gozar de todos los beneficios como si fuera una persona, siendo el enemigo una no-persona.<sup>44</sup>

Bajo esta concepción, enemigo es aquel que está fuera del sistema (dominante) y por tanto no le corresponde las garantías del sistema. El *enemigo* adquiere ese estatus y no es persona. Por ello el poder punitivo del Estado no le reconoce garantía de ninguna naturaleza (prisioneros de Guantánamo) y puede ser aplicado de la forma más agresiva violando garantías y derechos que se encontraban consagrados en las constituciones y en los convenios y tratados internacionales. De este modo se vuelve común la práctica de la tortura, las incomunicaciones prolongadas, la detención sin límite de tiempo y sin ningún control jurisdiccional. Todo aquel que forma parte de una *organización criminal*

---

<sup>42</sup> Ibañez, Perfecto. Andrés. “Garantismo y Proceso Penal” Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. San José. 1999. p. 15

<sup>43</sup> Negri, Antonio. El poder Constituyente, Ensayo sobre las alternativas de la Modernidad Libertarias. Sitio Web: <http://blog.iespana.es/sintesiscontempladapoderconstituyente>

<sup>44</sup> Jakobs. Günter. “La Ciencia del Derecho Penal ante las Exigencias del Presente” Revista Peruana de Ciencias Penales. Edición Especial sobre el Código Penal Peruano. Año VII- VIII. No 12. p 55

no es considerada persona sino *enemigo*, por tanto, no merece que se le respete sus derechos individuales ni siquiera merece *justicia* porque quedó fuera de la *sociedad*.

En suma, el derecho penal del enemigo implica una fuerte restricción de las garantías de los ciudadanos y se expresa a través de la creación de nuevos tipos penales; en el cambio de concepto de bienes jurídicos (sociedad en riesgo); el principio de legalidad prácticamente se diluye al pretender dar respuestas penales a los grandes problemas contemporáneos: crimen organizado, delitos cibernéticos, tráfico de drogas, terrorismo, delitos económicos, lavado de dinero, delitos ambientales, etc., etc.; aumento de la penalidad; negativa a aplicar las leyes con efecto retroactivo, cuando son favorables al reo; dificultades procesales para los justiciables para impedir su liberación, etc., etc.

Todos estos elementos que constituyen la esencia de la teoría del delito, los veremos reflejados en el caso ecuatoriano.

## CAPITULO IV

### El caso Ecuatoriano

4.1 El poder político y la seguridad ciudadana.- 4.2 Análisis de las reformas al sistema penal Ecuatoriano.

Las reformas introducidas al Código Penal ecuatoriano están enmarcadas en este concepto del derecho penal del enemigo, pues fueron forjadas por la “presión social” de una colectividad que clamaba “seguridad”, ante la cada vez más creciente ola delincencial.

El poder político, de ocasión, ha procurado responder al clamor ciudadano expresado en múltiples marchas y por todos los medios, y ha tomado como objetivo final acabar con los potenciales *enemigos* de la paz pública: la delincuencia. Bajo este prisma nacieron los planes y proyectos denominados ¡*Más seguridad!*, los consejos de seguridad ciudadana, la organización de las poblaciones urbanas y rurales en estrecha colaboración con la policía (Unidades Policiales Comunitarias –UPC), el surgimiento de grupos armados paramilitares, el florecimiento de las empresas de seguridad privada, la aplicación de la vindicta pública conocida como “justicia por mano propia”, por citar algunos.

