



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA  
DE SANTA ELENA  
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD  
INSTITUTO DE POSTGRADO**

**TÍTULO DEL TRABAJO DE TITULACIÓN**

Aproximación al derecho penal del enemigo en delincuencia  
organizada frente a la prohibición constitucional de tortura.

**AUTOR**

Ab. Duy Santamaría Moisés Josué

**TRABAJO DE TITULACIÓN**

Previo a la obtención del grado académico en  
**MAGÍSTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO  
CONSTITUCIONAL**

**TUTOR**

Mgtr. Andrade Torres Evelyn Yajaira

Santa Elena, Ecuador

**Año 2023**



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA  
DE SANTA ELENA  
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD  
INSTITUTO DE POSTGRADO**

**TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN**

EVELYN YAJAIRA  
ANDRADE  
TORRES

Firmado digitalmente  
por EVELYN YAJAIRA  
ANDRADE TORRES  
Fecha: 2023.08.29  
19:32:54 -05'00'

---

**Ab. Pamela Arias Domínguez, Mgtr.  
COORDINADOR DEL PROGRAMA**

---

**Ab. Andrade Torres Evelyn  
TUTOR**

---

**Ab. Sandra Andino Espinoza, Mgtr.  
ESPECIALISTA 1**

---

**Lisette Robles Riera, Mgtr.  
ESPECIALISTA 2**

---

**Ab. María Rivera Gonzalez, Mgtr  
SECRETARIA GENERAL  
UPSE**



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA  
DE SANTA ELENA  
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD  
INSTITUTO DE POSTGRADO  
CERTIFICACIÓN**

Certifico que luego de haber dirigido científica y técnicamente el desarrollo y estructura final del trabajo, este cumple y se ajusta a los estándares académicos, razón por el cual apruebo en todas sus partes el presente trabajo de titulación que fue realizado en su totalidad por **DUY SANTAMARIA MOISES JOSUE**, como requerimiento para la obtención del título de Magíster en Derecho mención en Derecho Constitucional.

**TUTOR**

EVELYN YAJAIRA  
ANDRADE  
TORRES

Firmado digitalmente  
por EVELYN YAJAIRA  
ANDRADE TORRES  
Fecha: 2023.08.29  
19:32:54 -05'00'

---

**Mgtr. Andrade Torres Evelyn Yajaira**

**28 días del mes de agosto del año 2023**



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA  
DE SANTA ELENA  
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA  
SALUD  
INSTITUTO DE POSTGRADO**

**DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

**Yo, DUY SANTAMARIA MOISES JOSUE**

**DECLARO QUE:**

El trabajo de Titulación, **“Aproximación al Derecho Penal del Enemigo en delincuencia organizada frente a la prohibición constitucional de tortura.”**, previo a la obtención del título en Magíster en Derecho mención Derecho Constitucional, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Santa Elena, a los 28 días del mes de Agosto del año 2023

**EL AUTOR**



---

**AB. Duy Santamaria Moises Josue**



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA  
DE SANTA ELENA  
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA  
SALUD  
INSTITUTO DE POSTGRADO**

**CERTIFICACIÓN DE ANTIPLAGIO**

Certifico que después de revisar el documento final del trabajo de titulación denominado (“Aproximación al Derecho Penal del Enemigo en delincuencia organizada frente a la prohibición constitucional de tortura.”), presentado por el estudiante, DUY SANTAMARIA MOISES JOSUE fue enviado al Sistema Antiplagio COMPILATIO, presentando un porcentaje de similitud correspondiente al 7%, por lo que se aprueba el trabajo para que continúe con el proceso de titulación.



**TUTOR**

EVELYN YAJAIRA  
ANDRADE  
TORRES

Firmado digitalmente  
por EVELYN YAJAIRA  
ANDRADE TORRES  
Fecha: 2023.08.29  
19:32:54 -05'00'

---

**Mgtr. Andrade Torres Evelyn Yajaira**



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA  
DE SANTA ELENA  
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA  
SALUD  
INSTITUTO DE POSTGRADO**

**AUTORIZACIÓN**

Yo, **DUY SANTAMARIA MOISES JOSUE**, autorizo a la Universidad Estatal Península de Santa Elena, para que haga de este trabajo de titulación o parte de él, un documento disponible para su lectura consulta y procesos de investigación, según las normas de la Institución.

Cedo los derechos en línea patrimoniales del informe de investigación con fines de difusión pública, además apruebo la reproducción de este informe de investigación dentro de las regulaciones de la Universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica y se realice respetando mis derechos de autor

Santa Elena, a los 28 días del mes de agosto del año 2023

**EL AUTOR**



---

**AB. Duy Santamaria Moisés Josué**

## **AGRADECIMIENTO**

Dios, la razón de lo que es y lo que será.

## **DEDICATORIA**

Dios, la razón de lo que es y lo que será.



## Contents

<b>Resumen</b> .....	13
<b>Abstract</b> .....	14
<b>I.- INTRODUCCION</b> .....	15
<b>II.- DESARROLLO DEL TEMA</b> .....	16
<b>PLANTEAMIENTO DE LA PREGUNTA TEÓRICA</b> .....	16
<b>FORMULACIÓN DEL PROBLEMA</b> .....	16
<b>Justificación de la investigación</b> .....	18
<b>OBJETIVO GENERAL</b> .....	19
<b>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</b> .....	19
<b>PLANTEAMIENTO HIPOTÉTICO</b> .....	20
<b>METODOLOGÍA</b> .....	20
<b>RESULTADOS ESPERADOS</b> .....	21
<b>CAPITULO I</b> .....	22
<b>MARCO TEORICO</b> .....	22
<b>1.1.- El delincuente en la historia del derecho penal</b> .....	22
<b>1.1.1.- La responsabilidad penal en el antiguo Oriente</b> .....	22
<b>1.1.2. La responsabilidad penal en la Antigua Grecia.</b> .....	25
<b>1.2. Presupuesto Filosóficos del derecho penal del enemigo.</b> .....	26
<b>1.2.1. Santo Tomas de Aquino</b> .....	26
<b>1.2.2. Thomas Hobbes</b> .....	28
<b>1.2.3.- Jean Jacques Rousseau</b> .....	31
<b>1.2.4. Immanuel Kant</b> .....	33
<b>1.2.5. Johann Gottlieb Fichte.</b> .....	35
<b>1.3.- Nociones generales sobre la tortura</b> .....	36
<b>1.3.1.- La tortura en la edad antigua. -</b> .....	36
<b>1.3.1.1. Grecia</b> .....	36
<b>1.3.1.2. Roma</b> .....	39
<b>1.3.1.3.- Europa medieval</b> .....	42
<b>1.4.- Perspectiva Jakobsiana sobre el derecho penal del enemigo</b> .....	43
<b>1.4.1. Nociones generales</b> .....	43
<b>1.4.2.- De la despersonalización del enemigo público.</b> .....	45
<b>1.4.3.- Las Garantías frente a la teoría del orden. Generalidad de la norma imperfecta</b> .....	46

1.4.4.- El Derecho penal del Enemigo dosificado en el derecho penal moderno.	48
1.4.5.- Declaratoria de Enemigo Público	49
1.5. Garantismo y Mínima intervención penal	49
1.5.1. Principio de mínima intervención Penal	49
5.1.1. Carácter Subsidiario	50
<b>CAPITULO II</b>	52
<b>MARCO METODOLÓGICO</b>	52
2.1.- Tipo de estudio realizado y/o investigación	52
2.2.- Periodo y lugar donde se desarrolla la investigación	53
2.3.- Universo y muestras escogidas	53
2.4. Definición y comportamiento de las principales variables incluidas en el estudio	53
2.5.- Métodos empleados	53
2.5.1.- Método deductivo	54
2.5.2.- Método analítico	54
2.6.- Procedimiento aplicado	54
2.7. Procesamiento y análisis de la información	55
2.8. Resultados	56
2.9.- Conclusiones	70
<b>CAPITULO III</b>	71
<b>PROPUESTA</b>	71
3.1. Antecedentes	71
3.2.- Objeto de la propuesta	72
3.3.- Fundamentos de la propuesta	73
3.4.- Descripción de la propuesta	75
3.5. Ejes de la Propuesta	75
<b>Conclusiones</b>	77
<b>Recomendaciones</b>	79
<b>Bibliography</b>	80

## Índice de ilustraciones

<b>Ilustración 1</b> Presupuestos teóricos y prácticos del derecho penal del enemigo y del garantismo penal.....	57
<b>Ilustración 2</b> El crimen organizado debe ser tratado a la manera de estado de guerra .	58
<b>Ilustración 3</b> Categorización entre delincuentes comunes y de alta peligrosidad .....	59
<b>Ilustración 4</b> Denominación de delincuentes de alta peligrosidad y la declaración de enemigo público .....	61
Ilustración 5 Despersonalización del delincuente de alta peligrosidad como mecanismo eficaz para la disminución del crimen organizado.....	62
<b>Ilustración 6</b> La despersonalización constituye una regresión de derechos .....	64
<b>Ilustración 7</b> La inclusión de la institución del enemigo público desde la Constitución .....	65
<b>Ilustración 8</b> La declaratoria de enemigo público y las persecuciones políticas .....	66
<b>Ilustración 9</b> Eje de delitos ante la declaratoria de enemigo público .....	68
<b>Ilustración 10</b> La declaratoria de enemigo público en los delitos contra la administración pública.....	69

## Índice de tablas

<b>Tabla 1</b> Presupuestos teóricos y prácticos del derecho penal del enemigo y del garantismo penal.....	56
<b>Tabla 2</b> El crimen organizado debe ser tratado a la manera de estado guerra.....	58
<b>Tabla 3</b> Categorización entre delincuentes comunes y de alta peligrosidad .....	59
<b>Tabla 4</b> Denominación de delincuentes de alta peligrosidad y la declaración de enemigo público .....	60
<b>Tabla 5</b> Despersonalización del delincuente de alta peligrosidad como mecanismo eficaz para la disminución del crimen organizado.....	62
<b>Tabla 6</b> La despersonalización constituye una regresión de derechos .....	63
<b>Tabla 7</b> La inclusión de la institución del enemigo público desde la Constitución.....	65
<b>Tabla 8</b> La declaratoria de enemigo público y las persecuciones políticas.....	66
<b>Tabla 9</b> Eje de delitos ante la declaratoria de enemigo público .....	67
<b>Tabla 10</b> La declaratoria de enemigo público en los delitos contra la administración pública.....	69

## Resumen

El derecho penal del enemigo se constituye la doctrina del derecho penal que genera mayor controversia, tanto para académicos y legisladores, debido a que sus fundamentos se encuentran contrapuestos a los axiomas de los derechos humanos. El hito controversial radica en la despersonalización del delincuente de alta peligrosidad, el cual, encuentra fundamento en el derecho natural. Aplicar el derecho penal del enemigo como instrumento para reprimir el crimen organizado, se constituye en una solución de factible debido a premisas que harían plausible su ejecución, tales como: i) la coacción psicológica por intermedio de la modificación de pena; ii) la clasificación de delincuentes; iii) los medios de represión. Todos los mecanismos expuestos en el nuevo contractualismo traerían consigo el equilibrio social focalizado en el fin preventivo del derecho penal. Por otro lado, la forma de estado progresista de derechos, estaría en contra del trato diferenciado de delincuentes, no obstante, la diversificación de presupuestos jurídicos y la observancia a un nuevo sistema jurídico penal, se asentaría sobre las bases de un derecho del cambio del modelo de estado, y de un tratamiento normativo que no colisione en lo mínimo con los demás principios procesales. La actual investigación tiene el propósito de examinar, estudiar los presupuestos del derecho penal del enemigo, La despersonalización, y su instrumentación a fin de limitar derechos conservando el bienestar común. El trato con los enemigos es similar al estado de guerra: si el individuo incrementa su peligrosidad, aumenta su despersonalización. La despersonalización es un hito jurídico cuestionado debido a que su utilización es de aplicación milimétrica, caso contrario repercutiría en incipientes arbitrariedades.

**Palabras Claves:** Enemigo, Tortura, despersonalización, contractualismo.

## **Abstract**

The criminal law of the enemy is the doctrine of criminal law that generates the greatest controversy, both for academics and legislators, because its foundation is opposed to the axioms of human rights. The controversial milestone lies in the depersonalization of the highly dangerous offender, which finds foundation in natural law. Applying the criminal law of the enemy as an instrument to repress organized crime, constitutes a feasible solution due to premises that would make its execution plausible, such as: i) psychological cooking through the modification of the sentence; ii) the classification of criminals; iii) the means of repression. All the mechanisms exposed in the new contractualism would bring with it the social balance focused on the preventive purpose of criminal law. On the other, the form of a progressive state of rights, would be against the differential treatment of criminals, however, the diversification of legal budgets and the observance of a new criminal legal system, would be based on a right to change the model. of state, and of a normative treatment that does not collide in the least with the other procedural principles. The current investigation has the purpose of examining, studying the assumptions of the criminal law of the enemy, depersonalization, and its implementation in order to limit rights while preserving the common good. Dealing with enemies is similar to the state of war: if the individual increases his danger, his depersonalization increases. Depersonalization is a questioned legal milestone because its use is of millimeter application, otherwise it would have repercussions in incipient arbitrariness.

**Keywords:** Enemy, Torture, depersonalization, contractualism.

## **I.- INTRODUCCIÓN**

El derecho penal del enemigo trae consigo una manera diferente de observar al delincuente, que de su grado de peligrosidad tiende a ser clasificado. Esta diferenciación encuentra su punto de complejidad cuando Jakobs acuña el termino despersonalización con el fin de proveer un trato diferenciado a un delincuente cuyo eje de acción es desobedecer los regímenes impuestos por el estado de derecho y la violación expresa al contrato social. Los representantes del contractualismo refieren de manera puntual que el desacato al orden publico es un rechazo expreso a la garantizas procesales otorgadas a los ciudadanos y delincuentes comunes, por consiguiente, Jakobs esgrime la situación de “estado de guerra” cuyo fundamento se afirma en limitar derechos con el fin de preservar la vida y demás derechos de los ciudadanos.

El derecho penal del enemigo ha sido puesto en manifiesto como un criterio contrario a los principios preconizados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, por consiguiente, la forma de estado progresista de derechos, estaría en contra del trato diferenciado de delincuentes, no obstante, la diversificación de presupuestos jurídicos y la observancia a un nuevo sistema jurídico penal, se asentaría sobre las bases de un derecho del cambio del modelo de estado, y de un tratamiento normativo que no colisione en lo mínimo con los demás principios procesales.

El utilitarismo en el derecho penal seria un presupuesto relevante en materia de aplicación del derecho penal del enemigo, la identificabilidad de los delincuentes, y la permisibilidad de aplicar sistemas que propendan una cultura de orden, y no como mecanismo para causar terror o persecuciones políticas.

## **II.- DESARROLLO DEL TEMA**

### **PLANTEAMIENTO DE LA PREGUNTA TEÓRICA**

¿Qué implicaciones podría tener aplicar la teoría del Derecho Penal del Enemigo frente a los derechos personalísimos de los procesados?

