



**UNIVERSIDAD ESTATAL  
PENÍNSULA DE SANTA ELENA**

**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD  
CARRERA DE DERECHO**

**TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR PREVIO A LA  
OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO**

**TÍTULO:**

**EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO JAKOBSIANO Y EL DERECHO  
PENAL SIMBÓLICO, EFECTOS EN EL SISTEMA PENAL  
ECUATORIANO. 2022.**

**AUTOR:**

**KELVIN FABIÁN RODRÍGUEZ DE LA ROSA**

**TUTOR:**

**DR. CRISTÓBAL MACHUCA REYES, MGT.**

**LA LIBERTAD – ECUADOR**

**2022**

**UNIVERSIDAD ESTATAL  
PENÍNSULA DE SANTA ELENA**

**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD  
CARRERA DE DERECHO**

**TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR PREVIO A LA  
OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO**

**TÍTULO:**

**EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO JAKOBSIANO Y EL DERECHO  
PENAL SIMBÓLICO, EFECTOS EN EL SISTEMA PENAL  
ECUATORIANO. 2022.**

**AUTOR:**

**KELVIN FABIÁN RODRÍGUEZ DE LA ROSA**

**TUTOR: DR. CRISTÓBAL MACHUCA REYES, MGT.**

**LA LIBERTAD – ECUADOR**

**2022**

## **APROBACIÓN DEL TUTOR**

### **CERTIFICACIÓN**

En mi calidad de profesor tutor del trabajo de integración curricular de título “**EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO JAKOBSIANO Y EL DERECHO PENAL SIMBÓLICO, EFECTOS EN EL SISTEMA PENAL ECUATORIANO - 2022**”, correspondiente al estudiante RODRÍGUEZ DE LA ROSA KELVIN FABIÁN, de la carrera de Derecho, de la Universidad Estatal Península de Santa Elena; declaro que luego de haber orientado científica y metodológicamente su desarrollo, el referido proyecto de investigación se encuentra concluido en todas sus partes cumpliendo así con el proceso de acompañamiento determinado en la normativa interna, recomendando se inicien los procesos de evaluación que corresponden.

Atentamente,



.....

**Dr. Cristóbal Machuca Reyes, Mgt.**

**TUTOR**

## CERTIFICACIÓN DE ANTIPLAGIO

En mi calidad de Tutor del Trabajo de Unidad de Integración Curricular: “EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO JAKOBSIANO Y EL DERECHO PENAL SIMBÓLICO, EFECTOS EN EL SISTEMA PENAL ECUATORIANO – 2022”, cuya autoría corresponde al estudiante RODRÍGUEZ DE LA ROSA KELVIN FABIÁN de la carrera de Derecho, CERTIFICO, que el contenido de dicho trabajo ha sido sometido a la validación en sistema antiplagio URKUND, obteniendo un porcentaje de similitud del 5%, cumpliendo así con los parámetros técnicos requeridos para este tipo de trabajos académicos.

Atentamente,



.....  
**Dr. Cristóbal Machuca Reyes, Mgt.**

**Docente Tutor**

## DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Yo, **RODRÍGUEZ DE LA ROSA KELVIN FABIÁN**, estudiante del octavo semestre de la carrera de Derecho, de la Universidad Estatal Península de Santa Elena, habiendo cursado la asignatura Unidad de Integración Curricular II, declaro la autoría del presente proyecto de investigación, de título “EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO JAKOBSIANO Y EL DERECHO PENAL SIMBÓLICO, EFECTOS EN EL SISTEMA PENAL ECUATORIANO - 2022“, desarrollada en todas sus partes por el suscrito estudiante con apego a los requerimientos de la ciencia del derecho, la metodología de la investigación y las normas que regulan los procesos de titulación de la UPSE.

**Atentamente:**



.....  
**Kelvin Rodríguez De la Rosa**

**CC. 2450594805**

**Lcdo. Dennys Mauricio Panchana Yagual, Mgtr.**

**Celular: 0939211032**

**Correo: [dennys.panchan@educacion.gob.ec](mailto:dennys.panchan@educacion.gob.ec)**

## **CERTIFICACIÓN GRAMATICAL Y ORTOGRÁFICA**

Yo, **DENNYS MAURICIO PANCHANA YAGUAL**, en mi calidad de **LICENCIADO EN CIENCIAS DE LA EDUCACIÓN Y MAGISTER EN ADMINISTRACIÓN Y LIDERAZGO EDUCACIONAL**, por medio de la presente tengo a bien indicar que he leído y corregido el Proyecto de Integración Curricular previo a la obtención del Título de Abogado, denominado **“EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO JAKOBSIANO Y EL DERECHO PENAL SIMBÓLICO, EFECTOS EN EL SISTEMA PENAL ECUATORIANO.2022.”**, del estudiante: **KELVIN FABIÁN RODRÍGUEZ DE LA ROSA**.

Certifico que está redactado con el correcto manejo del lenguaje, claridad en las expresiones, coherencia en los conceptos e interpretaciones, adecuado empleo en la sinonimia. Además de haber sido escrito de acuerdo a las normas de ortografía y sintaxis vigentes.

En cuanto puedo decir en honor a la verdad y autorizo a la interesado hacer uso del presente como estime conveniente.

Santa Elena, 12 de Julio del 2022



Lcdo. Dennys Panchana Yagual, Mgtr.  
CI. 0919400176

LICENCIADO EN CIENCIAS DE LA EDUCACION  
MAGISTER EN ADMINISTRACIÓN Y LIDERAZGO EDUCACIONAL  
N° DE REGISTRO DE SENECYT 1031-2018-1947613

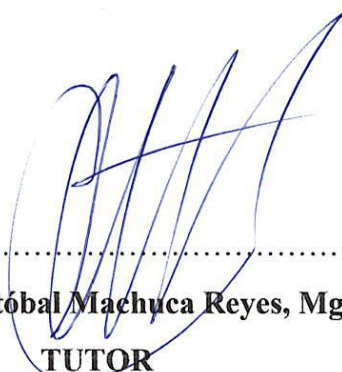
**TRIBUNAL DE GRADO**



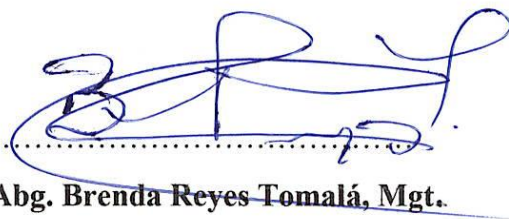
**Ab. Ana Tapia Blacio, MSc.  
DIRECTORA DE LA CARRERA DE DERECHO**