Toda esta corriente de *inseguridad ciudadana* estaría insertada en la nueva propuesta dogmática que quiere implementarse “para superar el hasta hace poco indiscutido modelo penal garantista y a sustituirlo por otro al que he denominado el modelo penal de la seguridad ciudadana.”<sup>45</sup>

Modelo que pretende generar un debate sobre el fenómeno de la expansión del derecho penal vinculada a la moderna sociedad del riesgo, porque “la criminalidad de los socialmente excluidos constituye la *dimensión no tecnológica de la sociedad del riesgo*, de forma que, por ejemplo, la anticipación de la tutela penal se justifica tanto por la necesidad de reaccionar con estructuras de peligro a las nuevas formas de criminalidad

---

<sup>45</sup> Diez Ripolles, José L. “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología SIN 1695-094. Artículos RECPC 07-01 (2005), p. 01:2

como por la urgencia de actuar contra la desintegración social y la delincuencia callejera que originan los marginados sociales.”<sup>46</sup>

Esta nueva postura doctrinal denominado “modelo penal de la *seguridad ciudadana*” ha creado en nuestro país un nuevo proceso de poder político, escudado en la excusa de la *seguridad*, que ha conferido poderes desorbitados a la policía y a sus instrumentos de investigación pre procesal y procesal. (Todavía recordamos la muerte de varios seres humanos a manos de la policía, en la farmacia Fybeca de Guayaquil o los carteles colocados a la usanza del west norteamericano ofreciendo recompensa para los *delincuentes más buscados del país*).

El partido social cristiano, de mucha influencia hasta el año 2006, impulsó una serie de reformas al sistema penal buscando el endurecimiento de la respuesta del Estado contra los *delincuentes*, sin ninguna política del Estado, sino únicamente para sacar ventaja electoral por la aparente demanda social, ignorando que el fin del derecho penal es “asegurar la pacífica coexistencia en la sociedad.”<sup>47</sup>

Por encima de la tendencia dogmática penal, el poder político ecuatoriano ha pretendido utilizar precisamente la respuesta penal no en forma subsidiaria como propone el maestro alemán, sino como la primera y máxima respuesta, buscando precisamente a través de la pena “la eliminación de un peligro” como propone Günther Jakobs.<sup>48</sup>

Roxin indica que el derecho penal siempre será de naturaleza subsidiaria, que sólo pena las lesiones de bienes jurídicos y las infracciones contra fines de prevención social, si ello es ineludible para una vida comunitaria ordenada, porque tanto la sentencia como el sistema penitenciario mejor y más progresivo, carecen de sentido si, a causa de la legislación penal, se les someten hombres sobre los que pesa injustamente la mácula de delincuentes.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> Diez Ripolles, José L. Ob. Cit. ps. 01.10

<sup>47</sup> Roxin. Claus. “Problemas Actuales de la Dogmática Penal” Ara Editores. Lima- Perú. 2004. p. 20

<sup>48</sup> Jakobs. Günter. “El Derecho Penal ante las Sociedades Modernas”. Dos estudios de la Dogmática Penal y Política Criminal. Editora Jurídica Grijley. Lima- Perú. 2006. p. 45

<sup>49</sup> Roxin. Claus. “Problemas Básicos del Derecho Penal.” Reus. Madrid.1991. ps. 20-21

Hagamos un recorrido por las reformas a nuestro sistema penal desde el año 2001 a 2007 y veremos si éstas se encasilla en la tesis del garantismo o están más cercanas a la concepción del derecho penal del enemigo.

## CAPITULO V

### Características de las reformas

5,1 Aumento de la penalidad.- 5.2 Agravamiento de la situación procesal de los detenidos.- 5.3 La detención en firme.- 5.4 Vulneración del principio de plazo razonable.- 5.5 Eliminación del principio de economía procesal por la eliminación de la conexidad.- 5.6 Creación de nuevos tipos penales.- 5.7 No aplicación del principio de retroactividad *favori rei*.- 5.8 Globalización de los tipos penales.