### **FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

El incremento del índice del Crimen organizado ha significado un mal latente durante las dos últimas décadas. Los países latinoamericanos se enfrentan a un enemigo invisible, cuyas formas complejas de actuación delictiva apresuran la tecnificación de medios para la comisión del delito.

La forma del delito establecida por dichos grupos no se limita al atropello físico, sino es capaz de utilizar mecanismos mediatos y tecnológicos, a fin de que la conducta típica, antijurídica y culpable resulte impersonal, aprovechando la condición de vulnerabilidad de otros individuos, a fin de eludir el reproche y/o retribución, y operando en determinados sectores, con un brazo *fantasma* letal.

El crimen es un delito grave, deducido de un fenómeno que involucra a la población mundial, afectando no sólo la armonía de la convivencia social, sino el pleno goce de los derechos de las personas. Un 79,2 % de la población en el mundo, vive en países con altos niveles de criminalidad, en razón de la actividad que los grupos delictivos generan en las sociedades, desarrollando sistemas de operación que trascienden el ámbito de autoría inmediata del delito. Es aquí donde el derecho penal del enemigo se afirma,



como un presupuesto de “declaratoria de guerra”, en contra de los enemigos invisibles (*grooming*), incluso para aquellos, cuya conducta antijurídica no admite reproche.

La despersonalización para el derecho penal del enemigo se constituye en el elemento necesario para su aplicación, pues pretende limitar derechos al momento de obtener la información necesaria a la que aspiran utilizar los grupos delictivos. El trato con los enemigos es similar al estado de guerra: si el individuo incrementa su peligrosidad, aumenta su despersonalización.

El profesor Gunther Jakobs señala que el ordenamiento jurídico establece deberes y obligaciones. Las personas prestan garantía cognitiva de que cumplirán sus deberes y obligaciones en un *contrato social*; por tanto, deben ser tratadas como titulares de derechos (“personas en Derecho”). Así, el derecho penal del enemigo tiene como presupuesto: los agentes delictivos (enemigos), que continuamente se comportan en contra de la norma y del orden público, no puedan ser tratados como “persona en Derecho”, por la desconfianza en cuanto al seguimiento cabal del orden público.

Siguiendo esta teoría, el aseguramiento despersonaliza al delincuente por el posible *uso defectuoso de su personalidad*, y, al respecto, G. Jakobs señala que, la despersonalización *per se* no vulnera derechos fundamentales, debido a que los entes que violan derechos humanos se encuentran en un *estadio pre-jurídico*. Para Jakobs está permitido el trato diferenciado, debido a que la conducta antijurídica del enemigo posicionada a este en su *estado de naturaleza*.

Finalmente, diríase que las teorías del Derecho constitucional y de los derechos humanos no ubican *estadios pre-jurídicos*; la calidad *homine* se sitúa como una facultad inherente al ser humano, de tal forma que el infractor no puede rechazar o rehusar al

reconocimiento de aquella en el ordenamiento positivo. Para el constitucionalismo de los derechos humanos, los derechos son límites al ejercicio del poder público –ninguna acción u omisión en el ejercicio del poder, los puede violentar-, y, a su vez, se constituyen en vínculos, a lo cuales *el poder público* está obligado a materializar y hacer efectivos, reconociendo como único *soberano* al pueblo.

### **Justificación de la investigación**

El presente tema de investigación es de relevante en cuanto presenta una mirada desde la responsabilidad del Estado frente a la garantía de los derechos humanos de las mayorías, quienes permanecen expuestas a conductas delictivas, de sujetos que obran contra Derecho.

Adicionalmente, la temática debela una salida exógena al derecho penal garantista, planteando aristas heterodoxas de importancia para fundamentalistas y defensores de derechos humanos de grupos de atención, cuyas conductas infringieron derechos de las mayorías, tras un proceso volitivo personal y bien estructurado, en *subsistemas sociales* dentro de los cuales los derechos de las personas no son considerados por los grupos delincuenciales.

Según el análisis *schmittiano*, se plantea que existen momentos de la existencia social en los cuales la división entre amigos y enemigos se da en el interior del Estado. En tal sentido, Jakobs afirma que el delincuente puede ser o no ser un enemigo, partiendo de la premisa que todo (...) *enemigo es un delincuente, pero no todo delincuente es enemigo (sic)*. Así, califica al delincuente tenaz como *foco de peligro*, cuyo tratamiento no es equivalente a los postulados de prevención general - especial, y resocialización, por

lo cual, se debe derivar un trato particular, mismo que, según la tesis *Jakobsiana*, conllevaría a la disminución de derechos y garantías, que podrían significar una eliminación de la *presunción de inocencia*, ante la posibilidad de admisión de pruebas obtenidas ilícitamente o por ampliar los supuestos de incomunicación o intervención en las comunicaciones.

Al producirse la despersonalización de un modo puntual, únicamente por el posible *uso defectuoso de la libertad*, la declaratoria formal de enemigo, puede observarse distinta a los postulados generales contenidos en tratados y convenios de derechos humanos, mediante la inclusión de normativa adjetiva (procedimental) en materia penal, que legitimen la declaratoria, de tal manera que la aplicación del derecho penal del enemigo, conlleve a un sistema de lucha rigurosa y beneficiosa para la sociedad y la garantía de derechos constitucionales, en cuanto a la reducción del índice de criminalidad.

En cualquier caso, la propuesta habrá de contemplar una regulación que impida que una declaratoria legal de esa naturaleza, sea utilizada como instrumento vector de intereses *en manos inmorales* o para un ejercicio desleal del poder en actores públicos.

## **OBJETIVO GENERAL**

Analizar el impacto que podría tener la aplicación del Derecho Penal del Enemigo en el Ecuador.

## **OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

Identificar los presupuestos técnico-jurídicos del derecho penal del enemigo.

Exponer las garantías constitucionales y normas convencionales en defensa de los procesados.

Establecer las líneas de factibilidad y/o aplicación del derecho penal del enemigo y líneas de riesgo de derechos.

## **PLANTEAMIENTO HIPOTÉTICO**

La aplicación quirúrgica del derecho penal del enemigo constituye un mecanismo útil en contra el crimen organizado.

## **METODOLOGÍA**

**Método de investigación documental:** A fin de contribuir a la presente investigación se recabará los referentes históricos, filosóficos y dogmáticos del derecho penal del enemigo, y se realizará un contraste con los derechos fundamentales, del cual se busca colegir, la aplicación quirúrgica del mismo en materia de delincuencia organizada. Se observará aspectos esenciales atinentes al tema, a fin de lograr proveer una propuesta, propio del concierto de la experiencia transnacional obtenido de fuentes inmediatas (Albán Escobar , 2016) . Los aspectos observados son de relevante importancia porque contribuye al fortalecimiento del deber institucional –referente a lo protección y seguridad-, la optimización del sistema normativo, propender un sistema jurídico efectivo. (Bidart Campos, 1995).

**Investigación cualitativa:** Promueve la construcción de ideas partiendo de nociones particulares, a fin de lograr establecer criterios en situaciones determinadas (particular). Es decir, mediante la “observación, el estudio documental se logrará

recabar información contextual” (Bernal Bravo, 2007), coadyuvado con el método analítico, “para descomponer en partes el fenómeno y categorizar eventos o sucesos”

## **RESULTADOS ESPERADOS**

Afirmar los presupuestos técnico-jurídicos, que permitan la aplicación del derecho penal del enemigo en el Ecuador, en clave constitucional.

## CAPITULO I

### MARCO TEÓRICO

#### 1.1.- El delincuente en la historia del derecho penal

##### 1.1.1.- La responsabilidad penal en el antiguo Oriente.

La idea de responsabilidad penal se encuentra ligada a la del delito, y está a la vez se encuentra reglado por el estado. Esta relación de estado y derecho es evidente desde las primeras civilizaciones que, a diferencia de las estructuras jurídicas modernas, mantenía el orden de la ciudad y el estado en el marco de sus hábitos, tradiciones y ritos, confirmando al derecho penal un sentido tanto material como divino, con repercusiones de índole individual y colectiva. El jefe de estado personifica la voluntad de la deidad, quien establece el derecho. Sus órdenes son de obediencia absoluta, cuya imputación a la desobediencia no admite hechos, razones intermedias, proposiciones, dolo-culpa, o casos imprevistos. La responsabilidad era colectiva (familiares), incluso podría abarcar amigos. Las penas podrían ser degradantes, incluso en contra de cadáveres.

En la India, el derecho se encontraba reglado por el Código Manu que, siendo otorgado por Brahma, habría engendrado al *genio del castigo* –al cual se le denomina *rey*-, quien se encargaría de enseñar justicia y castigar los actos antijurídicos. El apartado décimo tercero, del libro séptimo de las Leyes de Manu señala el castigo como ente protector de los seres humanos<sup>253</sup>, develando la estrechez entre religión y derecho. Además, el apartado décimo quinto del libro séptimo de las Leyes de Manu señala la función del prever el delito, manifestando que “...*el temor al castigo permite a todas las criaturas gozar de lo que les es propio y los que les impide apartarse de sus deberes...*” Presupuesto que obliga a reflexionar sobre el fin de la pena en forma de prevención especial, como medio de coacción. La pena tenía como presupuesto principal “regular la conducta del género humano”, debido a que este, no podría alcanzar la virtud por sí

mismo, sino con el respeto irrestricto de la ley a través del temor -fundamento incorporado al concepto de prevención general y especial del derecho penal-.

El apartado vigésimo del libro séptimo de las Leyes de Manu menciona que “...*Si el rey no castigara sin descanso a los que merecen ser castigados, los más fuertes asarían los más fuertes como pescados en un asador...*” Denotando la necesidad de la retribución aplicada al infractor como circunspección de futuros atropellos. La etapa formativa del derecho penal circunscribía líneas de rigor con el fin de erradicar el abuso de la fuerza entre individuos que, aplicando penas corporales, buscaba dimitir la conducta antijurídica tanto en el ámbito penal como civil. Las penas en la legislación de Manu aplicaban la mutilación y la degollación, con sus excepciones en la aplicación de penas corporales a los miembros de la casta superior. En lugar de aplicar penas corporales a los miembros de casta superior, les aplicaban sanciones pecuniarias, a fin de individualizar la pena (Jimenez de Asua, 1958), noción totalmente diferente a la visión humanizante del derecho penal moderno.

El código Hammurabi, conserva el eslabón religioso en su contenido normativo, a pesar de que dicho cuerpo normativo no poseía clasificación entre normas que regulan la vida civil y las dirigidas a la punición, develaba claramente las relaciones de poder, y los castigos infligidos en contra de ciertos delitos. Ejemplos de penas corporales se evidencian en todo el cuerpo normativo, entre ellos la ley 253 manifestaba penas corporales, entre ellos aputar las manos frente al delito de robo (Hammurabi, 1728). Las sanciones que estipulaba el código babilónico no observaban cuestiones subjetivas referente al dolo o culpa, el resultado constituía motivo suficiente, incluso cuando el daño se desprende de una mala práctica médica. La ley 218 sanciona la mala praxis médica con la amputación de las manos (Hammurabi, 1728). El ánimo de causar daño en la práctica

médica podría materializarse en la situación de beneficio o ventaja que la situación arrojaría, por lo tanto, garantizar una correcta aplicación de la medicina estaba estrechamente vinculado al éxito del tratamiento, y su obsesivo cuidado ante posibles conspiraciones.

De igual manera, las sanciones corporales se imponían como penalidades ante el incumplimiento del convenio. La ley 194 de código babilónico estableció penas corporales como la amputación de senos a la nodriza que no cumplía su rol, causando la muerte del nacido (Hammurabi, 1728), El presente código provee mucho detalle en cuanto a la forma en que debían ventilar los medios de prueba en audiencia, la ley 106 provee dos posibles mecanismos conocidos, “el juramento ante los dioses” y “testigos”. De igual forma, la ley 3 del código Hammurabi, dispone la necesidad de probar los argumentos propios del testimonio, caso contrario, este *“hombre es pasible de muerte”* (Hammurabi, 1728).

A fin de prever limitaciones técnicas en conflictos judiciales, las relaciones entre particulares -principalmente las comerciales-, se deducían mediante “contratos y testigos”, caso contrario, de no haber deducido el convenio comercial ninguno de estos dos medios, el presunto comprador sería considerado como ladrón, cuya sanción sería la pena de muerte. (Ley 7). Es una obviedad que el Código Hammurabi no poseía una clasificación en cuanto a leyes civiles y normas de carácter penal, además no constituían leyes que increpaban cuestiones subjetivas a la conducta antijurídica del infractor, sino que eran de resultado. Las sanciones eran corporales y elativamente proporcionales a los daños causados, podría enfatizarse que se trataba de normas de rigor, y no de carácter humanizante.



### **1.1.2. La responsabilidad penal en la Antigua Grecia.**

Las tradiciones míticas constituyeron la base de las creencias populares de la sociedad griega, cuyo eje de influencia buscaba contestar las interrogantes increpadas por la ciencia y las relaciones intersubjetivas de los agentes sociales. Para la tradición mítica, el delito podría no ser el resultado de la conducta individual y deliberada del hombre, sino la voluntad de la divinidad que se acerca a la autosatisfacción a través de los medios que dispone. Un ejemplo de relevante importancia es el juicio acaecido al matricida en la *Orestíada* de Esquilo, quien es juzgado por un tribunal divino, cuyo juicio busca increpar al dios Apolo como autor del delito, haciéndole autor del delito, acusando lo siguiente: *“Soberano apolo, escúchame a tu vez ahora. No has sido tu cómplice en este crimen, sino quien lo has hecho todo”* (Esquilo, 2004)

La tradición mítica griega persistía en que la voluntad humana se encontraba sujeta al designio de las divinidades del Olimpo, y no solo como agentes externos como ocurre en la *Ilíada* de Homero, sino como ordenares intersubjetivos de la voluntad del hombre. En la mitología, las divinidades juegan un rol importante en el destino de los hombres, siendo *“Ate, hija mayor de Zeus”* (Hesiodo, 1978), la instigadora al hecho malo del delito. Alejándose de las aristas racionales y naturalistas, la visión griega reducía la conducta antijurídica del hombre a un designio superior e incontrolable, no obstante, no eximente del juicio y reproche. Es necesario destacar que las divinidades griegas, fueron construcciones sociales a través de las cuales, se buscaba afirmar la moralidad y la irreverencia desde distintas personalidades, creando una bicromía de frecuencias humanísticas, por un lado, la sensación de buscar asemejar los hombres a los dioses, y por otro, la talladura de dioses con pasiones humanas.

La Diosa Ate, culpable de instigar a Zeus, a fin de hacer gobernante al primer hijo nacido de él -entre los mortales-, escondiendo a Heracles, a quien correspondía tal dignidad, fue expulsada por Zeus, y se hallaba errante, pisando la cabeza de los hombres, instigándolos al fraude. Es notorio que la mitología griega buscaba personificar las emociones humanas, a fin de compeler enseñanzas de índole moral (Bacon, 2014).

Por otro lado, la voluntad como concepto dentro de la literatura religiosa también se podía evidenciar en la Iliada de Homero, mencionando: “*¡Oh, ¡cuánto se quejan los hombres de los dioses! Dicen que sus males les llegan de nosotros, y ellos solos, por su demencia, agravan su destino*”, exclamó Zeus. (Homero, 2020). La idea del destino fatal podría significar una abstracción, signada por la ignominiosa actividad de los dioses, que no dejan de ser las fuerzas divinas que posee el mismo hombre. Para la filosofía platónica significo un adelanto considerable al formalizar el concepto del alma y la voluntad.)