**Abg. Zaida Rovira Jurado, Mgt.  
DOCENTE ESPECIALISTA**



**Dr. Cristóbal Machuca Reyes, Mgt.  
TUTOR**



**Abg. Brenda Reyes Tomalá, Mgt.  
DOCENTE GUÍA UIC**

## ÍNDICE GENERAL DE CONTENIDOS

CONTRAPORTADA	II
APROBACIÓN DEL TUTOR	III
DECLARACIÓN DE AUTORÍA	V
TRIBUNAL DE GRADO	VII
ÍNDICE GENERAL DE CONTENIDOS	VIII
ÍNDICE DE TABLAS	IX
ÍNDICE DE GRÁFICOS	X
ÍNDICE DE ANEXOS	X
RESUMEN	XI
ABSTRACT	XII
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	2
EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN	2
1.1 Planteamiento del problema	2
1.2 Formulación del problema	4
1.3 Objetivos: general y específicos	5
1.4 Justificación de la investigación	6
1.5 Variables de investigación	7
1.6 Idea a defender	7
CAPÍTULO II	8
MARCO REFERENCIAL	8
2.1 Marco teórico	8
2.1.1 El Derecho Penal del Enemigo (DPE) de Günther Jakobs	8
2.1.2 Detractores del DPE en su legitimidad	14
2.1.3 Partidarios o seguidores del DPE	19
2.1.4 El Derecho Penal Simbólico (DPS)	24
2.1.5 La criminología mediática	25
2.1.6 Los fundamentos de la sanción penal	27
2.1.7 Identificación del derecho penal simbólico	30
2.2 Marco legal	31
2.2.1 Constitución de la República del Ecuador	31
2.2.2 Código Orgánico Integral Penal	33
2.3 Marco Conceptual	36



CAPITULO III	37
MARCO METODOLÓGICO	37
3.1    Diseño y tipo de investigación	37
3.2    Recolección de la información	38
3.3    Tratamiento de la información	40
3.4    Operacionalización de Variables	41
CAPÍTULO IV	43
RESULTADOS Y DISCUSIÓN	43
4.1    Análisis, interpretación y discusión de resultados	43
4.1.1    Encuesta a abogados en libre ejercicio de la profesión	43
4.1.2    Entrevista al distinguido Prof. h. Dr. Alfonso Zambrano Pasquel, Msc	50
4.1.3    Entrevista a fiscal del cantón Santa Elena	51
4.1.4    Entrevistas a abogados especialistas en derecho penal	52
4.2    Verificación de la idea a defender	54
CONCLUSIONES	55
RECOMENDACIONES	56
BIBLIOGRAFÍA	57
ANEXOS	60

## ÍNDICE DE TABLAS

TABLA #1	38
POBLACIÓN	38
TABLA #2	39
MUESTRA	39
TABLA #3	41
OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES	41
TABLA #4 PREGUNTA 1	43
TABLA #5	44
PREGUNTA 2	44
TABLA #6	45
PREGUNTA 3	45
TABLA #7	46
PREGUNTA 4	46
TABLA #8	47

PREGUNTA 5	47
TABLA #9	48
PREGUNTA 6	48
TABLA #10	49

## ÍNDICE DE GRÁFICOS

GRÁFICO 1	9
LOS ESTADOS EN LA TEORÍA DEL DERECHO DE IMMANUEL KANT	9
GRÁFICO 2	13
CARACTERÍSTICAS DEL DPE	13
GRÁFICO #3	43
GRÁFICO #4	44
GRÁFICO #5	45
GRÁFICO #6	46
GRÁFICO #7	47
GRÁFICO #8	48
GRÁFICO #9	49

## ÍNDICE DE ANEXOS

<b>ANEXO #1</b> – ENTREVISTA A FISCAL Y ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO DE LA PROFESIÓN	61
<b>ANEXO #2</b> ENCUESTA DIRIGIDA A ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO DE LA PROFESIÓN	62
<b>ANEXO #3</b> – ENTREVISTA AL PROF. H. DR. ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL, MSC	64
<b>ANEXO #4</b> – ENTREVISTA A FISCAL DEL CANTÓN SALINAS, AB. WAGNER SAMUEL SELLÁN ZAMBRANO, MGT.	64
<b>ANEXO #5</b> – ENTREVISTA AL AB. ENZO NAVIA CEDEÑO, MGT., ESPECIALISTA EN DERECHO PROCESAL PENAL	65
<b>ANEXO #6</b> – ENTREVISTA AL AB. FÉLIX JAVIER HERRERA ORRALA, ABOGADO EN LIBRE EJERCICIO DE LA PROFESIÓN EN ÁMBITO PENAL	65

**UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA DE SANTA ELENA**

**CARRERA DE DERECHO**

**Autor: Rodríguez De la Rosa Kelvin**

**Tutor: Dr. Cristóbal Machuca Reyes, Mgt.**

**EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO JAKOBSIANO Y EL DERECHO PENAL  
SIMBÓLICO, EFECTOS EN EL SISTEMA PENAL ECUATORIANO. 2022.**

### **RESUMEN**

En Ecuador, se ha visualizado en los últimos años el incremento punitivo, así como varias reformas, promulgaciones de leyes y “políticas criminales” que poco o nada resuelven las problemáticas que abarcan o, en defecto, no son aplicadas y solo crean la falsa idea en la sociedad de que se hace algo por la seguridad ciudadana, a esto se lo conoce como Derecho Penal Simbólico, predominante en el sistema penal ecuatoriano; por otra parte, varios juristas afirman que la teoría del Derecho Penal del Enemigo es sinónimo del fenómeno antedicho, provocando confusión mayormente en los estudiantes de derecho. El objetivo de esta investigación es valorar el predominio que tiene el DPS y el PDE en el sistema penal ecuatoriano, mediante el análisis de estas dos variables, para que el lector pueda establecer diferenciaciones entre sí. Para llevar a cabo este objetivo, el investigador aplicó el método analítico, puesto que descompuso y recompuso cada variable para establecer relaciones y diferencias entre sí, así mismo, se aplicó el método exploratorio, por lo que se levantó información relevante mediante entrevistas a juristas y encuestas a abogados conocedores de la materia, complementando con la revisión de doctrinas vinculantes; verificando la idea a defender consistente en que el DPS por su predominio en el ámbito penal, soslaya el análisis y aplicabilidad del DPE. Se concluyó que se han manejado las normas penales de manera política, por lo que el Estado no tienen plenamente identificadas políticas criminales eficaces para abordar problemas de criminalidad y que los medios de comunicación social tienen un rol de complicidad en aquello.