Bajo el concepto de la *inseguridad ciudadana*, ocasionada por “el aumento de la criminalidad”, el poder político ecuatoriano, representado por el partido socialcristiano, de aplastante mayoría en el Congreso Nacional<sup>50</sup> implementó una serie de reformas al sistema penal ecuatoriano con las que generó un gran hacinamiento carcelario, empeorando las condiciones procesales de los justiciables, acogiendo por primera ocasión el concepto de “expansión del derecho penal”, buscando “prestar la atención a las nuevas realidades delictivas (que) aconsejaba proceder a una ampliación de los contenidos del derecho penal.”<sup>51</sup>

De este modo, la oleada migratoria, imparable, en el país, trajo como consecuencia el aumento de las penas para los delitos de estafa y la creación de un nuevo tipo penal denominado *tráfico ilegal de migrantes* que aplica penas de reclusión. Esta reforma fue implementada el 2 de diciembre de 2002 en el Registro Oficial número 716. Esta reforma también incorpora al Art. 563 del Código Penal un inciso para sancionar con pena de reclusión a la estafa cometida en casos de migraciones ilegales.

Otro ejemplo asimilable al concepto de “expansión del derecho penal” para procurar la “seguridad ciudadana”, la encontramos en las reformas introducidas al sistema procesal penal. Luego de un largo debate en el mes de junio de 2001 se llegó a implementar un nuevo sistema procesal denominado *acusatorio* en sustitución del “viejo sistema” *inquisitorio*. En este nuevo Código se limitaba el *ius puniendi* ejercido a través del Ministerio Público al cumplimiento de ciertos requisitos de procedibilidad. Así por

---

<sup>50</sup> En los tiempos del poder político, al partido socialcristiano, por el control que tenía de todas las instituciones del Estado y el manejo del Congreso Nacional, se lo denominó “la aplanadora”

<sup>51</sup> Diez, Ripolles , José L. “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”, ob. Cit. p. 01:13

ejemplo se establecía en los Arts. 32 y 33 que los delitos de instancia particular (hurto, robo con fuerza en las cosas, violación de domicilio, estafa) sólo podían perseguirse si el ofendido expresaba su consentimiento a través de la presentación de una denuncia. Sin embargo ante la creciente ola delincencial, la ciudadanía puso el grito en el cielo porque, los *delincuentes*, pese a haber sido sorprendidos en flagrancia delictiva, eran liberados inmediatamente.

Nuevamente el legislador a través de reformas parche, acogiendo el “clamor ciudadano” eliminó a los delitos de hurto y robo de la clasificación de delitos de instancia particular, que requerían de la denuncia del ofendido y los convirtió en delitos de instancia oficial para que el Ministerio Público, de oficio, pudiera ejercer la persecución penal.

Como tampoco funcionó esta reforma para disminuir la tasa delincencial, el 13 de enero de 2003 los legisladores social cristianos impusieron una nuevo paquete de reformas al sistema penal, buscando combatir a los delincuentes “*enemigos de la sociedad*”. Así, cometiendo un fraude a la Constitución Política para dejar sin efecto el principio de *plazo razonable* consagrado en el Art. 24,8 que establecía un límite para la duración del auto de prisión preventiva en seis meses y un año en los casos de delitos menores y mayores, se inventaron una “figura procesal” denominada *detención en firme* para que los *delincuentes* no fueran liberados por la aplicación de la garantía constitucional.

Con esta medida excepcional aplicable para aquellas personas que se encontraban con prisión preventiva y llamadas a juicio se violaba el principio de plazo razonable previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos acogidos por el Estado ecuatoriano. De nada sirvieron las condenas impuestas al Ecuador por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, precisamente por vulnerar el principio del plazo razonable (caso Suárez-Rosero, Acosta-Calderón y Tibi) porque el concepto de *seguridad ciudadana* y el consecuente combate a la delincuencia justificaba todo endurecimiento de la respuesta penal del Estado.<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> CIDH. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Dictada el 12 de Noviembre de 1997. (Fondo) Sitio Web: [www.eldial.com/bases/prision/Suarez%20Rosero 20\(Sent\).pdf](http://www.eldial.com/bases/prision/Suarez%20Rosero%20(Sent).pdf). Párrafo 110. Declara que el Estado Ecuatoriano violó en perjuicio de Rafael Iván Suárez Rosero, 1.-“El artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con el artículo 1.1 de la misma, en los términos señalados en los párrafos 38 a 66 de la presente sentencia. 2.- El artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con el artículo 1.1 de la misma, en los términos señalados en los párrafos 57 a 83 de la presente sentencia.