## **1.2. Presupuesto Filosóficos del derecho penal del enemigo.**

### **1.2.1. Santo Tomas de Aquino.**

Tomas de Aquino se constituye en el máximo exponente del de la filosofía cristiana Medieval, cuyo pensamiento se asentó en la base de la tradición aristotélica, quien se encargaría se traducir las obras de Aristóteles -Física I y II- al latín, la cual sería la fuente de la “escolástica”. La Ciudad de Dios de Agustín se encuentra complementado con la ciudad terrenal que vislumbra Tomas de Aquino, cuyo bienestar es alcanzado por el respeto irrestricto de la ley. Para Tomas de Aquino el “*diablo*” es un agente exterior el cual seduce al hombre actuar de manera contraria a la norma, pero la “*ley*”, como instrumento exterior positivo acerca al hombre a la voluntad de Dios. (De Aquino, s.f.)

Dentro de las seis interrogantes de Tomas de Aquino (cuestión 91), tres de ellas afirman la existencia de una clasificación de normas que rigen la existencia, entre ellas:

i) ley divina: cuya naturaleza es eterna, debido a que la naturaleza del monarca de toda la creación posee naturaleza de ley (art.1) ; II) ley natural: proviene de la razón y de la voluntad (art.2); III) ley humana como dictamen de la razón práctica, cuyas reglas se constituyen medidas para la acciones humanas (art.3) (De Aquino, s.f.)

Santo Tomás de Aquino, en el artículo tercero, cuestión sesenta y cuatro, capítulos dos, del libro segundo, de la obra “La Suma Teológica” sostiene la licitud de matar a un malhechor como medio que ejecuta salud a la sociedad, como mecanismo de conservación, considerando que amputar al miembro no calificado de la sociedad, es un medio apropiado para la conservación de la sociedad. Siendo lícito para el príncipe, a quien corresponde la ejecución de medidas. (De Aquino, s.f.)

Es acápite dimensiona las facultades correctivas que tiene el estado, quine en pro del bien común puede ejercer la venganza publica a fin de conservar el orden social. Esta posición justifica la pena de muerte siempre y cuando se ejecutado por aquellos que tienen la potestad de hacerlo. Dentro de las objeciones, Tomas de Aquino negó que el hombre *pecador es comparable a las bestias*, siendo este por naturaleza no diferente al hombre justo, por consiguiente, le asiste un juicio justo. Por lo antedicho, es posible recoger algunos presupuestos que se asemejan al derecho penal del enemigo planteado por Gunter Jakobs. De Aquino sobre el malhechor afirma que la autoridad pública debe “*amputar el miembro podrido*” a fin de conservar el bien común, cuyo presupuesto podría asemejar a la “autorización de exclusión del delincuente”, quien es observado de manera distinta en la sociedad por su consciente peligrosidad. Podría considerarse que en siglo décimo tercero persistía una línea de pensamiento que pretendía calificar al malhechor como un tipo de subhumano o asimilarlo a las bestias. Gunter Jakobs se afirma en la despersonalización, un estadio que limita derechos, motivado por la diferenciación entre

delincuente común y de peligrosidad. Sobre quien recae la declaratoria de enemigo público. (Jakobs G. , Derecho Penal del Enemigo , 2003)

La pena de muerte era parte de la cotidianidad del derecho penal medieval, por lo tanto, la prohibición de tratos inhumanos no figuraba en la estela normativa del derecho. La dignidad en la edad media poseía abstracciones desde la escolástica Agustiniense y Tomista, para uno de ellos, afirmada en la filosofía platónica, cuyo concepto se enarbolaba en la virtud y en el ejercicio de los derechos políticos, por otro lado, Tomás De Aquino, rescato los preceptos de la Filosofía aristotélica. En la Suma Teológica Parte I, cuestión 65 mencionó que “...no es factible negar la dignidad de un ente, que le corresponde por naturaleza, como no sea por su culpa” (De Aquino, s.f.). Por consiguiente, para la filosofía Tomista, la dignidad humana puede perderse cuando el individuo se aleja de su humanidad cuando sus actos son contrarios a la razón. La razón es propia de la naturaleza humana, por lo tanto, cuando un individuo se aparta de ella, se aleja de su dignidad y actúa con mera racionalidad animal. Sobre el mal -vista como la conducta contraria las normas-, Tomás de Aquino fija como punto de origen en el “defecto del agente”, cuya afirmación podría semejarse a los postulados de César Lombroso, quien contrariado por los resultados que acerca de la distinción entre loco y delincuente, esbozo las similitudes entre ambos acercándose a un concepto denominado *moral insanity* (Jimenez de Asua, 1958)

### **1.2.2. Thomas Hobbes**

La doctrina del Derecho Penal del Enemigo encuentra algunas referencias en la filosofía de Thomas Hobbes. En efecto, sostuvo que los hombres en su estado natural luchan entre si como un estado de guerra, afirmando posibilidad de adquirir todo a su favor mediante el uso de la fuerza. Hobbes en su obra *Elementos de la Filosofía*,

reflexiona sobre el estado natural del hombre mencionando que el ser humano responde a cuatro *facultades propios de la naturaleza: fuerza física, experiencia, razón y pasión*” (Hobbes, 2000). Por lo tanto, dotados dichas facultades, tiene la capacidad de determinar la forma en que se desarrollan en la sociedad y las formas de autoconservación frente a la violencia.

Para Hobbes en una sociedad en su estado natural “*el miedo mutuo consiste en parte, en la igualdad de los hombres*” (Hobbes, 2000), por lo tanto, limitaría la voluntad de agredirse mutuamente. Por consiguiente, la desigualdad introducida proviene de la ley civil, no de las posibilidades infligidas por el estado natural. Para Hobbes la noción de derecho proviene de la libertad que este tiene de gozar de sus facultades naturales, aplicando la recta razón. De manera que el hombre en estado natural cuida de sus intereses en la medida que este puede, y aplicará todos los medios necesarios a fin de procurar la autoconservación. De forma, si el derecho positivo niega los medios de conservación, en palabras de Hobbes “*el derecho como tal resulta vano*” (Hobbes, 2000)

El estado a través del pacto social sería la razón fundamental que limita la venganza privada y la convierte pública, de manera que, en el estado natural el hombre se constituye en el único juez de los medios necesarios para que propenda la autoconservación. El estado de derecho recrea un agente ficticio que limitaba la guerra y el deseo imperioso de control privado, en el estado natural “*cada quién tenía derecho a todo, era una guerra de todos contra todos*” (Hobbes, 2000); pero no se podía garantizar la paz y el bien común, se optó por limitar derechos a todos los integrantes del grupo social, siendo el límite de ejercicio de derechos individuales, los derechos de los otros sujetos sociales.

Este pacto social descrito por Hobbes, los contratantes se comprometen a cumplir lo establecido en el contrato ante una persona ficticia (estado). Las personas optan prescindir del contrato, se afirman contrario la paz y la seguridad, dejándose en “estado de guerra” (Hobbes, 2000), a quienes podría considerarse como enemigos públicos. La posición de guerra señalada por Hobbes recalca tres situaciones de relevante importancia: i) el desacato del pacto; II) la acción voluntaria de rechazar el orden social; III) desconfianza del individuo. La venganza publica corresponde al estado, por lo tanto, no recae sobre cualquier ente individual, cuyo objeto de ejecutar radica en la necesidad de generar confiabilidad en el contrato que, careciendo de eficacia, se denominaría contrato es vano.

El Estado es su forma institucionalizada releva el estado de naturaleza y los individuos que lo conforman adquieren derechos en calidad de ciudadanos. La renuncia del estado natural se constituye en el rechazo de los derechos del todo, y se obligan de manera voluntaria a las leyes emanados del estado: Las leyes civiles proviene de la razón, por lo tanto, no provienen de la naturaleza, no obstante, no se escapa del fenómeno especulativo del hombre, quien forma parte de la naturaleza. A través de la ley se ejerce la coacción sobre los individuos que, rehusándose a dejar su estado natural, se inflige median castigos la obligación de cumplir lo establecido por el pacto. Para Hobbes los pactos no son suficientes para crear un estado de seguridad, sino que del respeto a la ley “toda injuria tendrá castigos tales que claramente resultaría peor que haberlo” (Hobbes, 2000) Gunter Jakobs afirma que las obligaciones propuestas en el contrato no infligen seguridad al comportamiento de las mismas, sino que su cumplimiento depende del “sometimiento que es irreversible” (Jakobs G. , Derecho Penal del Enemigo , 2003). Sobre La disminución de garantías al delincuente, Tomas Hobbes no refiere algo en concreto, sino que su visión del derecho penal y el castigo es de previsibilidad. Afirma

Luis Gracia Martín, referente a la visión Hobbesiana del castigo “(...) explícitamente no postula ninguna disminución de las garantías procesales para los enemigos” (Gracia, 18), algo que podría contrastar con los presupuestos generales del derecho penal del enemigo.

### **1.2.3.- Jean Jacques Rousseau**

El contractualismo roussoniano observa el estado como un todo conformado, cuyo orden social, institucional y jurídico tiene origen en la convención. El pacto social determina el funcionamiento de las instituciones, dando como resultado la teoría del orden con ocasión de las convenciones, por consiguiente, el estado de la naturaleza que mencionaba Hobbes queda relegado, al modelo de estado legitimado por el soberano. La naturaleza de la convención se afirma en el respeto irrestricto del orden legal, en el cual, para Rousseau todo malhechor “...trastorna el orden social, se constituye rebelde y traidor a la patria, al momento de violar las leyes y convertirlo en guerra. Conservar el estado es contrario a la subsistencia del enemigo, se precisa que uno perezca, por lo tanto, aplicar la pena de muerte al delincuente, se lo aplica más como enemigo que como ha ciudadano...” (Rosseau, 1999). Se puede vislumbrar desde la definición de clásica de Rousseau una aproximación al concepto de enemigo, y la necesidad de conservar el estado frente a la actividad contraria al orden legítimo del enemigo. Para Rousseau la conducta contraria al orden legítimo lo aleja de todos los miembros del estado, afirmado por el estado de Guerra. Estos principios son notablemente acuñados en los presupuestos teóricos del Jakobs al referir la condición de enemigo y el estado de guerra.

Para Rousseau la necesidad de reprimir al criminal se afirma en la necesidad de subsistencia de la institucionalidad. Por lo tanto, es evidente que el aumento de crímenes es el resultado de ausencia de una deficiente institucionalidad. Rousseau afirma que el crimen “acusa impunidad cuando el Estado se debilita o perece” (Rosseau, 1999). El

tratadista no refiere una técnica despersonalización como lo aproxima Jakobs, sin embargo, se afirma en una noción genética de derecho penal público al afirmar que el bien jurídico protegido es el orden jurídico y social. El inicio de estado de guerra no lo inicia el soberano como tal, sino que se advierte del hecho del infractor, por lo tanto, la conducta contraria a la norma razona como fuente del derecho penal del enemigo. Acorde a lo expresado en el prefacio a la obra *Derecho Penal del Enemigo* de Gunter Jakobs, no existe un derecho penal del enemigo como tal, sino más bien, es un ejercicio terminológico que busca legitimar la desigualdad en entre el derecho penal del enemigo y del ciudadano.

El hecho como fuente del derecho penal del enemigo, no reverencia el rechazo al orden racional y moral, sino que conlleva al respeto de reglas y estructuras. Jakobs sobre su propuesta afirma que el derecho penal del enemigo "...implica un comportamiento basado en reglas, en lugar de una conducta espontanea e impulsiva..." (Jakobs G. , *Derecho Penal del Enemigo* , 2003). Por consiguiente, la reglamentación podría deducirse como ley previa o debido proceso. El tratamiento del enemigo de Rousseau se afirma en las reglas del debido proceso, disposición de medios de pruebas y "...una declaración de violación de contrato social..." (Rosseau, 1999), por lo tanto, podría deducirse que la declaratoria de enemigo público y la incipiente despersonalización de Jakobs debe afirmarse en un juicio previo, a fin de conseguir la expulsión del criminal de los miembros del estado.

Del castigo que inflige al enemigo de Rousseau, prevé dos situaciones: a) destierro total; y b) la muerte. Es evidente que el tratamiento roussoniano al enemigo se diferencia en cuanto al tipo del daño, podría deducirse que Rousseau definía el tipo de enemigo conforme a un criterio de peligrosidad, uno que requería ser eliminado y otro



despojado de sus derechos civiles, económicos y políticos. El designio de desplazar al infractor se afirmaba en el rechazo del infractor de autodeterminarse hombre moral, y de fijarse como hombre, que es una referencia al concepto de humanidad que consciente el estado natural de Hobbes, por otro lado, la eliminación del enemigo roussoniano, se afirma en el estado de guerra, el vencido sucumbe ante las exigencias del vencedor, en el caso particular la muerte del vencido.

Rousseau afirmó que no existe derecho a erradicar una vida, sino que el castigo se inflige para aquellos que no pueden “conservarse sin peligro” (Rousseau, 1999). El castigo para Jakobs se diferencia cuando se aplica a un ciudadano o enemigo, por consiguiente, no existe menoscabo o desvalorización a la vida y dignidad humana cuando el ente reprimido es aquel que causa estado de peligro e inseguridad. Independiente de los postulados expuestos por Rousseau, este no se alejaba del todo de los conceptos humanistas, quien tuvo bien referir que “...no hay malvado a quien no se le pueda hacer útil para algo...”, quien además acuñó el concepto de derecho de gracia, no obstante, para Rousseau, este derecho corresponde al soberano y no es habitual en la sociedad que busca ejercer un orden, pues en palabra de Rousseau, la frecuencia de indultos dará lugar a que no dependa más de ellas.

#### **1.2.4. Immanuel Kant.**

Kant en su obra “La Paz Perpetua” reflexiona acerca del hombre y su estado natural, cuyo estado no reposa en la permanencia de la paz sino en la constante guerra. Por consiguiente, la forma de instaurar la paz reposa en la consideración del otro, quién si se negare, será tratado como enemigo (Kant, 1999). El individuo que persiste en el estado de naturaleza es considerado por Kant como “salvaje” -quien prefiere su libertad antes que la ley-, y mira con “...profundo desprecio su conducta bárbara e inculta, la cual

denomina como como un bestial embrutecimiento de la Humanidad...” (Kant, 1999). Además, Kant reflexiona acerca de la necesidad de salir del estado infame, a uno que se aproxime a la visión de los pueblos civilizados. Esta visión se afirma en la consideración de los pueblos no civilizados de Europa y América, cuya forma de amenaza se diferenciaba a la forma como trata a sus enemigos.