Palabras claves: Política criminal, Derecho Penal del Enemigo, Custodia de Seguridad, Derecho Penal Simbólico, Criminología Mediática.

## ABSTRACT

In Ecuador, in recent years there has been a punitive increase, as well as several reforms, enactments of laws and "criminal policies" that do little or nothing to solve the problems they address or, failing that, are not applied and only create the false idea in society that something is being done for citizen security, This is known as Symbolic Criminal Law, predominant in the Ecuadorian penal system, on the other hand, several jurists claim that the theory of Criminal Law of the Enemy is synonymous with the aforementioned phenomenon, causing confusion mostly in law students. The objective of this research is to assess the predominance of the DPS and the PDE in the Ecuadorian penal system by analyzing these two variables, so that the reader can differentiate between them. To carry out this objective, the researcher applied the analytical method, since he decomposed and recomposed each variable to establish relationships and differences among them, likewise, the exploratory method was applied, so relevant information was gathered through interviews to jurists and surveys to lawyers knowledgeable on the subject, complemented with the review of binding doctrines; verifying the idea to be defended consisting in the fact that the DPS, due to its predominance in the criminal field, bypasses the analysis and applicability of the DPE. It was concluded that criminal regulations have been handled in a political manner, so that the State has not fully identified effective criminal policies to address crime problems and that the media have a complicit role in this.

Keywords: Criminal Policy, Criminal Law of the Enemy, Security Custody, Symbolic Criminal Law, Mediatic Criminology.

## INTRODUCCIÓN

Existe un problema en el ejercicio de la legislación penal y expediciones de decisiones mal llamadas políticas criminales en el Ecuador, que consiste en tomar decisiones simplistas para la prevención y disminución del índice de una determinada criminalidad, por lo que no produce mayor incidencia en sus finalidades planteadas y en el peor de los casos genera más problemas, a esto se lo denomina Derecho Penal Simbólico. Son medidas aplicadas para delitos que en un determinado momento son alarmantes, que consisten en el endurecimiento de las penas de una manera indiscriminada, la eliminación de ciertas garantías procesales y penitenciarias; medidas propuestas y ejecutadas por personajes políticos que pretenden sacar réditos meramente políticos y aceptadas por la opinión pública creada por los medios de comunicación social. Por otra parte, está el Derecho Penal del Enemigo, en el que también se restringen ciertas garantías y el nivel de punibilidad es alto, por lo que es confundido con el fenómeno antedicho, impidiendo el análisis académico del mismo y una posible aplicación como parte de la política criminal ecuatoriana. En ese sentido, este proyecto de investigación es de relevancia académica para establecer si realmente estamos frente a sistemas semejantes, así como para comprender cómo funciona y se desenvuelve el fenómeno del DPS en el sistema penal ecuatoriano.

En el primer capítulo encontrará una descripción del problema de manera general, la determinación de las variables a desarrollar, aspiraciones planteadas por el investigador e idea a defender que se verificó en el desarrollo de la investigación.

El segundo capítulo se desarrolló de manera individual cada variable planteada, es decir, se descompuso y recompuso sus elementos teóricos para el análisis y comparación entre sí, se estableció las normas vinculantes al análisis.

En el tercer apartado se estableció la metodología aplicada en la investigación, es decir, aspectos relativos a la determinación de población, muestras, herramientas de levantamiento de información y su tratamiento.

Los resultados se encuentran en el tercer apartado, en el que se plasma la información recabada y el análisis del mismo.

Entre las conclusiones encontrará que el derecho penal ha sido manejado de una manera política, mediando el DPS, y cuya incidencia se debe a los medios de comunicación social, así como la verificación que no se trata de variables semejantes con el DPE.

## CAPÍTULO I

### EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

#### 1.1 Planteamiento del problema

El derecho penal del enemigo (DPE), es un concepto introducido por el jurista y profesor universitario alemán Günther Jakobs en la década de los 80 y reintroducido con mayor énfasis post atentado terrorista del 11 de noviembre del 2001 en Nueva York.

Este edificio de pensamientos de Jakobs consiste en la bifurcación del derecho penal; es decir, la existencia de un derecho penal del ciudadano donde se respeta estrictamente los principios y garantías procesales de las personas ante la comisión de un delito y un derecho penal del enemigo, que se constituye con tres elementos:

El primer elemento es la amplia anticipación de punibilidad, “es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: hecho futuro), en lugar de -como lo es habitual- retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido)” (Jakobs & Meliá, 2003). Un segundo elemento es la desproporcionalidad e indeterminación de las penas y, por último, la disminución de las garantías procesales e inclusive la supresión de una de ellas.

La aplicación del DPE va dirigida al delincuente que voluntariamente niega el derecho de una manera presuntamente permanente, a quien el derecho penal lo debe considerar como enemigo. En esta línea, según Pedro Granja, jurista ecuatoriano, Jakobs determina al enemigo siempre que “El individuo no ofrezca una garantía cognitiva suficiente de que se comportará como una persona fiel al derecho” (Granja, 2019). En definitiva, al DPE no le interesa la comisión de hurtos familiares e inclusive los homicidios, se enfoca a quienes no brindan garantía cognitiva y normativa suficiente como en el caso de terroristas, violadores y la delincuencia organizada. Apunta a quienes desestabilizan la paz y tranquilidad social.

En cuanto al Derecho Penal Simbólico (DPS) es un fenómeno en extensión, no es más que el producto de la intervención por parte de personeros políticos a los problemas de connotación social o jurídicos, intervención que consiste en proponer promulgaciones o reformas de normas para resolverlos. El término simbólico se refiere al impacto tranquilizador que produce en la sociedad, más no en el efecto de carácter “simbólico” que debe generar la pena al ser aplicada en un caso en concreto hacia potenciales delincuentes, es decir, la prevención general de la pena.

El objeto del DPS es generar la tranquilidad social respecto al conflicto manifiesto, se media la promulgación de normas simplemente paralelas (desmembramiento de la norma jurídica penal sustantiva) o que no precautelan bienes jurídicos, las propuestas de reformas y penas más rígidas (desproporcionales) que se materializan.

El catedrático español Dr. José Díez Ripollés, establece en este contexto una clasificación de leyes que pueden ser identificadas como producto del derecho penal simbólico, en ellas están las leyes reactivas “en las que predomina el objetivo de demostrar la rapidez de reflejos de acción del legislador ante la aparición de problemas nuevos” (Díez, pág. 27).