Dentro de estas mismas reformas se eliminó el principio procesal de la conexidad contenida en el Art. 21 y se estableció la obligatoriedad de iniciar un proceso por cada delito cometido. Así se da el absurdo siguiente: A para robar un banco roba un vehículo, hiere a un guardia y toma el dinero. Con la eliminación de la conexidad A tiene que ser juzgado en forma separada por el robo del vehículo, por la tenencia de armas, por las heridas del guardia y por el robo del dinero. Es decir cuatro procesos por una misma causa. De este modo, si no existen pruebas en su contra para condenarle por el robo del banco, podrá ser condenado por algún otro delito.

Nuevamente el legislador, acogiendo el clamor ciudadano, el 28 de noviembre de 2005, con reformas publicadas en el Registro Oficial 154, endureció las penas en los delitos

- 
- 3.- El artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con el artículo 1.1 de la misma, en los términos señalados en los párrafos 84 a 92 de la presente sentencia.
  - 4.- El artículo 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en concordancia con el artículo 1.1 de la misma, en los términos señalados en los párrafos 61 a 66 de la presente sentencia.
  - 5.- Que el último párrafo del artículo sin numeración después del artículo 114 del Código Penal del Código Penal Ecuatoriano es violatorio del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con los artículos 7.5 y 1.1 de la misma...”

La sentencia de fondo se ha cumplido: Con la declaratoria de inconstitucionalidad por razones de fondo realizada por el Tribunal Constitucional en resolución 109-1-97 de 16 de diciembre de 1997, publicada en el Registro Oficial Suplemento 222 pp. 1 a 4, de 24 de diciembre del mismo año, del párrafo final del artículo innumerado puesto a continuación del Art. 114 (Registro Oficial Suplemento. 22, 9 de Septiembre de 1992) y ahora Art. 114 B de la nueva codificación del Código Penal y que disponía “Se excluye de estas disposiciones a los que estuvieren encausados por delitos sancionados por la ley Sobre Substancias Estupefacientes y Psicotrópicas”.

- CIDH. Caso Acosta Calderón vs. Ecuador. Sentenciado el 24 de Junio de 2005. (Fondo, Reparaciones y Costas).Sitio web: [www.cajpe.org.pe/RIJ/BASES/jurisp/Corte/Ecuador/acosta\\_calderon/acosta\\_calderon.pdf](http://www.cajpe.org.pe/RIJ/BASES/jurisp/Corte/Ecuador/acosta_calderon/acosta_calderon.pdf). Párrafo 175. Declara por unanimidad que el Estado Ecuatoriano en perjuicio del ciudadano Colombiano Rigoberto Calderón Acosta violó: El Derecho a la libertad Personal, artículo 7.1, 7.3 y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- 2.- El Derecho a la protección Judicial, artículos: 7.6 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
  - 3.- El Derecho a las garantías judiciales, artículos 8.1, 8.2, 8.2.b, 8.2.d y 8.2.e de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
  - 4.- El Estado incumplió con la obligación establecida en el art. 2 de la Convención en relación con su artículo 7.5 Y en el Registro Oficial N° 360, miércoles 20 de Septiembre del 2006.