Podría deducirse de las consideraciones de Kant que, el criminal posee un rechazo a la vida civil y respeto de la ley, como resultado de falta de civilidad, recrea un estado de guerra. Esta repercusión se genera de manera natural, pues la paz diplomática no forma parte de la naturaleza, sino la ley del más ventajoso. El derecho Penal del enemigo de Jakobs recrea el estado de guerra en formal apego al derecho de los estados que tiene de proteger su soberanía, orden institucional, paz y bien común, quien de la despersonalización limita derecho y garantías al vencido. No obstante, Kant referente al estado de guerra afirma que “...la victoria no decide el derecho...” (Kant, 1999). Además, el tratado de paz solo confiere el cese de hostilidades, pero no el cese de nuevas hostilidades, pues el estado de peligro es latente. Por consiguiente, el estado de guerra se activa en las amenazas, cuando de peligro se trata, pero no decide de manera cabal el destino de los vencidos, tampoco genera una expectativa de paz perpetua. Aplicado al crimen organizado y el derecho penal del enemigo, su aplicación tampoco generaría una expectativa de paz perpetua, de manera que el enemigo transgrede la paz, simultáneamente a la optimización el delito.

Para Kant el punto álgido del estado anárquico de la naturaleza se representa en el traspaso del estado natural al institucionalizado, como mecanismo de orden y seguridad, por otro lado, del estado institucionalizado no se puede pasar al estado natural. El estado de guerra es la representación del estado natural, que se resuelve en la forma

del más fuerte. Kant afirma que la razón se encuentra contrapuesto a la guerra, por lo tanto, niega reconocerlo como proceso jurídico. Además, afirma que la paz se consigue mediante acuerdo entre pueblos, del cual, a modo de ejemplo denomino como “Federación de paz” (Kant, 1999). La noción de guerra de Kant se encuentra arraigada en la carrera armamentista y colonialista de los pueblos, cuyo desorden se afirma en la voluntad de un estado por someter y sojuzgar a un pueblo. Este estado de guerra se diferencia a la situación planteada por Jakobs, quien observa al enemigo como ente individual y contrario al estado, para quien, encuentra remedio la aplicación marginal de aspectos del estado de guerra a la organización criminal.

Gunther Jakobs refirió que el pensamiento Kantiano está de acuerdo en cierto sentido al derecho penal del enemigo, afirmando que “...los entes humanos se encuentran autorizados para obligar a cualquier otra persona a entrar en una carta constitutiva ciudadana” (Jakobs G. , Derecho Penal del Enemigo , 2003). Por lo tanto, Kant, referente a la ley y la paz perpetua, usando la figura de la balanza para medir el derecho, no escatima el uso de la espada para medir lo que es justo en beneficio del estado. Esta figura de la espada, para Kant se extiende en la búsqueda del sentido óptimo de justicia a través del ejercicio adecuado de la ley -en su formación y ejecución-, por consiguiente, se deja una estela abierta las formas de autogobierno que direccionen la seguridad y justicia del estado.

#### **1.2.5. Johann Gottlieb Fichte.**

Fichte se asentó en los presupuestos roussoniano del contrato social, con el fin de afirmar el contrato de protección, que el estado debía tutelar determinados derechos. El hombre no puede escapar del designio de un estado, mientras viva entre los hombres. Fichte señaló que, si algún individuo pretende vivir entre los hombres, y es aceptado en el estado, queda sometido a las limitaciones que la ley le impone. El consentimiento de

la ley radica en el libre arbitrio de formar parte de dicho estado, por lo tanto, su permanencia se constituye en una “expresión de voluntad”.

### **1.3.- Nociones generales sobre la tortura**

#### **1.3.1.- La tortura en la edad antigua. -**

LA Dra. Kathleen Nicola Kilian,”, señala que la aplicación de la tortura constituyó una importante institución desde la edad antigua, definida como la aplicación de medios tormentosos sobre el cuerpo, con el objeto de conocer la verdad, sustentándose que el hombre con tendencia a mentir, podría decir la verdad, infligiendo mediante el dolor la necesidad de ejercer autocontrol, derivando la voluntad hacia el reflejo espontaneo de la conciencia. Desde la antigüedad la tortura se ha observado como el mecanismo para lograr la confesión del acusado, cuyas formas admitían dicha práctica a excepción de las practicas contenidas de los Libelos hebreos. El derecho Hebrero aceptaba penas corporales (lapidación) infligidas al tipo de infracción, no obstante, podría observarse que los mecanismos de tortura destinado a la muerte infligida por ritos religiosos estaban prohibidos (Levítico 20:1). Podría afirmarse que, en el juicio de Jerusalén, posterior al interrogatorio interpuestos por el Sumo Sacerdote (Mateo 26:67) a Jesús, fue objeto de vejaciones (puñetazos, cachetadas y escupitajos), (Lucas 22:63), cuya practica se afirma reprochable.

Las nociones básicas de la tortura en la antigüedad se afirmaba en la desigualdad que existía entre los ciudadanos, y los esclavos. Mismo que afirmaba un tratado desigual desde la ley, conscientemente aplicado por la construcción social de su naturaleza.

##### **1.3.1.1. Grecia**

En la antigua Grecia la *polis* se dividía en dos sectores de la sociedad: i) *Ciudadanos*: hombres libres con derechos civiles y políticos, y II) *No ciudadanos*:

*Metecos*, quienes eran los extranjeros quienes no poseían derechos políticos; y *Mujeres*. Y esclavos. Para la ley griega la tortura era utilizada con fines políticos. La tortura, en griego βάσανος (*Basanos*), era un término jurídico utilizado en procesos judiciales, cuya practica era destinada para recabar información a los no ciudadanos, quienes serían los esclavos, extranjeros, o personas quienes desarrollaban actividades vergonzosas. No obstante, este procedimiento era comúnmente utilizado para procesos políticos, o cuando atrapaban un enemigo proveniente de otro estado, quien para obtener información infligían dolor sobre sus enemigos. Un ejemplo podría ser la obra de Tucídides sobre la “Historia de la Guerra del Peloponeso”, quien narra el crimen cometido por Harmodio y Aristogitón en contra del Hiparco, quien después de ejecutado el delito, Harmodio cayó muerto, por otro lado, Aristogitón consiguió huir, siendo apresado y torturado enormemente (Tucidides, 2007).

La ley que promovía la Polis, supero por mucho la ley de familia (constituida por las costumbres y el código de conducta individualizado), dando un salto de la disputa al juicio propiamente tal, teniendo como fundamento las leyes escritas que, beneficiarían directamente a los ciudadanos. La Formalización del derecho probatorio incluía la diferencia entre hombres libres con privilegios legales y los que no poseían tal honor. Que de manera abismal se evidenciaría la diferencias en cuanto a la obtención de la prueba, si esta provenía de un ciudadano libre, cuyo testimonio se consideraba prueba natural, y no podía ser sometido a ningún tipo de presión física, a diferencia de los entes que no tenían tal enclave de honor, podían ser sometidos a algún tipo de coerción física.

Los ciudadanos poseían una reputación, que en contexto de un proceso judicial era relevante en el ejercicio probatorio al juramento. Por consiguiente, cualquier entidad que no posee la calidad de ciudadano, no era considerada su confesión como medio veraz

y cierto. Por lo tanto, la conclusión que llegaron los griegos para encontrar el medio en que la confesión sea veraz y válida en el juicio, igualándolo a través de la coerción física. Sobre la práctica de pruebas en la Antigua Grecia, el jurista López afirma que: "...Los testigos o las partes pueden declarar por escrito o en persona. Los testimonios de los esclavos deben ser precedidos por la tortura. En la obra *Retórica*, Aristóteles devela las pruebas extrínsecas que se ventilan en el proceso, que son: ley, testimonio, costumbre, tortura y juramento. (Aristoteles, 2002). Sin la tortura asociada filológicamente con la idea de pasar cualquier cosa metálica a través de una piedra, con el fin de determinar su contenido.

La reputación tiene como ejemplo el caso que data del año 415 a.C. Diferentes estatuas del dios Hermes fueron profanadas, mismo que desencadenó una ola de acusaciones. Andócides, rechazó las acusaciones que Dioclides lanzó sobre él, y este en definitiva lo acusó de pretender "revocar el decreto votado durante el arco de Skamandrios" y además, requerir la tortura de todos a quienes acusó de tal hecho (Andocides, 1996). El hecho de que los acusados participaran en el decreto Skamandrios, figuró como exención ciudadana de las discapacidades legales generales en contra de los no ciudadanos, por consiguiente, la aplicación de la tortura no fue objeto de aplicación a ciudadanos con goce de derechos políticos, acentuándose la exención explícita de algunos ciudadanos de la tortura.

La tortura como mecanismo de interrogatorio ha sido objeto de múltiples ejemplos en la retórica legal, fundando la frecuencia de su imposición en los esclavos, denotando la naturaleza. La retórica de Antifonte en su obra *Contra su madrastra por envenenamiento*, devela ejemplos concisos referente a la práctica de interrogatorio y el objeto de su praxis en la sociedad griega, mismo que del asesinato de Filóneo y su amigo por parte de su esposa, ella se niega a entregar a sus esclavos para que estos sean

interrogados. El hijo del amigo de Filóneo, expone en juicio la necesidad que tenía de exponer en juicio el criterio de los esclavos debido a que, a su juicio, estos conocían las intenciones de la madrastra desde mucho antes que cometiera el crimen. Por otro lado, exige que la madrastra entregue los esclavos (con rectitud y conforme a derecho), Y en caso de ser negada, o que emitieran declaraciones contradictorias, la tortura los obligaría a decir la verdad (Antifonte & Andocides, 1991).

Podría destacarse que la tortura en la Grecia clásica fue aplicada para las personas que no poseían dignidad, por consiguiente, construyendo un paralelismo con el derecho penal del Enemigo, el grado de indignos recaería sobre la visión retrograda de sociedad del delincuente, quien rechaza el estado de derecho y suprime su dignidad. La palabra del esclavo no poseía valor por cuanto éste no tenía tal dignidad (resultado de la forma de estado), por otro lado, la persona sobre la cual, recae la declaratoria de enemigo público, abandona su condición de ciudadano para destruir la paz y la seguridad, por lo tanto, su instintivo de supervivencia exagera todo criterio moral, cuya versión de los hechos no se acercaría a la duda razonable.

### **1.3.1.2. Roma**

El advenimiento de Roma, que surgió en base a un régimen monárquico, transfigurándose a un modelo imperial, devela un paradigma social, político y económico donde las desigualdades y los crímenes de poder eran cada vez más evidentes. El índice demográfico esclavos, era tan numeroso que el de los ciudadanos romanos, cuya fuerza de trabajo era objeto de relaciones comerciales. La sociedad estaba dividida en dos sectores de la sociedad: **Patricios**, -conformado por la minoría aristócrata y gobernante-; y los Plebeyos, clase inferior, adjetivo que apelaba la no pertenencia de ningún Gen (línea dinástica de poder). Esta clase considerada “inferior”, se subdividía en tres grupos: *los homines novi*, *los Equites*, y *los Adsidui* – todos ellos participaban de las actividades del

ejército, no obstante, el primero de ellos los integraban los que habían alcanzado una capacidad económica relevante, y podían participar de las actividades políticas, el segundo de ellos se habían enriquecido, pero no podían ejercer ningún cargo político, y el último de ellos solo podía ejercer un rol militar en el bloque de infantería, no obstante, su carencia económica lo enlazaba a la pobreza. *Los Proletarii*, con el estatus más pequeño de la clase plebeya, quienes no ejercían como militares y no poseían ninguna labor económicamente rentable. Fuera del eje de los ciudadanos, se encontraban los esclavos y los libertos, quienes no poseían los derechos que atende la sociedad romana. En el siglo III d.C., en la Roma Antigua Tardía, la sociedad sufre una transfiguración abismal, apareciendo un nuevo sistema de clases, integrando el primer sector *-Honestiores-* aquellos que poseían la riqueza y el poder político, y la clase inferior o *Humiliores*, del cual proviene el término humilde, integrado por entes sociales económicamente inferiores. Fuera de la visión de clases, se encontraban los esclavos, quienes no poseían derechos sociales, y quienes eran objeto de tortura en procesos judiciales.

La *Questio*, constituye el adjetivo procesal que la sociedad romana utilizó para conceptualizar el proceso de investigación judicial, siendo la *Questio per tormenta*, la institución jurídica que observaba el proceso de investigación mediante la coacción física sobre esclavos y extranjeros, cuyo fin radicaba en que dichas declaraciones obtuvieran valor legal. Este procedimiento compartía similitudes con el sistema judicial de tortura griego, no obstante, este en principio, recaía exclusivamente sobre el esclavo que había cometido crimen; a diferencia del que el sistema griego, ocupaba temas de responsabilidad civil. Otro eje de controversia radicaba en que el esclavo, debía haber sido acusado de cometer el delito, a fin de que se pudiera aplicar la *Questio per tormenta*, no obstante, el sistema griego, aplicaba la tortura a los esclavos aun cuando este no haya



intervenido. Durante el siglo II d.C., el emperador Antonio Pio hizo plausible la aplicación de la *Questio per tormenta a litigios de índole* pecuniarios.

En la Roma imperial existían dos tipos de torturas para esclavos: i) la tortura pública: institucionalizada y practicada con la asistencia de siete testigos; II) la tortura privada: la que asistía el derecho de dueño del esclavo. Con el advenimiento del imperio, la tortura se extendería a los hombres libres quienes en casos de traición al imperio. Esta innovación jurídica desmarcaría la escisión entre las clases sociales existentes, siendo los *Humiliores*, y en lo posterior los *Honestiores*, los primero en ser objeto de torturas ordenados directamente por el emperador. El derecho radicaba en la decisión del Cesar, quien priorizó la supervivencia del imperio a través de la *ley sobre traición, el Crimen Laesae Maiestatis*, que muchas ocasiones se utilizó para interrogar posibles sospechosos y erradicar enemigos del imperio. Suetonio en la recapitulación *Vida de los doce Césares*, expone notables ejemplos de tortura con motivo de interrogatorio.

Podría considerarse la *Laesae Maiestatis* una ley introducida con el fin de perennizar la posición de los emperadores, dando lugar al termino *Perduellio* -según refiere Tácito-, que en lo posterior fue sustituido por la *Lex Maiestatis* en época tardío-romana. La instituta y la digesta de Justiniano develan las causas de aplicación de la tortura - *casos de adulterio, fraude cometido en censo y delitos contra la majestad*-, y las personas sujetas a la misma, no obstante, prescinde definir el método de ejecución. La ley romana en el año 240 d.C. en *el rescripto del emperador Gordiano*, introduce el termino *Dignitas*, haciendo referencia a la dignidad del interrogado, que al igual que en el concepto de reputación griega, los que poseían dignidad -ciudadano romano-, su testimonio poseía valor jurídico, siendo la tortura un vínculo de validez para los que no poseían la ciudadanía romana.

### 1.3.1.3.- Europa medieval

Tras la caída del Imperio Romano y la invasión bárbara, se dio a la segunda etapa de la historia -Edad Media-, que se caracterizó por la introducción de las costumbres bárbaras, entre ellas las ordalías y el Juicio de Dios previsto en la *Lex Julia Majestatis*. Los visigodos -una de las tribus bárbaras- fueron los responsables de promulgar diferentes tipos de legislación, aplicadas a los visigodos y a los demás pueblos que dependían de ellos. Durante el régimen Recesvinto se unificó el *Código de Leovigildo* y el *código Breviario de Alarico*, dando lugar a la creación del Código Visigótico, también llamado libro de los juicios, publicado en el año 654 d.c.