Es decir, proviene de una posición oportunista, en el que se pretende utilizar el sistema penal para cumplir aspiraciones o estabilizaciones políticas, en relación al quehacer en políticas criminales.

De lo antedicho, es inevitable relacionar al DPE con el Derecho Penal Simbólico en cuanto a la desproporcionalidad de las penas y la inobservancia de principios, pero el primero goza de fundamentos dogmáticos y tiene clara identificación a quienes va su aplicación, eso se debe a que tiene un precursor con un edificio de ideas sólidas y de conocimiento en política criminal y construcción de una propia imputación objetiva, lo que en el derecho penal simbólico se carece de aquello y no pretende la solución del problema alguno o simplemente se fabrican el problema.

La presente investigación tiene como objeto central establecer en qué medida el DPE y DPS determinan el sistema penal ecuatoriano y en el ejercicio de la política criminal, a partir de

algunos ejemplos del Código Orgánico Integral Penal y sus reformas. Previo a un bosquejo necesario para discriminar estos dos conceptos.

El sistema penal ecuatoriano indudablemente se ha visto influenciado en el derecho penal simbólico y ha sido utilizado para aspiraciones políticas, dejando de lado postulados dogmáticos básicos como la función del derecho penal y la pena.

Existe un problema grave en la administración de los recursos del Estado, referente a los índices de delitos contra la eficiencia de administración pública, en ese contexto, en el periodo de pandemia se puso de manifiesto una serie de casos de corrupción: caso mascarillas, caso funda para cadáveres, caso víveres de primera necesidad; todos con el común denominador de contratación con sobrepuestos. En virtud de los escandalosos casos, la Asamblea Nacional vio la necesidad de formular la reforma al COIP en materia anticorrupción, publicada el 17 de febrero del 2021, promulgando el delito de “Sobre Precios en la Contratación Pública”; no obstante, se ha ignorado la existencia del tipo penal peculado tipificado en el artículo 178 del COIP, que prohíbe que se apropien de manera arbitraria de los recursos del Estado, delito bajo el cual se sentenció algunos de estos casos. Se ha mencionado que en el derecho penal simbólico se promulgan delitos paralelos y en desarrollo de esta investigación se verificará si el delito de sobre precios es consecuencia del mismo.

## **1.2 Formulación del problema**

¿En qué medida el Derecho Penal del Enemigo y el Derecho Penal Simbólico, orientan el sistema penal ecuatoriano?



### **1.3 Objetivos: general y específicos**

#### **Objetivo general**

Valorar el predominio del Derecho Penal del Enemigo jakobsiano y el Derecho Penal Simbólico en el sistema penal ecuatoriano, mediante el análisis de los postulados doctrinarios que los fundamentan y el sistema normativo vigente, para el conocimiento de la orientación que tienen en el sistema penal ecuatoriano.

#### **Objetivos específicos**

Analizar los conceptos del Derecho Penal del Enemigo mediante los postulados de Günther Jakobs y el Derecho Penal Simbólico según la perspectiva de José Díez Ripollés y otros, para la contextualización doctrinaria.

Complementar el análisis de los conceptos del DPE y DPS a través de la revisión de la doctrina local, tesis de grado y puntos de vistas emitidos por juristas ecuatorianos en relación al tema, para la constatación de posibles repercusiones en el sistema penal ecuatoriano.

Aplicar el proceso dogmático de normas jurídicas penales del COIP que sean potencialmente producto del DPE y DPS, con ayuda de la perspectiva de juristas locales, para la verificación de la dimensión que tienen estos conceptos en el sistema penal ecuatoriano.

#### **1.4 Justificación de la investigación**

De criterios de juristas y estudiantes de derecho se suele relacionar al Derecho Penal Simbólico con el Derecho Penal del Enemigo, por lo que es necesario exponer una discriminación conceptual de ambas teorías, desarrollándolos de manera individual en su parte medular para verificar que en cuanto al DPS se trata de un fenómeno que se origina con preceptos al margen de principios básicos del derecho penal y que el DPE es un edificio de ideas convertidos en postulados, avalados por años de experiencia académica en materia penal y criminología.

En esta línea, la presente investigación servirá como material de consulta por parte de juristas y especialmente por estudiantes de derecho por la utilización de un lenguaje sencillo, para gozar de una idea clara de estos dos conceptos y poder discriminarlos; así como de fuente bibliográfica para futuras investigaciones más profundizadas con relación al tema.

En el contexto de la toma de decisiones en torno a política criminal en el sistema penal ecuatoriano, de cierto modo, se ve afectado con el fenómeno del derecho penal simbólico que poco o nada resuelve conflictos de alcance jurídico penal, por lo que la investigación ayudará a comprender cómo el derecho penal ecuatoriano es utilizado para cumplir aspiraciones o estabilizaciones políticas, siendo su mejor aliado el derecho penal simbólico.

De lo antedicho, servirá para evidenciar la ausencia de políticas criminales eficaces para hacer frente a las conductas delictivas en el Ecuador.

El desarrollo del concepto del DPE de Jakobs servirá para analizar la viabilidad de la aplicación del mismo en el sistema penal ecuatoriano, para neutralizar al “enemigo” y contrarrestar las violaciones de bienes jurídicos constantes como la vida, la paz y seguridad social.

Permitirá comprender al ejecutivo y al legislador los aspectos fundamentales que se debe tomar en cuenta previo a la toma de decisiones respecto a política criminal y al quehacer en el sistema penal ecuatoriano.

## **1.5 Variables de investigación**

### **Variable independiente**

El derecho penal del enemigo jakobsiano y el derecho penal simbólico.

### **Variable dependiente**

El sistema penal ecuatoriano

## **1.6 Idea a defender**

El predominante derecho penal simbólico utilizado en el ámbito político y estatal del Ecuador soslaya el análisis y aplicación del derecho penal del enemigo jakobsiano como parte de la política criminal en el sistema penal ecuatoriano.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO REFERENCIAL**

#### **2.1 Marco teórico**

##### **2.1.1 El Derecho Penal del Enemigo (DPE) de Günther Jakobs**

###### **Antecedentes históricos del DPE**

Para establecer una conceptualización de la idea del DPE es necesario previamente hacer mención al contexto temporal de su origen, no sin antes tener en cuenta que todo concepto de derecho en general se origina de una identificación o posición filosófica del autor que defiende dicho concepto.