- CIDH. Caso Tibi vs. Ecuador. Dictada el 7 de Septiembre de 2004. ( Excepciones Preliminares, Fondo Reparación y Costas) Sitio Web: [www.cajpe.org.pe/RIJ/BASES/jurisp/Corte/Ecuador/tibi/tibi.pdf](http://www.cajpe.org.pe/RIJ/BASES/jurisp/Corte/Ecuador/tibi/tibi.pdf). Párrafo 280. Dispone que el Estado Ecuatoriano violó:
- 3.- “El derecho a la Libertad Personal consagrado en el artículo 7.1, 7.2, 7.3, 7.4 y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos , en relación con el artículo 1.1 de la misma, en los términos de los párrafos 94 a 122 de la presente Sentencia.
  - 4.- Los Derechos a la Libertad Personal y al Protección Judicial consagrados en los artículos 7.6 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en los términos de los párrafos 126 a 137 de la presente Sentencia.
  - 5.- El derecho a la Integridad Personal consagrado en el artículo 5.1, 5.2 y 5.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, e inobservó las obligaciones previstas en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en los términos de los párrafos 142 a 159 y 162 de la presente Sentencia.
  - 6.- El derecho a la Integridad Personal consagrado en el artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con el Art. 1.1 de la misma, en perjuicio de Beatrice Baruet, Sarah y Jeanne Camila Vachon, Lisianne Judith Tibi y Valerian Edouard Tibi, en los términos de los párrafos 160 a 162 de la presente sentencia.
  - 7.- El derecho a las Garantías Judiciales, consagrado en el artículo 8.1, 8.2, 8.2.b, 8.2.d, 8.2.g, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en los términos de los párrafos 167 a 200 de la presente Sentencia...”

contra la libertad individual, creando una pena de reclusión mayor especial de 16 a 25 años en los casos de plagio con resultado de muerte.

Y ante el auge delictivo especialmente en la ciudad de Guayaquil, creó un nuevo tipo penal, agregando varios numerales al Art. 189 para sancionar el denominado “*secuestro express*”. Para sancionar a aquel que se apodere de un automotor y su ocupante, así sea liberado en pocos minutos, con una pena de reclusión de 3 a 6 años si no ha existido malos tratos, pero de haberlos, la pena aumenta de seis a nueve, a doce, dieciséis y aun a veinte y cinco años de reclusión, según la gravedad de las ofensas.

En este mismo proceso de reformas destinadas al “*combate a la delincuencia*”, hay que destacar las reformas que se realizaron en junio de 2005, publicadas en el Registro Oficial número 45, en donde por primera ocasión, acogiendo la petición de la comunidad internacional se crea el capítulo para tipificar el delito relativo a la trata de personas con fines de explotación y se establecen penas muy severas de reclusión a aplicarse tomando en cuenta la edad de la víctima y los fines de la explotación que pueden llegar hasta los dieciséis años.

En este mismo paquete de reformas se establecen también los denominados delitos de agresión sexual sancionados con penas de reclusión, derogando el atentado al pudor que era sancionado con pena de prisión.

### **Confirmación de la hipótesis**

Queda demostrado que las reformas a nuestro sistema penal han adoptado la tesis del derecho penal del enemigo, aumentando las penas, creando nuevos tipos penales, creando dificultades procesales en perjuicio de los justiciables, considerados *delincuentes* y *amenaza* de la paz y la seguridad ciudadana.

El *otro*, en el lenguaje de Jakobs, en el caso ecuatoriano, es el *delincuente* quien debe ser combatido porque no acepta las normas de convivencia de la sociedad. O dicho de otro modo: quien no cumple las expectativas cognitivas de derecho y con sus actos se aparta de la sociedad.

La noción del Derecho Penal del Enemigo se emparenta con este extremo al negarle el carácter de *personas* a quienes pertenecen a cierto subgrupo de *delincuentes*. De modo que, a partir de la justificación teórica que le aporta la teoría estructural de Luhman, Jakobs se inclina por la innecesariedad de respetar los derechos humanos –traducidos en garantías individuales en el proceso penal- de quienes participen de dicho subgrupo.

Queda en evidencia que el comportamiento del legislador ecuatoriano, en ejercicio de su poder político está encuadrado en la propuesta de Jakobs, dirigida a los delincuentes, a quienes se les niega sus derechos y su tratamiento como no personas.