Durante la época medieval, se observa una inclinación hacia el animismo dentro del proceso judicial. La prueba judicial era irracional, incoherente y jurídicamente inoperante, cuyo nombre se denomina ordalías. Esta práctica de pruebas tenía un origen místico, pues del resultado de ellas se estimaba reflejaba la verdad de Dios. Dentro de las formas de ordalías, se realizaban de dos maneras: i) la *unilateral*: se sometía al acusado a diversas pruebas con el fin de probar su inocencia, cuya providencia divina sería la que develaría la verdad, siendo este torturado con hierro al rojo vivo (prueba del fuego), agua fría o hirviendo; II) la *forma bilateral*, fue aquella en que ambos litigantes realizaban la prueba: del cual, el que perdía sería el responsable. Como lo refiere BIAZEVIC "...Si convenía el duelo (el acusado) recurría a las ordalías..." (Biazevic, Daniza, 2006).

Esta fórmula probatoria -por muy descabellada que parezca- favorecía al culpable por medio del concurso podría escapar de la responsabilidad el inculpado. Muchas de las fórmulas probatorias estaban entregadas a un ilógico azar, mismo que después de ser expuesto puesto su brazo al caldero, si este resultaba quemado después de un número determinado de días, la providencia había confirmado su culpabilidad. La tortura el

caldero significaba una forma de coacción psicológica, quien al prever que uno de sus miembros podría consumirse en el agua hirviendo, este optaría por decir la verdad.

#### **1.4.- Perspectiva Jakobsiana sobre el derecho penal del enemigo**

##### **1.4.1. Nociones generales**

El Jurista Pedro Granja hace énfasis en el sujeto a quien va dirigido la aplicación del Derecho Penal del Enemigo, haciendo alusión a los entes que ocupan los sectores del “*narcotráfico, terrorismo, crímenes económicos, crímenes contra la libertad y sexual*”, cuyo eje de acción se ejerce por focos de peligro bajo un tratamiento diferenciado. Este postulado no corresponde a una noción modernista, sino que se afirma en los postulados radicales de la escuela alemana del Derecho Penal propugnado por Günther Jakobs. La tesis de Jakobs acuñó por primera vez tal expresión “derecho penal del enemigo”, afirmaba una distinción entre el “Derecho penal común o Derecho penal del ciudadano” y “derecho penal del enemigo” (Jakobs G. , Derecho Penal del Enemigo , 2003). Jakobs sintetizó los rasgos característicos que diferenciaría, al Derecho penal del ciudadano con el Derecho penal del enemigo: a) ampliación del eje de punición. b) eliminación de regímenes y reducción de la pena. C) Las asociaciones delictivas incrementan las penas. D) limitación de derechos y garantías de los procesados. Para Jakobs, los delincuentes se clasifican en delincuentes comunes y delincuentes de alta peligrosidad, por consiguiente, el calificativo de enemigo correspondería al delincuente de alta peligrosidad,” (Jakobs G. , Dogmatica de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad, 2004). El Estado –dentro del derecho penal del enemigo- puede considerar persona al infractor cuando su delito se considere “un defecto personal transitorio” referido al ámbito del Derecho penal común o Derecho penal del ciudadano, cuyo tratamiento se diferencia cuando los actos se constituyen duraderos o continuados. La diferenciación previa – ubicados en la realidad actual- buscaría implantar una figura especial al tratamiento del

infractor declarado enemigo público, a quien, a fin de poder dismantelar redes del crimen organizado limitaría derechos y garantías procesales.

El Dr. Pedro Granja ubica los tipos de delincuentes el cual serian sujetos de dicha regulación incluyendo al “*narcotraficante, al mafioso, al terrorista, al delincuente económico, al pederasta*” (Granja, 2020), a los cuales identifica como “focos de peligrosidad”, a quienes han atacado con agresividad el orden normativo, la paz del estado y el bien común. Mantener una postura abstraída a la equivalencia del criminal propendería a una visión de debilidad del estado. El ponente califica al pederasta como “foco de peligro”, cuyo tratamiento no es equivalente a los postulados de prevención, general, especial, y resocialización, por lo cual, se debe derivar un trato particular mismo que según la tesis Jakopsiana, con llevaría una disminución de derechos y garantías, que podría significar eliminación de la presunción de inocencia, posibilidad de admisión de pruebas obtenidas ilícitamente o ampliación de los supuestos de incomunicación o intervención de líneas (Muñoz Conde, De la Tolerancia cero, al Derecho penal del enemigo, 2009). El estado ecuatoriano con la constitución del 2008, se asienta como un estado constitucional de derechos y justicia, además se encuentra suscrito a tratados y convenios internacionales los cuales promueven el respeto de derechos y garantías, entre ellos los que prohíben tratados degradantes, significando sanciones de carácter internacional por tratos que afecten la integridad física y psíquica de las personas. Como solución práctica, conllevaría a una reforma de la constitución previo al proceso previsto en el Código de la Democracia, siendo democratizado el proyecto de reforma previamente. No obstante, esto implicaría que no cumpliera con los compromisos adquiridos con la Organización de las Naciones Unidas. No obstante, ante la premisa propugnada por el Artículo primero de la D universal de derechos humanos. Que refiere

“todas la personas son libre e iguales en dignidad y derechos”, ¿Que implicaciones jurídicas traería consigo la despersonalización?

#### **1.4.2.- De la despersonalización del enemigo público.**

La despersonalización se constituye en el resultado de la aplicación de la fuerza sobre el uso desbordante e irracional de la libertad orientada al predominio del crimen. Con el aumento de la peligrosidad, se incrementa el eje de despersonalización enfocado en el grupo objeto de aplicación. (Jakobs G. , Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, 2000). El profesor Gunther Jakobs señala que el ordenamiento jurídico establece deberes y obligaciones, las personas prestan garantía cognitiva de que cumplirán sus deberes y obligaciones.

El aseguramiento despersonaliza al delincuente, por el posible uso defectuoso de su personalidad. El profesor Gunther Jakobs señala que, la despersonalización como tal no vulnera derechos fundamentales, lo que vulneran los derechos humanos se encuentran en un estado pre-jurídico. Por lo tanto, para Jakobs está permitido el trato diferenciado debido a que la conducta antijurídica del enemigo lo sitúa en su estado de naturaleza. Las tendencias del derecho constitucional y los derechos humanos no ubican estadios pre jurídicos, la calidad homine se sitúa como una facultad inherente al ser humano por lo tanto, el infractor no puede reusar las mismas. Los derechos de las personas son límites del poder público (ningún poder los puede violentar) y vínculos, a lo cuales los poderes están obligados a efectivizarlos (Carbonell, Miguel;, 2008). Los defensores de los derechos humanos persisten en la utópica manera de pensar, que la única forma de prevenir la comisión de delitos futuros es mediante la implementación de políticas públicas que generen una mejor distribución de la riqueza, creando fuentes de empleo, haciendo una sociedad más justa y equitativa para todos, en donde cada uno de los

conciudadanos tengamos igualdad de oportunidades, un sistema que respete las diferencias sociales de cada grupo humano que integra la sociedad (religiosas, sociales, políticas) a fin de que no se sientan lesionados o excluidos por el sistema, es la única forma cierta y racional de combatir la delincuencia futura. No obstante, es imposible imaginar una sociedad justa cuando se encuentra desprotegida a agentes que operan de manera transnacional, cuyo nicho de acción no requiere de entes personificados, sino el manejo de sistemas operativos cuyo campo de acción es difícil de controlar. La ley deontológicamente recrea un impulso positivo, lo cual afirma confiabilidad en el sistema de justicia, no obstante, las condiciones insoslayables de justicia social se observan mermados ante la corrupción y la imposibilidad de actuar ante la oposición de grupo que operan desde los mismos centros de reclusión. Jakobs no lo menciona expresamente, pero es plausible pensar en el fomento al recrudecimiento del Derecho penitenciario, mediante el endurecimiento de las condiciones de clasificación de los internos, limitación de los beneficios penitenciarios o incremento de los requisitos para la libertad condicional, entre otras medidas. Jakobs considera que debe darse cabida al Derecho penal del enemigo en nuestro Derecho, si bien se deben definir sus límites claramente, para evitar que contamine al Derecho penal del ciudadano. Esto es, un impulso negativo a la impunidad y la actividad criminal, que potenciaría su desarrollo en nuevas formas.

#### **1.4.3.- Las Garantías frente a la teoría del orden. Generalidad de la norma imperfecta**

El jurista Pedro Granja sugiere que el sometimiento del estado a un régimen que contribuye al desdén del control social contiene un impulso psicológico negativo que contribuye al desentendimiento del orden legal hacia la corrupción de los sujetos individuales. La fidelidad al orden jurídico opera en la medida que el estado ejecuta sus esfuerzos en controlar los ejes sociales, el vacío legal transcendental, sugiere el

incremento de la pena favoreciendo formas de operación. Independiente de la postura filosófica de la sustancia del hombre, sea bueno o malo por naturaleza, la deontológicamente del derecho penal buscara impersonalizar al infractor mediante la coacción normativa, no obstante, cuando el esfuerzo racional del legislador a través de la norma no contribuye al orden, los mecanismos diferenciados son plausibles en situaciones especiales.

El concepto tradicional de derecho lo ubica como un sistema de normas coercibles que rigen la conducta social, por otro lado, que sucedería si dejara de regir la conducta de los entes sociales, es decir, aunque estuviera vigente, y cumpliera con los criterios de “validez, pero no alcanzara a resultar eficaz, propendería a convertirse en una norma inoperante”. De igual manera, en el derecho penal, si las normas que buscan prever la comisión de un delito, no resultan relevante significancia, no cumple con la ontología de la norma que recalca Bobbio.

Si las garantías afirmadas en valores y fines, cuyo espíritu busca direccionar el sistema jurídico punitivo a la protección integral del ser humano (independiente de su condición), cabría la pregunta, debería permanecer cuando este atenta contra el mismo orden social. Seria paradójico concebir aquellos presupuestos considerados como derecho perfecto, aquellas Leyes que garantizan los derechos naturales, puedan afectar de manera significativa el orden social. Como de alguna manera lo expone Soriano, la validez, la vigencia , la justicia y la eficacia, se presentan como elementos Inter conexionados e interdependientes cuando se propone una apreciación del derecho que aspira a la perfección. El derecho sería imperfecto si se produjera la absorción de uno de estos aspectos por otro: la validez por la justicia (solo es válido el derecho justo), o la justicia por la validez (solo es justo el derecho válido), o la validez por la eficacia (solo es derecho

el que se aplica). Pero aún sería más imperfecto si el derecho es ineficaz, porque entonces importaría poco su validez y justicia” Por lo expuesto, al no colegir antedichos elementos, se evidenciaría una ley imperfecta.

#### **1.4.4.- El Derecho penal del Enemigo dosificado en el derecho penal moderno.**

El jurista Pedro Granja realiza una apología a los presupuesto vislumbrando en el derecho penal del enemigo de Jakobs, haciendo una relación a la praxis institucionalizada de los “...allanamientos, interceptación de comunicaciones,...”que utilizan los grupos especializados de la policía a fin de poder desarticular organizaciones criminales o mantener el seguimiento a grupos de potencial riesgo delincencial. Todas estas actividades que se consideran violatorias se encuentran debidamente regladas e institucionalizadas. De ello se abstrae el sentido de la propuesta Jakobsiana a fin de justificar las medidas planteadas por el derecho penal del enemigo.

Como ha señalado Roxin “el derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución política del Estado” (Jakobs G. , Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal, 2003). Por consiguiente, en los cuerpos normativos se emplearán normas técnicas que promuevan la preminencia de derechos fundamentales, de derecho procesal, y garantías institucionales, y los de derecho procesal penal debidamente constitucionalizado (Roxin, Derecho procesal penal, 2003). Las nociones de una declaratoria formal de enemigo, puede observarse distinto a los promulgado en los tratados y convenios de derechos, mismo que mediante la formalización de procedimientos en materia penal, son legitimados. Es decir, una interceptación o allanamiento, son plausibles porque son legítimas, por otro lado, la voluntariedad de acción sobre otra persona se encuentra totalmente deslegitimado. La pregunta radica, en la manera que podría legitimarse, cuando se supone que los derechos humanos son



irrenunciables, y su prevalencia son fundamento del estado democrático frente al despotismo, aun cuando puede ser utilizado una declaratoria de enemigo público con fines políticos.

#### **1.4.5.- Declaratoria de Enemigo Público**

Sería interesante conocer como el estado manejaría el estatus jurídico de enemigo público, ¿sería mediante una audiencia especializada o común?, de los medios de prueba que se obtengan, ¿se hará factible mediante el respeto estricto de las garantías procesales o que métodos se podrá utilizar? ¿Cuál será el órgano encargado en exponer los tipos a dicha declaratoria? Será mediante un proceso legislativo común, mediante iniciativa parlamentaria, del ejecutivo, popular, o todo debe ser sometido a referéndum. ¿Cuáles serían los efectos en materia de derechos humanos? Y ¿Cuáles serían los efectos económicos en el estado?, mismo que por una propaganda internacional, se asentaría públicamente como una situación de desgobierno.

### **1.5. Garantismo y Mínima intervención penal**

#### **1.5.1. Principio de mínima intervención Penal**

La mínima intervención penal indica que el ius puniendi del estado debe instrumentar sus recursos al menor rigor, con la debida consonancia de su efectividad. Para Francisco Muñoz y Mercedes García dos son los principios que dirigen el poder punitivo del estado: “i) mínimo intervención penal, y II) Principio de Legalidad” (Muñoz & Garcia, 2019), de ellos, se configura el sistema penal estatal. Los demás principios del derecho penal, para Muñoz, son accesorios a los dos primeros. Por otro lado, Jean Pierre Matus y María Ramírez enfatiza que “el axioma que direcciona la justicia penal del estado radica en el principio de proporcionalidad” (Matus & Ramirez , 2019), que para Rudolf

Wendt, busca prevenir “actuaciones excesivas en el derecho, y determinar la equivalencia entre el delito y la pena” (Wendt, 2020).

Referente a lo expuesto, ese principio de mínima intervención tiende a limitar la política criminal del Estado, reglando el ius puniendi del estado, de acuerdo, al eje de necesidad, no obstante, cuando la efectividad de este no contiene los resultados esperados, se atiende el carácter subsidiario y fragmentario de la norma penal.

### **5.1.1. Carácter Subsidiario**

El derecho penal se configura en una de las formas que utiliza el estado para ejercer el control social, del cual, para sancionar al individuo deberá primar las sanciones civiles y administrativas que correspondan, siendo relegado el poder punitivo como ultimo recurso del estado. Por consiguiente, el estado consiente asistidos las demás formas de sanciones que le ofrecen el espectro de materias del derecho, como vehículo de coacción, por lo tan, el fracaso de estas permite la activación del derecho penal. Podría considerarse que, será el estado que determinara la pertinencia de las infracciones que corresponde a la índole penal, dirimiendo los conflictos en materia. Un ejemplo, podría ser un “acto de racismo” que podría ser sancionado penalmente, pero a juicio del legislador es considerado excesivo, por consiguiente, antes de integrarse en el catalogo penal, se afirma la infracción con un tipo de imposición civil, a fin de conferir la reparación por los daños ocasionados a la víctima. De no constituirse efectiva las normas que prime sobre la norma penal, se optara por una alternativa punitiva.