En este sentido, aunque aún no en su denominación como tal del DPE, las ideas estructurales del mismo fueron acuñadas por el profesor universitario alemán Günther Jakobs, en una obra propia titulada originalmente como “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung” que cercanamente al español vendría a ser “Penalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, publicada en el año 1985, en donde se desprende la idea de la activación de la punibilidad estatal contra personas potencialmente fuentes de peligro y de perturbación de la tranquilidad social, específicamente al terrorismo. Es así que Diana Zuluaga concuerda que “El Derecho Penal del Enemigo es una construcción teórica formulada en la década del ochenta por el ilustre penalista alemán Günther Jakobs” (ZULUAGA, 2008, pág. 161).

En ese periodo, los críticos a este edificio de ideas no se ausentaron; no obstante, Jakobs siguió escribiendo. En ese sentido, Xiomara Cabrera, establece que, “tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 en EE.UU., ha sido Günther Jakobs quien recientemente reintroduce el debate acerca de este otro derecho penal” (Cabrera, 2012). Es así que post atentado terrorista de repercusión mundial, surge un Jakobs más maduro respecto a sus planteamientos anteriores, llegando a reformular lo que denominó el Derecho Penal del Enemigo, determinando que tal concepto no se circunscribe solo para los delitos de

terrorismo; sino ampliando su alcance a “enemigos” de delitos sexuales, traficantes de órganos, delincuencia organizada, entre otros que se mencionarán posteriormente con más detalle.

### **Fundamentos filosóficos de Günther Jakobs en el DPE**

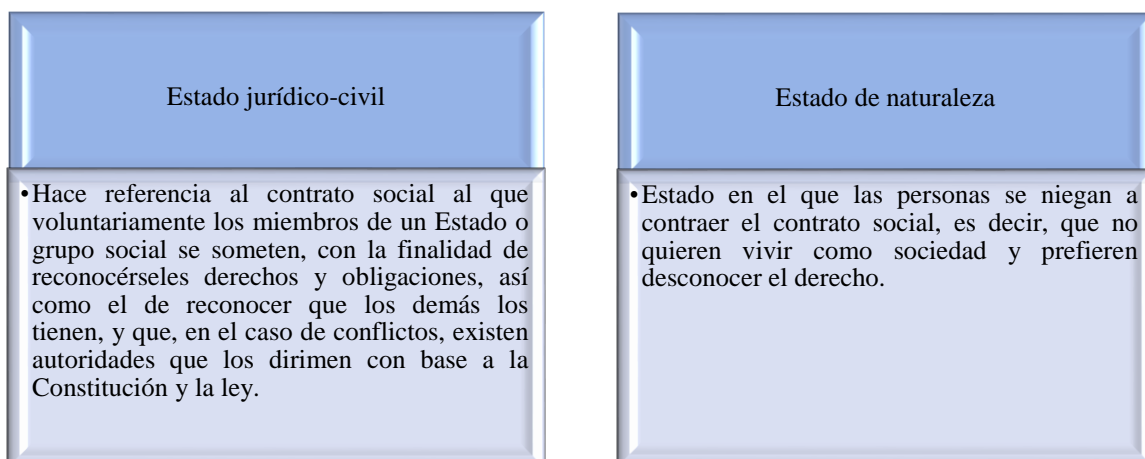
Anteriormente se manifestó que todo concepto de derecho penal surge de una posición filosófica del autor que lo defiende, es así que estas ideas del DPE no entran limpias a generar doctrina, sino que es el resultado de una serie de influencias ius-filosóficas consideradas por Günther Jakobs.

Jakobs en su teoría del Derecho Penal del Enemigo y la idea de división del aparato penal, principalmente se fundamenta ius-filosóficamente en las propuestas de Kant, inclusive citando obras de este, es por ello que por la problemática que abarca la presente investigación y del espacio asignado, se desarrollará solo la fundamentación Kantiana, revisando algunos de los elementos en los que Jakobs se fundamenta.

Entonces, el punto de partida de Jakobs se basa con relación a la teoría el derecho de Kant, en cuanto a la existencia del estado de naturaleza y estado jurídico-civil:

### **GRÁFICO 1**

#### **LOS ESTADOS EN LA TEORÍA DEL DERECHO DE IMMANUEL KANT**



Elaborado por: Rodríguez Kelvin

Fuente: Pérez del Valle, 2008

Para Carlos Pérez, significaría que “en estado de naturaleza, no hay ninguna garantía de mi seguridad y, por tanto, que el estado de naturaleza se distingue por la inseguridad” (Pérez de

Valle, 2008, pág. 5). En estas líneas, Kant manifestaba que aquí se encontraba el “enemigo” y no en el estado jurídico, sin perjuicio de los que hayan infringido el derecho y que han pagado su pena o condena, entendiéndose que en el estado jurídico solo hay derecho penal de ciudadanos. Otro aspecto es que, para Kant, así ciertos individuos no hayan firmado el pacto social y se encuentran en estado de naturaleza, estos no pueden ser excluidos del mismo; no obstante, sí se refiere a una privación de seguridad en contra de ellos.

Es así que los críticos del DPE establecen que Jakobs mal interpreta lo antedicho de Kant, puesto que él sí plantea una exclusión al pacto social, pero hay que tener en cuenta que para Kant no existe un pacto social como hecho histórico, esto quiere decir, que es meramente hipotético, por lo que los individuos eligen en qué momento se cumple la hipótesis de adherirse al pacto social o se autoexcluyen del mismo. En suma, no se puede excluir a alguien de algo a lo que no se ha adherido o ellos mismos se autoexcluyen con su conducta.

Por otra parte, respecto a la identificación del enemigo, el jurista Pérez del Valle señala que:

Exteriormente, no hay razón para saber quién es el enemigo, y esto provoca no sólo la ausencia de cimentación cognitiva, sino una inseguridad fundamental: se desconoce quiénes son los sujetos en los que falta la cimentación cognitiva de vigencia de las normas y, por ello, quienes son en particular los destinatarios del derecho penal de enemigo.

(Pérez de Valle, 2008, pág. 7)

En concordancia con lo anterior, cuando se trata de determinar al enemigo para destinar la aplicación del DPE, se debe definir cuáles son los delitos que le interesa combatir, esto significaría un común denominador de los enemigos con relación a sus conductas, “se trata de delitos que suponen la destrucción de elementos esenciales de la vida social”, los delitos particularmente se desarrollarán posteriormente.

### **El concepto de enemigo**

En sintonía con lo anterior, una de las falencias doctrinarias que se podría atribuir al DPE es el desarrollo del concepto de enemigo en cuanto a su identificación concreta para su aplicación, es decir, más allá de la definición, es menester tener plenamente identificado quién es verdaderamente el enemigo, en ese sentido, Xiomara Cabrera establece en concordancia con la definición de Jakobs:

Es un individuo que, mediante su comportamiento individual o como parte de una organización, ha abandonado el Derecho de modo supuestamente duradero y no sólo de

manera incidental; es alguien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta ese déficit a través de su conducta.