El problema de este proceso de endurecimiento de la respuesta penal del Estado radica en la implementación de procedimientos y medidas excepcionales que al momento se aplican a determinados *delincuentes* que con su comportamiento se han puesto al margen de la sociedad. Pero ¿quien controla que este poder desmesurado del *ius puniendi* no pueda ser aplicado a futuro contra los opositores al régimen, o en contra de aquellas personas que pudieran considerarse enemigas del poder político por sus ideas, por sus acciones democráticas y liberadoras?

Los que hemos vivido de cerca los horrores de los Estados de excepción o de emergencia con su secuela de miles de desaparecidos, torturados y mutilados nos negamos a pensar siquiera que esta pesadilla pudiera estar más cerca que nunca de la realidad. La seguridad ciudadana no es un concepto que debe ser impuesto con la implementación de la represión y la aplicación implacable del *ius puniendi* o el aumento desmesurado de las penas. La seguridad tiene que ser el resultado de la justicia, en la medida en que las agudas contradicciones sociales, políticas y económicas en un pueblo empobrecido desaparezcan o por lo menos se atenúen.

Las reformas parche implementadas por el legislador ecuatoriano al sistema penal ecuatoriano, por ser coyunturales, en la práctica son inocuas, porque paradójicamente aquellos delitos que han querido ser combatidos con el aumento de las penas, son los que tienen la mayor tasa de crecimiento.

La “política de Estado”, en estas reformas, adopta el concepto de la globalización del derecho penal, que obliga a los Estados a “unificar esfuerzos para combatir al crimen internacional organizado.”<sup>53</sup>

## **Conclusiones y recomendaciones**

Lo paradójico de este endurecimiento del *ius puniendi*, en el caso ecuatoriano, es que no ha frenado el crecimiento de la ola delincencial –basta mirar los periódicos de estos días- y tampoco ha consolidado un sistema de seguridad ciudadana. Al contrario, los ciudadanos han tenido que amurallar sus domicilios y realizar fuertes inversiones en seguridad privada, para de alguna manera sentirse protegidos. Aunque en la práctica todo esfuerzo sea inútil.

El modelo expansionista del derecho penal, basado en el concepto de la sociedad en riesgo, ha creado una sociedad atemorizada, intimidada por los comportamientos delictivos cada vez más sofisticados y sin norte ni confianza en el derecho penal. De hecho, los ajusticiamientos por mano propia han crecido en todas las poblaciones, como “último recurso” para amedrentar a los otros posibles delincuentes.

El resultado de esta política de Estado –aunque sería mejor decirlo de este proceso de imposición del poder político del partido socialcristiano ha ocasionado la violación de los derechos humanos (especialmente el principio del plazo razonable) con la aplicación de la detención en firme, que ocasionó grandes hacinamientos de la población carcelaria. Precisamente por esta vulneración el Estado Ecuatoriano recibió sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Suárez-Rosero, Acosta Calderón y Tibi.

Existe frustración en la población ciudadana por la constatación de la inutilidad del endurecimiento de la respuesta penal del Estado que no reduce la criminalidad que tanto pregonó. Lo que equivale a decir, que la seguridad ciudadana es un mito.

---

<sup>53</sup> Los nuevos delitos sexuales y de trata de personas, fue adoptado por el Estado ecuatoriano mediante el convenio de las Naciones Unidas para el combate del crimen internacional organizado.

Es urgente encontrar un nuevo modelo de derecho penal que sirva como verdadero instrumento de paz social. Para ello, los conceptos de rehabilitación y reinserción social deben ser un compromiso, porque el fenómeno de la criminalidad es un problema de la sociedad, no sólo de los “delincuentes”.

Es hora de considerar que la pena no puede ser utilizada sólo con un enfoque retributivo, sino que el sistema penal tiene, necesariamente, que dar paso a la rehabilitación y reinserción social como un compromiso del Estado, conforme lo establece la nueva Constitución Política del Estado, en su Art. 201 que señala que “El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos.” Es decir, que la persona que ha cometido un delito no debe ser considerada como un *enemigo* de la sociedad, sino como un ser humano que no ha perdido sus derechos ni su condición humana y que requiere todo el apoyo del Estado y de la sociedad para ser reinsertado en la sociedad.