Este mecanismo subsidiario del derecho penal constituye un límite interno en el derecho penal, cuya finalidad se afirma en demostrar que determinada problemática social, no es soluble con mecanismo diferentes a la prevención general y especial penal.

Para María Osandon Midow, existen defectos de carácter metodológico en el carácter subsidiario del derecho penal, mismo que se afirmaría en una suerte de presupuestos debido a que se dificulta determinar con certeza la efectividad de las normas en base a pronósticos

## **CAPITULO II**

### **MARCO METODOLÓGICO**

El marco metodológico de la investigación valida los resultados obtenidos del levantamiento de información, de igual manera la viabilidad de la propuesta conlleve a una correcta aplicación. Los elementos por evaluarse corresponden a: i) tipo de estudio, II) métodos aplicación a la investigación, III) mecanismo para recabar datos, IV) el uso de las fuentes, y v) el resultado. Referente a las fuentes utilizadas en el presente trabajo investigativo, tenemos: i) fuentes doctrinarias, II) fuentes normativas, iii) y referentes prácticos. Dentro de las fuentes doctrinarias podemos destacar personajes del pensamiento antiguo, helenísticos, medieval y moderno referente al tema de discusión. Referente a las fuentes normativas tenemos las Constitución de la república del Ecuador, Código Organito Integral Penal y leyes de la experiencia extrajera) estado s unidos y México). Las fuentes que forman parte de estudios particulares empleados en el presente trabajo se encuentran debidamente citado, e incorporado en la Bibliografía.

#### **2.1.- Tipo de estudio realizado y/o investigación**

El estudio desarrollado en el presente tratado investigativo corresponde al método de investigación descriptiva, cuyo objetivo radica en la descompresión de información del fenómeno a tratar, evaluando la situación pretérita, describiendo el estado de las variables. Por lo tanto, el estudio aplicado de carácter cualitativo busca identificar los aspectos esenciales del derecho penal del enemigo contrastados con los principios del derecho humanizante.

## **2.2.- Periodo y lugar donde se desarrolla la investigación**

El estudio tiene como periodo el año 2023, y tiene como fundamento Constitución de la República del Ecuador, Declaración Universal de Derechos Humanos, y Pactos Anexos, y Código Orgánico Integral Penal. Referente al lugar donde se desarrolla la investigación, se basará en los referentes normativos del estado ecuatoriano, y bases doctrinales generales (filosofía moderna), y derecho extranjero (México y Estados Unidos). De los referentes del derecho extranjero se puede observar ejemplos de la aplicación milimétrica del derecho penal del enemigo a nivel transnacional.

## **2.3.- Universo y muestras escogidas**

Un total de 17.258 profesionales del derecho del Colegio de Abogados del cantón Guayaquil, provincia del Guayas, se tomará como muestra la población de 376 profesionales del derecho como sujetos encuestados.

## **2.4. Definición y comportamiento de las principales variables incluidas en el estudio**

Variable 1. Derecho Penal del Enemigo

Variable 2. Prohibición de Tortura

## **2.5.- Métodos empleados**

La metodología aplicada para el presente estudio se basa en los siguientes presupuestos a considerar:

### **2.5.1.- Método deductivo**

El presente método da como referencia que el estudio tendrá como punto de partida premisas generales para dar como resultado nociones particulares. El método deductivo tiende a bien afirmar y sistematizar conceptos, bases de emisión teórica directa, y demás formas de estructuración del contenido de investigación. El contenido informativo obtenido se conservará de manera que se pueda agregar a los referentes teórico Y/o conclusiones generales de investigación. Los datos sistematizados contarán con los referentes de los últimos cinco años.

### **2.5.2.- Método analítico**

El presente método tiene como objeto descomprimir información tomada directamente del fenómeno a evaluar, se toma la información de manera directa, relacionando conceptos y situaciones propias del estudio. El método analítico evalúa los aspectos esenciales del fenómeno de manera independiente a fin de poder ubicar los presupuestos generales de las premisas, y poder contrastar dichos elementos con las bases recabadas del estudio en general. En el caso que aplica se tomade manera independiente los presupuestos del derecho penal del enemigo y se evalúa cada uno de manera independiente atendiendo a su situación histórica. De igual forma se contrasta con los referentes normativos convencionales y constitucionales.

### **2.6.- Procedimiento aplicado**

El instrumento válido para aplicar la muestra en general se afirma en la población encuentra, que son los profesionales del derecho a quien está dirigida la presente encuesta, Se aplicó la fórmula del muestreo aleatorio del universo, obteniendo como muestra consistente de 385 personas profesionales del derecho. El análisis de fondo de la muestra

está orientado a calcular estadísticamente aspectos relacionados con la aplicación del derecho penal del enemigo frente a la prohibición de tortura.

## 2.7. Procesamiento y análisis de la información

El procesamiento de los datos parte con una población de 19.258 abogados de libre ejercicio pertenecientes al Cantón Guayaquil, de los cuales se extrajo una muestra con un nivel de confianza del 95% y un error probabilístico del 5%, para ello se consideró el método de cálculo muestra de poblaciones finitas que se aplica de la siguiente manera:

$$n = \frac{Z^2 * p * q * N}{e^2(N - 1) + Z^2 * p * q}$$

$n =$  tamaño de la muestra

$Z =$  el nivel de confianza del 95%  $\Rightarrow Z = 1,96$

$P =$  probabilidad a favor (50%)  $\Rightarrow 0,5$

$q =$  probabilidad en contra (50%)  $\Rightarrow 0,5$

$N =$  población conocida

$e =$  error probabilístico (5%)  $\Rightarrow 0,05$

$$n = \frac{Z^2 * p * q * N}{e^2(N - 1) + Z^2 * p * q}$$

$$n = \frac{(1,96)^2(0,5)(0,5)(19258)}{[(0,05)^2(19258 - 1)] + [(1,96)^2(0,5)(0,5)]}$$

$$n = \frac{18495,3832}{48,1425 + 0,9604}$$

$$n = \frac{18495,3832}{49.1029}$$

$$n = 376,67$$

$$n = 377$$

El tamaño de la muestra es de 385 abogados de libre ejercicio pertenecientes al Cantón Guayaquil, a estos se les aplicará una encuesta que permitirá obtener datos representativos de la población de estudio.

## 2.8. Resultados

Resultados aplicados al estudio

### Pregunta Nro.1

¿Conoce usted los presupuestos teóricos y prácticos del derecho penal del enemigo y del garantismo penal?

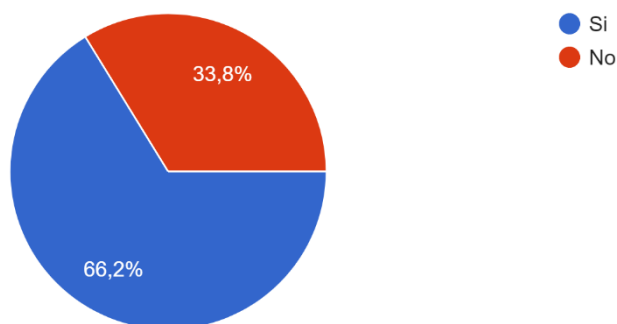
*Tabla 1 Presupuestos teóricos y prácticos del derecho penal del enemigo y del garantismo penal*

<b>Indicadores</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
<b>De acuerdo</b>	253	66.2 %



<b>En</b>	129	33.8%
<b>Desacuerdo</b>		

**Elaborado por:** Ab. Moisés Duy Santamaria



***Ilustración 1** Presupuestos teóricos y prácticos del derecho penal del enemigo y del garantismo penal*

De los resultados obtenidos podemos observar que el 66.2% de la población encuestada se expresó de acuerdo en conocer los presupuestos teóricos y prácticos del derecho penal del enemigo y del garantismo penal, Un 33,8% de la población encuestada expreso desconocer la cuestión planteada. Se puede deducir que la mayoría de los encuestados refieren conocer sobre los presupuestos teóricos del derecho penal del enemigo y la visión progresista del derecho penal.

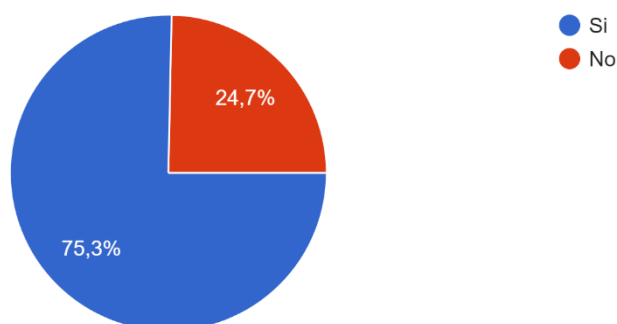
## **Pregunta Nro.2**

**¿Considera usted que el crimen organizado y demás actos delincuenciales que lo involucran debería ser tratados a la manera de estado guerra?**

*Tabla 2 El crimen organizado debe ser tratado a la manera de estado guerra*

<b>Indicadores</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
<b>De acuerdo</b>	290	75.3 %
<b>En Desacuerdo</b>	95	24.7%

**Elaborado por:** Ab. Moisés Duy Santamaria



*Ilustración 2 El crimen organizado debe ser tratado a la manera de estado de guerra*

De los resultados obtenidos podemos observar que el 75.3% de la población encuestada se expresó de acuerdo en que el crimen organizado y demás actos delincuenciales que lo involucran debería ser tratados a la manera de estado guerra. Un

24,7% de la población encuestada expreso estar en desacuerdo con el t3pico en discusi3n. Se puede deducir que la mayor3a de los encuestados refieren estar de acuerdo referente a la especialidad del tratamiento del crimen organizado.

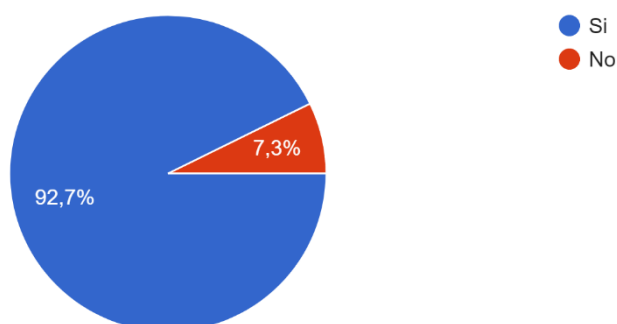
### Pregunta Nro. 3

**¿Considera usted que deber3a existir una categorizaci3n entre delincuentes comunes y delincuentes de alta peligrosidad?**

*Tabla 3 Categorizaci3n entre delincuentes comunes y de alta peligrosidad*

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
De acuerdo	357	92.7 %
En Desacuerdo	28	7.3%

Elaborado por: Ab. Mois3s Duy Santamaria



*Ilustraci3n 3 Categorizaci3n entre delincuentes comunes y de alta peligrosidad*

De los resultados obtenidos podemos observar que el 92.7% de la población encuestada se expresó de acuerdo en que debería existir una categorización entre delincuentes comunes y de alta peligrosidad. Un 7,3% de la población encuestada expreso estar en desacuerdo con el tópico en discusión. Se puede deducir que la mayoría de los encuestados refieren estar de acuerdo referente al tratamiento diferenciado desde el margen de la ley, entre delincuentes de alto riesgo y los comunes.

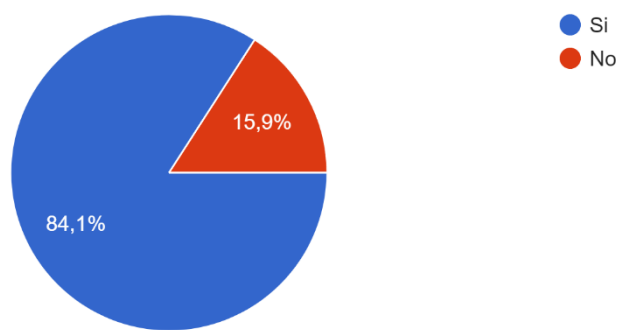
#### **Pregunta Nro.4**

**¿Estaría usted de acuerdo que la denominación de delincuentes de alta peligrosidad debería hacerse mediante una declaración de enemigo público?**

*Tabla 4 Denominación de delincuentes de alta peligrosidad y la declaración de enemigo público*

<b>Indicadores</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
<b>De acuerdo</b>	323	84.1 %
<b>En Desacuerdo</b>	61	15.9%

**Elaborado por:** Ab. Moisés Duy Santamaria



*Ilustración 4 Denominación de delincuentes de alta peligrosidad y la declaración de enemigo público*

De los resultados obtenidos podemos observar que el 84.1% de la población encuestada se expresó de acuerdo en que la denominación de delincuente de alta peligrosidad debería hacerse mediante una declaración de enemigo público. Un 15,9% de la población encuestada expreso estar en desacuerdo con el tópico en discusión. Se puede deducir que la mayoría de los encuestados refieren estar de acuerdo en la tesis de Günter Jakobs, mediante el cual dispone la institucionalización del enemigo público mediante una declaratoria formal y reconocimiento.

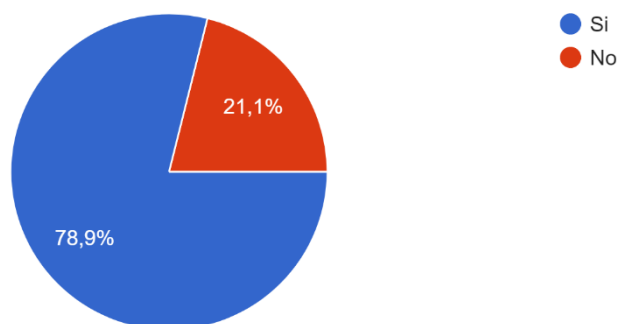
**Pregunta Nro. 5**

**¿Considera usted que la despersonalización (limitación de derecho humanos) del delincuente de alta peligrosidad constituiría un mecanismo eficaz para la disminución del crimen organizado?**

*Tabla 5 Despersonalización del delincuente de alta peligrosidad como mecanismo eficaz para la disminución del crimen organizado*

<b>Indicadores</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
<b>De acuerdo</b>	303	78.9 %
<b>En Desacuerdo</b>	81	21.1%

**Elaborado por:** Ab. Moisés Duy Santamaria



*Ilustración 5 Despersonalización del delincuente de alta peligrosidad como mecanismo eficaz para la disminución del crimen organizado*

De los resultados obtenidos podemos observar que el 78.9% de la población encuestada se expresó de acuerdo en que la despersonalización (limitación de derecho humanos) del delincuente de alta peligrosidad constituiría un mecanismo eficaz para la disminución del crimen organizado. Un 21,1% de la población encuestada expreso estar en desacuerdo con el tópico en discusión. Se puede deducir que la mayoría de los encuestados refieren estar de acuerdo en la tesis de Günter Jakobs, mediante el cual

dispone la despersonalización, limitación de derechos humanos, sería ideal para propugnar la erradicación del crimen organizado.