(Cabrera, 2012)

La primera observación que cabe en esta definición, es la postura del individuo de no serle fiel al derecho, dicha condición que se presumirá como permanente, siendo así que no garantiza la seguridad de quienes sí se ajustan al orden jurídico; o como diría Kant, los que han firmado el pacto social.

En líneas concordantes, Pedro Granja establece que, según Jakobs, define al enemigo como “un individuo que se ha apartado de manera presumiblemente permanente del derecho y, por lo tanto, no ofrece seguridad cognitiva sobre su comportamiento personal a los demás que sí se mantienen fieles a la configuración misma de la sociedad” (Granja, 2019, pág. 166).

Nuevamente se hace referencia a la presunción del individuo en separarse del derecho, es por eso, que para el DPE el enemigo deja de ser persona, aunque de manera formal para el derecho, porque materialmente es imposible, diría Granja. En ese sentido, se hablaría de una despersonalización parcial, puesto que, al aplicar la custodia de seguridad, se estaría descartando cualquier posibilidad de eliminación (pena de muerte) del enemigo, es más, el DPE reconoce que tienen derecho a alimentación, recreación y demás aspectos básicos como salud, visitas altamente controladas etc. Otro aspecto es la no renuncia de la rehabilitación del enemigo por parte del derecho penitenciario, puesto que, si es el caso de un “defecto personal transitorio”, el individuo pasa a confirmarse como ciudadano en el proceso de privación, mediante seguimiento estricto de las renuncias al mundo del crimen organizado.

El jurista Manuel Grosso, indica que la determinación del enemigo está a cargo del legislativo, estableciendo que “si a la hora de crear la norma el legislador decide ser respetuoso de las garantías del Estado de derecho, sus infractores serán ciudadanos; pero si, por el contrario, decide saltarse esas barreras, entonces sus infractores serán enemigos” (Grosso, 2007, pág. 56). Aquí cabe indicar lo dicho en párrafos anteriores con relación a que para la identificación del enemigo es necesario tomar en cuenta los delitos en particular que violan bienes jurídicos esenciales, delitos que le interesa combatir al DPE, es decir, es enemigo quien cumple con la conducta típica establecida.

De lo antedicho, no sería el DPE tan irrespetuoso de los principios como lo pintan sus detractores, puesto que para su aplicación primero debe existir la intervención del legislativo y establecer su legalidad; un principio ineludible dentro del debido proceso.

En definitiva, el DPE va dirigido a reales focos de peligros como violadores, sicarios, traficantes de órganos y de drogas a gran escala, terroristas, secuestradores, delincuentes económicos y demás criminales de organización como los que existen en los centros de rehabilitación social y que cuyas consecuencias de sus conductas se viven en las calles del Ecuador actualmente.

### **Concepto del Derecho Penal del Enemigo**

Es imprescindible, para establecer una conceptualización del DPE, tomar referencias de varios juristas al respecto para proceder a estructurar un concepto propio de la investigación en cuestión.

El jurista español, Jesús Silva Sánchez establece su propio concepto, denominándolo como un Derecho Penal de tercera velocidad; entonces, él habla de un derecho penal vigente de dos velocidades: el primero, en el que la comisión de un delito se le debe imponer al autor una pena privativa de libertad, en cumplimiento estricto de las garantías y los principios procesales, y un segundo derecho penal que “vendría constituida por aquellas infracciones en las que, al imponerse sólo penas pecuniarias o privativas de derechos -tratándose de figuras delictivas de nuevo cuño-, cabría flexibilizar de modo proporcionado a la menor gravedad de las sanciones esos principios” (Cancio Meliá, 2005, pág. 15), es decir, que por la naturaleza del tipo de delito cabe imponer penas simplemente pecuniarias y es por ello que cabe también una flexibilización (acorde a la pena) de los principios y garantías.

Por último, un derecho penal de tercera velocidad al que se refiere con el DPE, es un derecho que se encuentra constituido con los elementos de las velocidades anteriores, esto es: la aplicación de la pena privativa de libertad y a su vez la flexibilización de los principios procesales o parámetros de imputación.

Por otra parte, para Manuel Grosso García, el DPE es “un conjunto de normas que, al “correr” la frontera de la criminalización a estadios previos a la afectación del bien jurídico, saltaban las barreras de lo que debía ser un Derecho Penal respetuoso de las garantías ciudadanas” (Grosso, 2007, pág. 52). La definición antecitada, se basa en la exposición de uno de los elementos que el propio Jakobs establece en su teoría, es decir, se refiere a que el derecho penal se orienta en los focos de peligro mediante la inocuización previa al cometimiento del delito para así hacer respetar la vigencia de la norma y, por consiguiente, los bienes jurídicos.



Así mismo, Rodrigo Ríos Álvarez, alega que:

Se ha denominado derecho penal del enemigo (DPE), a la manifestación del Derecho que se caracteriza por una rebaja de las barreras de afectación de las garantías fundamentales, un adelantamiento de las barreras de punibilidad, y un marcado rigor punitivo, dentro de otras características.

(Ríos Álvarez, 2012, pág. 146)

De lo antedicho, efectivamente, Günther Jakobs menciona que el DPE se caracteriza por tres elementos:

## GRÁFICO 2 CARACTERÍSTICAS DEL DPE



Elaborado por: Rodríguez Kelvin

Fuente: Cancio Meliá, 2005

Es así que, el jurista ecuatoriano Pedro Granja, establece que Jakobs:

Plantea una bifurcación del aparato penal, siendo que existen individuos que cometen reatos menores que deben ser tratados como ciudadanos con todas las garantías propias de una sociedad que se legitima asimismo de ese modo pero partiendo de la base de que existen otro tipo de sujetos que se comportan permanentemente como un foco de peligro, ejecutando actos terroristas, violando niños, cometiendo delitos que menoscaban gravemente la estructura social.

(Granja, 2019, pág. 163)

A lo que refiere es el trato diferenciado con la aplicación del derecho penal de ciudadano y, por otro lado, del DPE que se enfocaría a reales focos de peligros que desestabilizan la paz social.

Por último, se puede definir al DPE del enemigo como una propuesta que consiste en elevar el poder punitivo estatal, mediante la supresión de ciertas garantías procesales y la anticipación de la pena, aplicados a reales focos de peligro que pretenden vulnerar bienes jurídicos de esencia social, como su estructura misma.