Este compromiso se tiene que socializar en la comunidad para apoyar las políticas que al momento está adoptando el gobierno ecuatoriano, para mejorar las condiciones humanas de los internos carcelarios, para terminar con el hacinamiento y para emprender una verdadera política de rehabilitación y reinserción social.

Los últimos esfuerzos del gobierno nacional están orientados en esta línea de respeto a la dignidad humana. El indulto masivo que realizó para todas las víctimas del narcotráfico, las denominadas “mulas” así lo confirma. Y La puesta en marcha de nuevas políticas de rehabilitación en forma concomitante con la renovación de la infraestructura carcelaria también.

Es necesario generar debates en los espacios académicos para despertar la conciencia de todos quienes están vinculados en el quehacer de la Justicia (fiscales, jueces, abogados), para que descubran que adoptar la tesis de Jakobs, el peligrosismo y la sociedad de riesgo como propuesta expansionista del derecho penal, vulnera el concepto de derecho penal mínimo y endurece el poder punitivo del Estado y nos coloca en una peligrosa situación más cercana a la vulneración de los Derechos Humanos.

Con todo este proceso, es preciso fortalecer el principio de independencia de los jueces para que sean verdaderos garantes de los Derechos Humanos de todos los justiciables y no se dejen amedrentar por la presión social, por el poder político o por el proceso de doble criminalización que realizan los medios de comunicación social. Sólo con jueces independientes podrá existir una verdadera garantía de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos.

En concordancia con el maestro Carlos Parma, es hora de declararse “enemigos del derecho penal del enemigo”, por la propia vigencia del derecho penal. Caso contrario, todo problema político de la sociedad pretenderá buscar refugio en el derecho penal.

## **BIBLIOGRAFIA.**

Cancio Meliá - Gómez-Jara Diez Coordinadores. “Derecho Penal del Enemigo” El discurso penal de la exclusión. Volumen I-II EDISOFER s.l. Libros Jurídicos. 2006

Conferencia dictada por Raúl Eugenio Zaffaroni sobre “El Derecho Penal del Enemigo” en la Universidad del Congreso, Mendoza, el 19 de agosto del 2005

Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano. Legislación Conexa, Concordancias. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2007

Código Penal Ecuatoriano. Legislación Conexa, Concordancia. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito- Ecuador. 2007

Caso Suárez Rosero vs Ecuador. 12 de Noviembre del 2007. Sitio Web:  
[www.eldial.com/bases/prision/Suarez%20Rosero 20\(Sent\).pdf](http://www.eldial.com/bases/prision/Suarez%20Rosero%20(Sent).pdf).

Caso Calderón Acosta vs. Ecuador. 24 de Junio del 2005. Sitio Web:  
[www.cajpe.org.pe/RIJ/BASES/jurisp/Corte/Ecuador/acosta\\_calderon/acosta\\_calderon.pdf](http://www.cajpe.org.pe/RIJ/BASES/jurisp/Corte/Ecuador/acosta_calderon/acosta_calderon.pdf).

Caso Tibi vs Ecuador. 7 de Septiembre del 2004. Sitio Web:  
[www.cajpe.org.pe/RIJ/BASES/jurisp/Corte/Ecuador/tibi/tibi.pdf](http://www.cajpe.org.pe/RIJ/BASES/jurisp/Corte/Ecuador/tibi/tibi.pdf).

Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal “Parte General” Tomo I. Fundamentos- Teoría de la ley Penal. 1ra Edición.- Santa Fe. Rubinzal-Culzoni-2006

Donna, Edgardo Alberto, “¿Es Posible el Derecho Penal Liberal? Sitio Web.  
[htt.www.bibliojuridica.org/libros /4/1726/9. pdf](http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1726/9.pdf)

Decreto ejecutivo dictado por el Presidente Rafael Correa que declara emergencia carcelaria N° 585.A. Publicado en el Registro Oficial 168 del 12 de Septiembre del 2007, reformatorio del Decreto Ejecutivo 441. Publicado en el Registro Oficial 121 del 6 de Julio del 2007 que declara estado de emergencia en el sistema penitenciario en

todo el país y el decreto ejecutivo 660 del 4 de Octubre del 2007, Registro Oficial 194 del 19 de Octubre del 2007

Diez Ripolles, José L. “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología SIN 1695-094. Artículos RECPC 07-01 (2005)

Ferrajoli, Luigi. “Derecho y Razón” Editorial Trotta. Madrid- España. Séptima Edición 2005

Ferrajoli, Luigi. “El Garantismo y el Derecho Penal” Ara Editores. Lima.- Perú. 2002.

Ibañez, Perfecto. Andrés. “Garantismo y Proceso Penal” Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. San José. 1999

Jakobs, Günther. Prologo al Derecho Penal del Enemigo. Desnificación de un Concepto. Polaino-Orts. Editorial Jurídica Griley- Lima Perú. 2006

Jakobs, Günther, El Derecho Penal ante las Sociedades Modernas, Dos estudios de la Dogmática Penal y Política Criminal. Editorial Jurídica Griley. Lima. 2006

Jakobs, Günther. “La Ciencia del Derecho Penal ante las Exigencias del Presente” Revista Peruana de Ciencias Penales. Edición Especial sobre el Código Penal Peruano. Año VII-VIII. No 12

Jacobs, Günter. “La Prohibición de Regreso en los Delitos de Resultado”. Nuevo Concepto del Derecho Penal. Tomo II y IV. Universidad Autónoma de Madrid. 2008 Madrid-España.

Negri, Antonio. El Poder Constituyente, Ensayo sobre las Alternativas de la Modernidad Libertarias. Sitio Web.

<http://blog.iespana.es/sintesiscomentadapoderconstituyente>.

Parma, Carlos. “Derecho Penal Posmoderno” Ara. Editores, 2005. Lima Perú

Polaino, Navarrete, “La Controvertida Legitimación del Derecho Penal en las Sociedades Modernas: ¿Mas Derecho Penal? Discurso del Catedrático en la Universidad de Sevilla, España. El Derecho Penal ante las Sociedades Modernas. Dos estudios de Dogmática Penal y Política Criminal. Editorial Jurídica Grijley. Lima, Perú. 2006

Polaino-Orts. Miguel. Derecho Penal del Enemigo. Desmitificación de un concepto. Editorial Jurídica Grijley. Lima. Perú, 2006

Registro Oficial Suplemento N° 22, del 9 de septiembre 1992

Registro Oficial Suplemento N° 222, del 24 de diciembre de 1997

Registro Oficial N° 154, del 28 de noviembre de 2005

Registro Oficial N° 360, miércoles 20 de septiembre de 2006.

Riquet, Fabián y Palacios, Leonardo. “El Derecho Penal del Enemigo o las Excepciones Permanentes”. Revista Universitaria, año V, No 3, junio 2003.

Sitio Web. [www.unifr.ch/ddp1derecho penal/artículos pdf/ Riquet.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1derecho%20penal/articulos/pdf/Riquet.pdf)

Roxin. Claus. “Problemas Actuales de la Dogmática Penal” Ara Editores. Lima- Perú. 2004

Roxin. Claus. “Problemas Básicos del Derecho Penal.” Reus. Madrid.1991

Wolfgang Naucke de la “Escuela de Frankfurt”, citado por Santiago J. Jaimes Munilla. El dial.com,18/10/06; Nueva Doctrina Penal, 2006. Revista General de Derecho Penal No 6, IUSTEL.com

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina, Edición. Débales, 1984