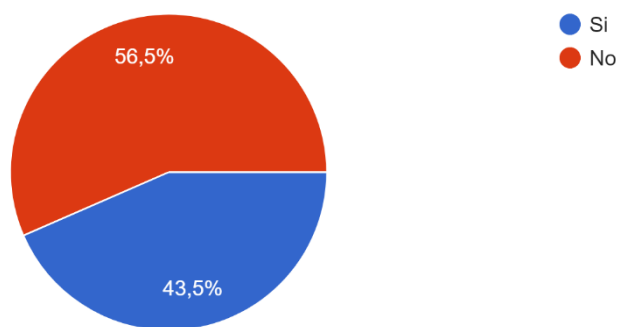
**Pregunta Nro.6**

**¿Considera usted que la despersonalización constituiría una regresión de derechos y garantías constitucionales?**

*Tabla 6 La despersonalización constituye una regresión de derechos*

<b>Indicadores</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
<b>De acuerdo</b>	166	43.5 %
<b>En Desacuerdo</b>	216	56.6%

**Elaborado por:** Ab. Moisés Duy Santamaria



*Ilustración 6 La despersonalización constituye una regresión de derechos*

De los resultados obtenidos podemos observar que el 43.5 % de la población encuestada se expresó de acuerdo en que la despersonalización (limitación de derechos humanos) del delincuente de alta peligrosidad constituiría un mecanismo eficaz para la disminución del crimen organizado. Un 56,5% de la población encuestada expresó estar en desacuerdo con el tópico en discusión, mismo que afirmaron que el hecho de despersonalizar al delincuente de alta peligrosidad no constituye regresión de derechos. Se puede deducir que la mayoría de los encuestados refieren estar de acuerdo en la tesis de Günter Jakobs, mediante el cual dispone la despersonalización, limitación de derechos humanos, a quien rechaza el orden jurídico, por el cual, no estaría sujeto al espeto común del mismo.

#### **Pregunta Nro.7**



**¿Estaría usted de acuerdo en la reforma de la constitución a fin de que se incluya la limitación de derechos y garantías a delincuentes sobre el cual recae una declaratoria de enemigo público?**

*Tabla 7 La inclusión de la institución del enemigo público desde la Constitución*

<b>Indicadores</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
<b>De acuerdo</b>	321	83.4 %
<b>En Desacuerdo</b>	64	16.6%

**Elaborado por:** Ab. Moisés Duy Santamaria

*Ilustración 7 La inclusión de la institución del enemigo público desde la Constitución*

De los resultados obtenidos podemos observar que el 83.4 % de la población encuestada se expresó de acuerdo en la reforma de la constitución a fin de que se incluya la limitación de derechos y garantías a delincuentes sobre el cual recae una declaratoria de enemigo público. Un 16,6% de la población encuestada expreso estar en desacuerdo con el tópico en discusión. Se puede deducir que la mayoría de los encuestados refieren

estar de acuerdo en la tesis de Günter Jakobs, mediante el cual dispone la institucionalización del enemigo público.

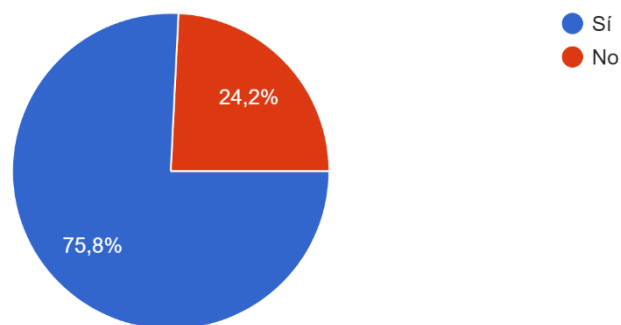
### **Pregunta Nro.8**

**¿Considera usted que, la declaratoria de enemigo público podría utilizarse a fin de concretar persecuciones políticas?**

*Tabla 8 La declaratoria de enemigo público y las persecuciones políticas*

<b>Indicadores</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
<b>De acuerdo</b>	291	75.8 %
<b>En Desacuerdo</b>	93	24.2%

**Elaborado por:** Ab. Moisés Duy Santamaria



*Ilustración 8 La declaratoria de enemigo público y las persecuciones políticas*

De los resultados obtenidos podemos observar que el 75.8 % de la población encuestada se expresó de acuerdo en que la declaratoria de enemigo público podría utilizarse a fin de concretar persecuciones políticas. Un 24,2% de la población encuestada expreso estar en desacuerdo con el tópico en discusión. Se puede deducir que la mayoría de los encuestados refieren que la zona de riesgo de la mal utilización de dicha institución, del cual, se requiere un tratamiento quirúrgico.

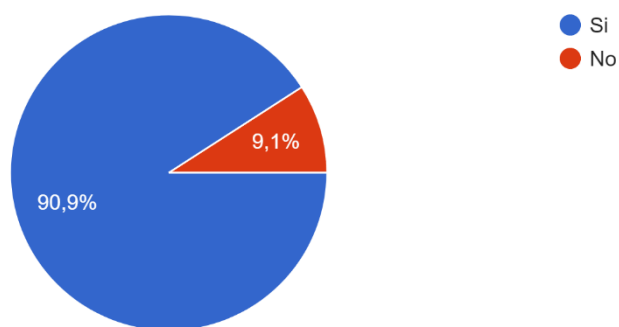
**Pregunta Nro.9**

**¿Considera usted que se debería definir el eje de los delitos sobre los cuales recae la declaratoria de enemigo público?**

*Tabla 9 Eje de delitos ante la declaratoria de enemigo público*

<b>Indicadores</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
<b>De acuerdo</b>	349	90.9 %
<b>En Desacuerdo</b>	35	9.1%

**Elaborado por:** Ab. Moisés Duy Santamaria



*Ilustración 9 Eje de delitos ante la declaratoria de enemigo público*

De los resultados obtenidos podemos observar que el 90.9 % de la población encuestada se expresó de acuerdo en que se debe definir el eje de los delitos sobre los cuales recae la declaratoria de enemigo público. Un 9,1% de la población encuestada expreso estar en desacuerdo con el tópico en discusión. Se puede deducir que la mayoría de los encuestados refieren que la zona de riesgo de la mal utilización de dicha institución, por consiguiente, se debe definir el eje de delitos con objeto de aplicación de la despersonalización.

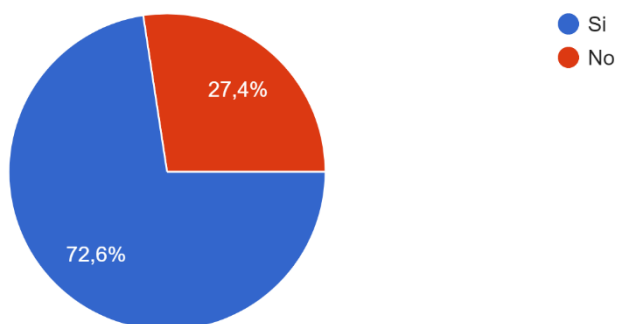
**Pregunta Nro. 10**

**¿Considera usted que la declaratoria de enemigo público debería extenderse a los delitos contra la Administración pública?**

**Tabla 10** *La declaratoria de enemigo público en los delitos contra la administración pública*

<b>Indicadores</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
<b>De acuerdo</b>	278	72.6 %
<b>En Desacuerdo</b>	105	27.4%

**Elaborado por:** Ab. Moisés Duy Santamaria



**Ilustración 10** *La declaratoria de enemigo público en los delitos contra la administración pública*

De los resultados obtenidos podemos observar que el 72.6 % de la población encuestada se expresó de acuerdo en que se debe definir que la declaratoria de enemigo público debería extenderse a los delitos contra la administración pública. Un 27,4% de la población encuestada expreso estar en desacuerdo con el tópico en discusión. Se puede deducir que la mayoría de los encuestados refieren que la despersonalización debería

aplicarse a los delitos contra la administración pública a fin de evitar todo tipo de corrupción.

## **2.9.- Conclusiones**

La declaratoria formal de enemigo, puede observarse distinto a los promulgado en los tratados y convenios de derechos, mismo que mediante la formalización de procedimientos en materia penal, son legitimados. La aplicación del derecho penal del enemigo conllevaría a un sistema de rigor que se deduciría positivo en cuanto a la reducción del índice de criminalidad, no obstante, podría ser utilizado como instrumento vector de intereses en manos de inmorales.

## **CAPITULO III**

### **PROPUESTA**

#### **3.1. Antecedentes**

La dogmática penal resalta el minimalismo cuyos presupuestos tiende afirmarse contrario a la propuestos de Jakobs, referente al derecho penal del enemigo. El sistema que postula la declaratoria de enemigo público, que recae sobre el delincuente de alta peligrosidad, se afirma en la distinción de Jakobs, que afirma que existen dos tipos de delincuente: i) delincuentes comunes, y II) delincuentes de alta peligrosidad. Este comportamiento criminal continuo exagerado, contumaz y agresivo, según Jakobs no debería ser tratado al igual que los demás tipos de delincuentes, sino que debe tener un trato diferenciado de acuerdo al tipo de mal que persigue.

La tendencia progresista del garantismo penal se constituye en la base exponencial que encarece la visión exponencial del derecho penal que, coadyuvado con las normas del Derecho Internacional Público, (Declaración Universal de Derecho Humano, Pacto y Convenciones) recrea un sistema blindado que protege la vida del ciudadano, independiente de su condición de amenaza, por el mero hecho de poseer la dignidad humana. Los filosos argumentos del garantismo penal afirman al hombre como principio y fin, cuya inobservancia acarrearía todo tipo de violaciones consecutivas, en base a pretextos jurídicos. La sociedad occidental a través de su historia ha experimentado regímenes de derecho penal, cuyos resultados han dejado en evidencia las particularidades de un derecho penal del resultado a diferencia de uno preventivo. La coacción psíquica que de la prevención general y especial se desprende, y el fomento a la resocialización no ha provisto el suficiente desdén para el delito, sino que del exceso de garantías ha correspondido la búsqueda de salidas exógenas al enjuiciamiento penal.

El derecho penal del enemigo se afirma en la declaratoria de enemigo público sobre individuos quienes, al transgredir el orden público, abandonar el estado de derecho, pretende acogerse a la naturaleza depredadora del hombre. Sobre estos individuos Jakobs plantea que se debe cargar un trato diferenciado a fin de erradicar su masificación y deslindar todo tipo de optimización del crimen. El tópico en discusión radica en la limitación de derechos humanos de los cuales la tortura aplicada con el fin de obtener información es de relevante discusión. La sociedad contemporánea se ha preparado en las bases del humanismo preconizado en la revolución francesa, Por otro lado, el derecho penal del enemigo pretende identificar las causales suficientes para despersonalizar al criminal nada impoluto.

Subyace diferentes cuestiones referentes al tema de discusión: ¿Cuál es la naturaleza de la declaratoria del enemigo público? ¿Cuál será el órgano que ejecute dicha declaratoria? ¿La declaratoria de enemigo público dependerá del ejercicio del derecho de contradicción? ¿Qué tipo de delitos observara la declaratoria de enemigo público? ¿Cuál son los riesgos atinentes a nulidades procesales al aplicar la declaratoria de enemigo público? ¿Cuál será el mecanismo jurídico de legitimación del derecho penal del enemigo? ¿La normativización del derecho penal del enemigo incluirá la despersonalización como adjetivo jurídico? ¿La ley definiría los estándares de tortura? ¿La democratización del derecho penal del enemigo legitimaria su implementación? ¿Cuál sería el impacto en la reconstrucción del estado?

### **3.2.- Objeto de la propuesta**

Identificar los presupuestos técnicos jurídicos que haría posible implementación del derecho penal del enemigo en el sistema constitucional ecuatoriano.



### **3.3.- Fundamentos de la propuesta**

Los fundamentos propuestos referente a la aplicación del derecho penal del enemigo y la prohibición constitucional de tortura tiene como puntos controvertidos los siguientes enunciados:

La naturaleza de la declaratoria del enemigo público se define con el principio de identificabilidad, los infractores sobre los que recae la declaratoria de enemigo publica, “...deberán realizar actos públicos y evidentes que denoten su estricto alejamiento del orden público. Mismo que será declarado por la Asamblea Nacional...”. Un ejemplo evidente podría ser el caso del salvador, en la rueda de prensa expuestas por lideres de pandillas, quienes autorizaban y desautorizaban a sus unidades del delito que operaban en diferentes sectores. Otro ejemplo, radicaría en el caso de los grupos armados, quienes proveen de información y amenazas directas al orden público. Es necesario mencionar que la declaratoria de enemigo público limita sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y comerciales, a fin de que comparezca directamente ante la Asamblea Nacional que, en el caso de no comparecer, se llevara a cabo una declaratoria unilateral. La aprehensión puede ser objeto de uso de la fuerza. En cuanto al crimen organizado y redes de operación, “...dicha calidad la obtendrá al finalizar la etapa de juicio, mismo que deberá ser declarado en sentencia. La información de personas y demás miembros de dicha organización expuestos en el proceso, cuya identidad y participación sea evidenciable en el proceso, se remitirá copia certificada la Asamblea Nacional a fin de que emita su informe de declaratoria de enemigo público o la niegue, en caso de no contar con los medios suficientes...”.

Referente al órgano que emite la declaratoria de enemigo publica será expedido por la Asamblea Nacional, cuando se trate de individuos identificables, quienes de manera

deliberada pretenda atentar contra el orden público, y manifiesten su rechazo expreso de la ley, En casos de delitos flagrantes, será el ente jurisdiccional quien una vez expedida la sentencia, remitirá el expediente a la Asamblea a fin de que ratifique o niegue la declaratoria de enemigo público por los medios de prueba aportados. En caso de que el proceso judicial, de vea sujetos identificables quienes participaron del crimen objeto de la sentencia, será remitido a la Asamblea a fin de poder decidir acerca de los mismos.

La declaratoria de enemigo público observara el ejercicio del derecho de contradicción. Cuando los individuos son plenamente evidenciables, se llevará a cabo por declaración controvertida o unilateral de la Asamblea Nacional, cuya petición será dirigida por cualquier ciudadano, mismo que se le notificará por todos los medios posibles a fin de que comparezca en la Asamblea. En cuanto a los delincuentes detenidos por delito flagrante, tendrán la oportunidad de contradecir en el proceso judicial correspondiente. Los detenidos con declaratoria de enemigo público podrán sustentar su negativa y contradecir los cargos ante la Asamblea Nacional.

Dentro de delitos que observaran la declaratoria de enemigo público, será relevante que participen los delitos que involucren el crimen organizado (grooming, trata de blancas, narcotráfico, prostitución infantil). Los delitos contra la administración pública estarán incluidos.

Dentro de los riesgos atinentes a nulidades procesales al aplicar la declaratoria de enemigo público, se puede mencionar que, el problema de identificabilidad confiere una situación de riesgo, debido a que no debe existir margen de error, la certeza debe estar acompañado con elementos suficientes que consideren su participación,

El mecanismo jurídico de legitimación del derecho penal del enemigo radica en la reforma de la Constitución a fin de otorgarle tal atribución a la Asamblea Nacional, y la ley orgánica de la Función Legislativa, a fin de prever el trámite correspondiente define con circunspección jurídica.