### **2.1.2 Detractores del DPE en su legitimidad**

Detractores o críticos del DPE de Jakobs hay en diferentes países: el jurista mexicano Manuel Cancio Meliá; críticos que se concentran al estudio del derecho alemán, como el español Francisco Muñoz Conde; juristas ecuatorianos como Alfonso Zambrano Pasquel, entre otros. Es menester revisar las posturas de juristas de renombre como los anteriores para analizar las falencias del DPE.

Uno de los críticos más destacados del modelo del DPE es, sin duda alguna, uno de los en un momento dado fue alumno de Jakobs, se trata del jurista Manuel Cancio Meliá, quien establece la incompatibilidad de la aplicación del DPE en un Estado de Derecho.

Cancio Meliá explica el DPE como un resultado de hacer política criminal en la actualidad en casi todo el mundo, como un derecho penal moderno expansionista de la norma penal y del ius puniendi, concibiéndolo como una descendencia de los fenómenos del “derecho penal simbólico” y el “resurgir del punitivismo”, o en otras palabras, que estos fenómenos son elementos del DPE.

En lo que respecta a derecho penal simbólico, lo que pretende el autor es “hacer referencia a que determinados agentes políticos tan sólo persiguen el objetivo de dar la “impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido”, es decir, que predomina una función latente sobre la manifiesta” (Cancio Meliá, 2003, pág. 8). En otras palabras, el derecho penal simbólico es una forma de hacer política por parte del legislador o cualquier otro personaje, para dar la impresión de que se propone políticas criminales y así tranquilizar a un sector social determinado.

Así mismo, es un fenómeno que se caracteriza por ser una manera de comunicación rápida con la sociedad de que el agente político se preocupa por la criminalidad, pero que realmente detrás de esos “reflejos” de los legisladores o personajes políticos, verdaderamente están “estrategias mercado-técnicas” de conservación o estabilidad política.

El otro elemento del DPE es lo que denomina “el resurgir del punitivismo”, entendiéndolo como las promulgaciones de normas penales con pena más intensificadas, en palabras de (Cancio Meliá, 2003) “introducción de normas penales nuevas con la intención de promover su efectiva aplicación con toda decisión, es decir, procesos que conducen a normas penales nuevas que sí son aplicadas o al endurecimiento de las penas para normas ya existentes” (pag.9).

En concordancia a lo antedicho, el autor manifiesta que evidentemente estos fenómenos no pueden ser tratados por separados, puesto que, materialmente hablando, en las “políticas neo-criminales”, siempre va a estar el efecto simbólico introducido del legislador “diligente” con la sobrecarga punitivista en sus propuestas.

En definitiva, el DPE no puede ser aceptado como un “segmento instrumental del derecho penal moderno”, por lo que, en primer lugar, evidencia una carga de inconstitucionalidad y consecutivamente no previene el delito, sino que demoniza a las personas.

Una de las críticas en la que Cancio Meliá se funda para responder que el DPE no puede ser considerado como parte del derecho penal “normal”, es que este reacciona de una manera disfuncional o diversa con relación a una de las finalidades u objetivos del derecho penal.

El autor parte manifestando que: “Los fenómenos frente a los que reacciona el "Derecho penal del enemigo" no tienen esa especial "peligrosidad terminal" (para la sociedad) que se predica de ellos” (Cancio Meliá, 2003, pág. 29). Esto significa que por más que se justifique que los tipos de bienes jurídicos esenciales que vulneran los “enemigos”, ponen en peligro la existencia social, porque materialmente eso no puede ser cierto, jamás ponen en peligro la constitución de la sociedad, o en otras palabras, el terrorismo no podría eliminar una sociedad entera. Es más, manifiesta, que las lesiones de bienes jurídicos personales es más preocupante frente a los que les interesa proteger al DPE, puesto que numéricamente es superior, se violentan centenares de veces un mismo territorio diariamente.

Cancio Meliá reconoce que Jakobs es una preminencia en el estudio del derecho penal y que tiene valor su postura de que el objeto del derecho penal es la vigencia de la norma, en este sentido, sostiene que si esos “enemigos” están cometiendo delitos que ponen en duda la validez de la norma, la pena la debe reafirmar como en todos los casos, porque fácticamente no están atentando con la eliminación de la sociedad en sí (por más esenciales fundamentos de la sociedad que se estén vulnerando).

Por último, la crítica que hace el jurista es la misma respecto a la que hace Francisco Muñoz Conde, relacionando el DPE con el Derecho Penal de autor, en donde la importancia para persecución penal se basa en las características que tienen el autor mas no en el hecho. Manifiesta también que es incompatible, puesto que se inobserva el principio del hecho, en este sentido, el Derecho no debe sancionar por meros pensamientos.

En definitiva, el jurista mantiene que hay diferencias estructurales entre el DPE y el Derecho Penal “normal”, por lo que resulta inaceptable hablar que el primero forma parte del segundo por las dos cuestiones desarrolladas: “a) el Derecho penal del enemigo no estabiliza normas (prevención general positiva), sino demoniza determinados grupos de infractores; b) en consecuencia, el Derecho penal del enemigo no es un Derecho penal del hecho, sino de autor” (Cancio Meliá, 2003, pág. 28).

Francisco Muñoz Conde, catedrático de la Universidad de Pablo de Olavide Sevilla, señala al DPE como un derecho penal de carácter excepcional, y que de estos tipos de derecho penal ya han existido anteriormente en la historia, como en las dictaduras de su país, como fue el Franquismo, o de vecinos países, como la de Hitler, Stalin o Mussolini. Poniendo en evidencia su postura ante la comparación del DPE con dictaduras.

La primera “observación” que hace el autor antecitado es la siguiente:

«Derecho penal del enemigo» recuerda mucho al «Derecho penal de autor» que propugnaron los penalistas nazis, según el cual lo relevante no era el hecho delictivo cometido, sino la «perversión», «inclinación o tendencia al delito» o «peligrosidad criminal» que pudiera tener su autor.

(Muñoz, 2005, pág. 126)

En este sentido, para Conde, el DPE se enfoca en la peligrosidad del individuo, más que en el hecho que comete y mucho menos en las víctimas, asemejándolo como el sistema penal que defendían los nazis, siendo merecedor de la pena por su peligrosidad, hasta obviando el principio “nullum crimen, nulla poena sine lege”. Lo antedicho no puede ser cierto, puesto que en el DPE para la identificación del enemigo es necesario determinar a qué hechos delictivos se inclina, es decir, el precepto normativo prohibitivo establece quién es enemigo y quién no, como anteriormente se ha mencionado, por lo que manifestar que el DPE es derecho penal de autor igual a de la dictadura nazi, no cabe, agregando que las penas nazis no se asemejan a la propuestos por Jakobs.