La normativización del derecho penal del enemigo incluirá la despersonalización como adjetivo jurídico, al momento de limitar los derechos civiles, político, económicos, sociales y culturales, a fin de que comparezca ante la asamblea, cuya negativa será considerada como acto de rebeldía, mismo que dentro de las instituciones públicas y privadas no podrá participar. El impacto en la reconstrucción del estado constituiría un problema con el bloque de convencionalidad, pues los derechos en controversia son facultades reconocidos por los tratados y convenios internaciones, motivo por el cual, no podría ser objeto de limitación, Una salida formal, radicaría en la federalización del estado ecuatoriano, a fin de que cada estado federal, decida ratificar o no los tratados y convenios internacionales.

La ley no definiría estándares de tortura, solamente el uso de la fuerza a fin capturar al implicado, cuyos medios podrán variar de acuerdo, al grado de peligrosidad del implicado.

### **3.4.- Descripción de la propuesta**

Pretende una reforma a la constitución de la Republica del Ecuador y Ley Orgánica de la Función Legislativa.

### **3.5. Ejes de la Propuesta**

Se observará la normativización tanto en la constitución de Republica del Ecuador y la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

Constitución	Ley orgánica de la Función Legislativa
<p>Naturaleza de la declaratoria de enemigo público “...Se considerará enemigo público quien realiza actos públicos y evidentes que denoten su estricto alejamiento del orden público. Mismo que será declarado por la comisión de la Asamblea Nacional designada ...”.</p>	<p>De la conformación de la comisión: periodo de tiempo, términos que aplica para la declaración.</p>
<p>De los tipos de delitos: Crimen Organizado y delitos contra la administración pública.</p>	
<p><b>Órgano que lo emite:</b> La Asamblea Nacional, sea que nazca como solicitud ante la asamblea, o judicialización previa.</p>	
<p><b>Principios:</b> Principio de contradicción</p>	

## Conclusiones

El derecho penal del enemigo posee como presupuesto técnico la despersonalización, cuyo objeto radica en la limitación de derechos sobre quien recae la declaratoria de enemigo público. La propuesta de Jakobs no se observa una institucionalización, por consiguiente, el presente trabajo trae consigo la naturaleza jurídica (delimitación quirúrgica) del enemigo público radicaría en que "...Se considera enemigo público quien realiza actos públicos y evidentes que denoten su estricto alejamiento del orden público. Mismo que será declarado por la comisión de la Asamblea Nacional designada ...". La declaratoria de enemigo público limitaría sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y comerciales, a fin de que comparezca directamente ante la Asamblea Nacional que, en el caso de no comparecer, se llevara a cabo una declaratoria unilateral. La aprehensión puede ser objeto de uso de la fuerza. En cuanto al crimen organizado y redes de operación, "...dicha calidad la obtendrá al finalizar la etapa de juicio, mismo que deberá ser declarado en sentencia. La información de personas y demás miembros de dicha organización expuestos en el proceso, cuya identidad y participación sea evidenciable en el proceso, se remitirá copia certificada la Asamblea Nacional a fin de que emita su informe de declaratoria de enemigo público o la niegue, en caso de no contar con los medios suficientes...".

Referente a las garantías y normas convencionales referente a la defensa de los procesados, se encuentra los preconizados en la Constitución, no obstante, la declaratoria de enemigo público, traería consigo un tratamiento especial.

Referentes a las líneas de factibilidad y/o aplicación del derecho penal del enemigo, se expone que la normativización del derecho penal del enemigo incluirá la despersonalización como adjetivo jurídico, al momento de limitar los derechos civiles,

político, económicos, sociales y culturales, a fin de que comparezca ante la asamblea, cuya negativa será considerada como acto de rebeldía, mismo que dentro de las instituciones públicas y privadas no podrá participar. El impacto en la reconstrucción del estado constituiría un problema con el bloque de convencionalidad, pues los derechos en controversia son facultades reconocidos por los tratados y convenios internaciones, motivo por el cual, no podría ser objeto de limitación, Una salida formal, radicaría en la federalización del estado ecuatoriano, a fin de que cada estado federal, decida ratificar o no los tratados y convenios internacionales. La ley no definiría estándares de tortura, solamente el uso de la fuerza a fin capturar al implicado, cuyos medios podrán variar de acuerdo, al grado de peligrosidad del implicado.

## **Recomendaciones**

Los presupuestos teóricos del derecho penal del enemigo son tomadas directamente del derecho de resultado (penal alemán), cuyos presupuestos son útiles en doctrina, y citas directas al contractualismo.

Referente a los derechos de los procesados se puede deducir que se respetan en lo absoluto, no obstante, queda a voluntad de los delincuentes de alta peligrosidad, si perseveran en el acto criminal o se allanan al pacto social.

Las líneas de factibilidad de aplicación del derecho penal del enemigo se deducirán en números y ejes de resultado desde su aplicación mediata e inmediata.

## Bibliography

- Aguado Correa, T. (1999). *El principio de Proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Edersa.
- Alexy, R. (2004). *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: j. San Jose S.A.
- Andocides. (1996). *Discursos*. Mexico: Universidad Autonoma de Mexico.
- Antifonte, & Andocides. (1991). *Discursos y Fragmentos*. Madrid: Gredos.
- Aristoteles. (2002). *Retorica* . Madrid: Alianza Editorial.
- Arroyo Zapatero, L., Neumann, U., & Nieto Martín, A. (2003). *Crítica y justificación del Derecho Penal En el Cambio de Siglo. El análisis crítico de la Escuela*. Cuenca: Ediciones De la Universidad de la Mancha.
- Bacigalupo, E. (1999). *Principios Constitucionales de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Bacon, F. (2014). *La sabiduría de los antiguos*. Madrid: Tecnos.
- Baratta, A. (2003). *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Bernal Bravo, C. (2007). *Metodología de la investigación*. Mexico: Prentice Hall.
- Biazevic, Daniza, M. H. (2006). *A história da tortura*. Brasilia.
- Carbonell, Miguel;. (2008). *El principio de Proporcionalidad y la interpretación Constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derecho Humanos.
- Carbonell, Miguel;. (2008). *El principio de Proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*. Mexico: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- De Aquino, T. (s.f.). *Suma Teológica*. Obtenido de <https://hjjg.com.ar/sumat/b/c90.html>
- Duque Pedroza , A. (2015). *Perspectivas y retos del proceso penal*. Editorial Universidad Pontificia Bolivariana: Medellín .
- Esquilo. (2004). *La Orestíada*. Madrid: Libros En Red.
- Fabra Zamora, J., & García Jaramillo, L. (2015). *Filosofía del derecho Constitucional. Cuestiones fundamentales*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gonzalez Perez, L., & Valades, D. (2013). *El Constitucionalismo Contemporáneo*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Göttingen . (2016). *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*. Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano.
- Granada de Espinal, L., & Merino Martínez, C. (2017). *Aproximación a un modelo teórico de ponderación de Derechos Fundamentales contemplados en la Constitución Política de Colombia*. Medellín: Universidad Católica Luis Amigó.



- Granja, P. (2020). Grooming”: El Minotauro En Internet. El Derecho Penal Del Enemigo Frente Al Pederasta De la era Digital. *Revista Derecho Penal y Criminología*, 61-108.
- Hammurabi. (1728). *Código de Hammurabi*. feedbooks.
- Hesiodo. (1978). *Teogonia* . Madrid: Gredos.
- Hobbes, T. (2000). *De Cive*. Madrid: Alianza Editorial.
- Homero. (2020). *La Iliada*. Madrid: Compass circle.
- jakobs , G. (1996). *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen: 388. Sitzung am 13. Dezember 1995 in Düsseldorf*. : Westdeutscher Verlag: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Jakobs , G. (2003). *Derecho Penal del Enemigo* . Madrid: Civitas.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de Imputación* . Madrid: Marcial Pons.
- Jakobs, G. (1998 ). *Sobre la teoría de la pena*. Bogota: Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G. (2000). *La Imputacion Penal de La Accion y de La Omision (Spanish Edition)*. Bogota: Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G. (2000). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Madrid: Civitas.
- Jakobs, G. (2003). *Sobre la normativizacion de la dogmatica juridico-penal*. Madrid: Civitas.
- Jakobs, G. (2004). *Dogmatica de Derecho penal y la configuracion normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas.
- Jakobs, G., & Struensee, E. (1998). *Problemas capitales del derecho penal moderno*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Jimenez de Asua, L. (1958). *Principios del Derecho Penal. La ley y el Delito* . Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Kant, I. (1999). *La paz perpetua*. Madrid: Elejandria.
- Klatt, M., & Meister, M. (2019). *La Proporcionalidad como Principio Constitucional Universal*. Bolivia: Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- Maihofer, W. (2008). *Estado de derecho y dignidad humana*. Buenos Aires: Maestros del derecho penal.
- Matus , J., & Ramirez , M. (2019). *Manual de Derecho penal chileno Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Meliá , C., & Gómez-Jara, D. (2006). *Derecho Penal del Enemigo, El discurso penal de la exclusión* . Buenos Aires : EDISOFER S.L.

- Mizrahi, E. (2012). *Los Presupuestos Filosóficos del Derecho Penal Contemporáneo: Conversaciones con Günther Jakobs*. Buenos Aires: Universidad Nacional de La Matanza.
- Mommsen, T. (1898). *El Derecho Penal Romano*. Charlottenburgo.
- Muñoz Conde, F. (2009). *De la Tolerancia cero, al Derecho penal del enemigo*. Nicaragua: El Instituto de Estudio e Investigación Jurídica.
- Muñoz Conde, F., & Díaz Pita, M. (1999). *Persona, Mundo y responsabilidad. bases para una Teoría de la Imputación en el Derecho Penal*. Bogotá: TEMIS S.A.
- Muñoz Conde, F., & Roxin, C. (2000). *Política criminal y sistema del derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Muñoz, F., & García, M. (2019). *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Padilla Sanabria, L. (2015). *Delincuencia organizada : lavado de dinero y terrorismo : el derecho penal del enemigo y la restricción de los derechos humanos en el neoliberalismo jurídico*. Mexico : Flores .
- Rousseau, J. J. (1999). *El contrato Social o Principios del Derecho Político*. Madrid: Aleph.
- Roxin, C. (1981). *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Madrid: Instituto Editorial Reus, S. A. .
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General*. Madrid: Civitas.
- Roxin, C. (2000). *La evolución de la política Criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Le Blanch.
- Roxin, C. (2003). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Roxin, C., Jakobs, G., Schünemann, B., Frisch, W., & Köhler, M. (2000). *Sobre el Estado de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas .
- Sanchez Gil, R. (2007). *El Principio de proporcionalidad*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Tébar Rubio-Manzanares, I. (2018). *Derecho penal del enemigo en el primer franquismo*. Madrid: Universitat D'Alcalant.
- Tucidides. (2007). *Guerra del Peloponeso*. Madrid: Patyta.
- Uriarte Quesada, D. (2009). *La apología indirecta del terrorismo como Derecho penal del enemigo. Análisis de algunos aspectos de la regulación jurídica del delito en el Código penal español*. Nicaragua: Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ) .
- Vazquez, D. (2016). *Test de Razonabilidad y Derechos Humanos: Instrucciones para Armar*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Wendt, R. (2020). The principle of ultima ratio and/ Or the principle of proportionality.
- Zaffaroni, R. (2002). *El Enemigo en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar.



**UPSE**

**INSTITUTO DE POSGRADO**

**ANEXOS**

**ANEXO1: CONTROL DE TUTORIAS**

MAESTRÍA EN DERECHO SEGUNDA COHORTE						
CONTROL DE TUTORÍAS MODALIDAD DE TITULACIÓN: ENSAYO ACADÉMICO						
DATOS GENERALES						
Estudiante:	Abg. Duy Santamaría Moisés Josué		C.I. 0941505471	Telf. 0987959354	E-mail: <a href="mailto:moisesjduy@gmail.com">moisesjduy@gmail.com</a>	
Facultad:	Ciencias Sociales y de la Salud		Programa	Derecho	Cód. SNIESE:	
TEMA:	<b>Aproximación al Derecho Penal del Enemigo en delincuencia organizada frente a la prohibición constitucional de tortura.</b>					
Tutor:	Mgtr. Andrade Torres Evelyn Yajaira		CI. 1103939490	Telf. 0984940916	E-mail: <a href="mailto:yajairaandrade@hotmail.com">yajairaandrade@hotmail.com</a>	
# total de horas de la Tutoría:	20 horas	Fecha de inicio:	03-08-2023	Resolución:		
REGISTRO DE TUTORÍAS						
Sesión	FECHA	ACTIVIDADES DE LA TUTORÍA	DURACIÓN		OBSERVACIONES Y TAREAS ASIGNADAS	TOTAL, DE HORAS
			INICIO	FIN		
1	03-08- 2023	Tutoría	1:00	22:00	Revisión de Tema, estructura del proyecto, se llegó a la conclusión que se corrija la normativa y revisión de ortografía.	4
2	07-08- 2023	Tutoría	18:00	22:00		4

3	08-08-2023	Tutoría	13:00	16:00	Revisión del trabajo de investigación total.	4
4	09-08-2023	Tutoría	18:00	22:00	Revisión y corrección de capítulos I y II	4
5	10-08-2023	Tutoría	13:00	16:00	Revisión y corrección de forma de conclusión y Recomendación	4
Total						20

Por la presente certifico que el Estudiante cumplió con el proceso de tutoría con el tema: " **Aproximación al Derecho Penal del Enemigo en delincuencia organizada frente a la prohibición constitucional de tortura**".

Para constancia de lo actuado firman:

EVELYN YAJAIRA  
ANDRADE  
TORRES

Firmado digitalmente  
por EVELYN YAJAIRA  
ANDRADE TORRES  
Fecha: 2023.08.29  
19:32:54 -05'00'



Firmado electrónicamente por:  
**MOISES JOSUE  
DUY  
SANTAMARIA**

**TUTOR**

Mgtr. Andrade Torres Evelyn Yajaira

**ESTUDIANTE**

Abg. Duy Santamaría Moisés



## ANEXO 2

### CRONOGRAMA DE TRABAJOS REALIZADOS CON LA TUTORA

ACTIVIDADES	MES	ABRIL				MAYO				JUNIO				JULIO
	DIA			18										7
	SEMANA	1ra	2da	3ra	4ta	1ra	2da	3ra	4ta	1ra	2da	3ra	4ta	1ra
ASPECTOS PRELIMINARES			X											
INTRODUCCIÓN				X										
CUERPO DEL TRABAJO DE TITULACIÓN					X									
CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO						X	X							
CAPÍTULO II: MARCO METODOLÓGICO								X	X					
CAPÍTULO III: RESULTADOS Y DISCUSIÓN										X	X			
CONCLUSIONES											X	X		
RECOMENDACIONES													X	
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS													X	
ANEXOS Y REVISIÓN FINAL DEL TUTOR														X

Para constancia de lo actuado firman:

EVELYN YAJAIRA  
ANDRADE  
TORRES

Firmado digitalmente  
por EVELYN YAJAIRA  
ANDRADE TORRES  
Fecha: 2023.08.29  
19:32:54 -05'00'



Firmado electrónicamente por:  
**MOISES JOSUE  
DUY  
SANTAMARIA**

**TUTOR**

Mgtr. Andrade Torres Evelyn Yajaira

**ESTUDIANTE**

Abg. DUY Santamaría Moisés