Otra observación que hace Conde, es respecto al concepto de enemigo, donde asegura la existencia de un nexo filosófico entre Carl Schmitt y Jakobs, basándose en la tesis “El concepto de lo político” planteada por Schmitt.

En dicha obra se establece el concepto de enemigo y amigo, al respecto, entre cortas líneas el jurista Alexander Guerrero aporta el análisis de la misma de la siguiente manera: “La distinción amigo-enemigo nace desde la misma conformación de los pueblos, ya que éstos cuando empiezan a configurarse de acuerdo con sus condiciones geográficas empiezan a determinar al mismo tiempo quién es su enemigo, el cual, es aquel que no pertenece al pueblo” (Guerrero, 2011, pág. 13). De lo antedicho, cabe indicar que el concepto de enemigo en Schmitt se divide en dos; básicamente, uno externo y uno interno, el primero al que por estar lejos del “amigo” o en su territorio, es posible vivir sin confrontaciones a base de acuerdos, en cuanto que al enemigo interno, por estar dentro del mismo territorio ponen en peligro la soberanía estatal, en palabras de Pedro Granja, “el otro tipo de enemigo de Schmitt es el interno, pero su referencia es racial, orientada a descalificar a los judíos y gitanos, también a los homosexuales, es decir a los enemigos del Reich” (Granja, 2019), es por eso que al enemigo interno se lo debe eliminar utilizando todos los medios posibles, y eso es lo que se intentó.

De lo antedicho, hay que indicar que Jakobs no cita o referencia dicha obra en la suya, que en su concepto de enemigo no se propone la eliminación masiva en campos de concentración como las de Auschwitz, y que, por cierto, la pena propuesta por Jakobs es tratada en el ámbito estrictamente de la ciencia del Derecho Penal. En suma, no se podría afirmar que la idea de Jakobs sobre el concepto de enemigo nace del pensamiento filosófico del Carl Schmitt, como indica el jurista Francisco Conde.

Entre las conclusiones de Muñoz Conde, establece que con la penas “draconianas” muy severas, que con el abuso del aparato penal, con inobservancia de la intervención de “ultima ratio” y recortes de los derechos fundamentales al “enemigo” en un proceso penal, hay una posibilidad de luchar eficazmente contra la criminalidad del mismo, pero que “se está abriendo una puerta por la que puede colarse sin darnos cuenta un Derecho penal de cuño autoritario, [...], tan incompatible con el Estado de Derecho como lo son las legislaciones excepcionales de la más brutales dictaduras” (Muñoz, 2005, pág. 135).

Ante el argumento expuesto, es necesario manifestar que es evidente que la aplicación del Derecho Penal del Enemigo es incompatible con el Estado de Derecho, y mucho menos con el Estado Constitucional que reconoce el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Por otro lado, Muñoz entiende que el DPE desiste en todas sus formas a la reinserción social a quienes se considera enemigo, manifestando que “tampoco se puede cerrar definitivamente las puertas a la reinserción social, objetivo primordial de «las penas y medidas privativas de libertad», a ningún delincuente (incluido el terrorista), imponiendo penas de prisión perpetua o desproporcionadas” (Muñoz, 2005, pág. 136). Lo cierto es que Jakobs habla de penas indeterminadas respecto al quantum de la pena y aplicación de la custodia de seguridad, sin mencionar la imposibilidad de reinserción social, esto es, no renuncia a la misma.

Los últimos criterios que se contraponen con la teoría del DPE, son los del jurista ecuatoriano Dr. Alfonso Zambrano Pasquel, con relación a su obra “Política Criminal”, publicado en el 2009, donde establece varias reflexiones para la deslegitimación del DPE.

El jurista establece que este DPE viene a ser la negación del Derecho Penal Minimalista, cuya propuesta es la de establecer un derecho penal respetuoso de las garantías en el proceso, como la proporcionalidad, legalidad y en la aplicación de las penas. Lo que en el DPE se niega conceder, relacionándolo como un derecho penal de la emergencia que se basa en un derecho penal máximo, sostiene.

En ese sentido, menciona que quienes proponen estas medidas, pretenden legitimar el abuso del poder punitivo del Estado mediante la emergencia que causa los delitos que cometen esos “enemigos”, delitos de conmoción social global como lo ocurrido el 11 de septiembre del 2001 en Nueva York. Agrega que comparte el pensamiento del jurista Francisco Muñoz Conde, en cuanto a que el DPE es incompatible de aplicación por la vigencia del Estado de Derecho, puesto que no existe diferencia estructural entre “enemigo” y ciudadano como para aplicar penas diferenciadas.

Así mismo, menciona que al enemigo se lo condena por su condición estereotipada, mas no por la comisión de los delitos, es decir, viene a ser un derecho penal de autor. Se basa en los criterios de Claus Roxin, en cuanto a las legislaciones que defendió Mezger a quien atribuyó la idea de que para establecer la culpabilidad del delincuente era suficiente verificar la “culpabilidad por conducción de vida” o la habitualidad e inclinación a la delincuencia, dejando de lado la culpabilidad por el hecho concreto que se imputa.

En palabras de Alfonso Zambrano, menciona que es necesario evitar un derecho penal autoritario fundado en un derecho penal de la emergencia puesto que “sus efectos son de pronóstico reservado y conllevan un ejercicio abusivo del poder de definición que en un momento determinado tiene quien o quienes dirigen el Estado” (Zambrano Pasquel, 2009, pág. 256). Es así que, para el jurista en mención, no es recomendable adoptar esta teoría, puesto que puede ser utilizado como una herramienta para aplicar el poder punitivo del Estado de manera arbitraria y con dedicatorias.

### **2.1.3 Partidarios o seguidores del DPE**

Revisadas las posturas en contra del DPE, es menester contar con posturas a favor de la misma que pretenden de alguna manera legitimar o justificar la aplicación de las propuestas de Jakobs. En cuanto a juristas, de la misma manera, se revisará tres puntos de vista a favor: a los penalistas chilenos Juan Ignacio Piña Rochefort y Mario Schilling Fuenzalida, y un jurista ecuatoriano, al destacado penalista Dr. Pedro Granja.

En primera instancia, el jurista Juan Piña Rochefort manifiesta que la existencia del DPE, es una “realidad legislativa y político-criminal, (que) es innegable (...) la afirmación de que actualmente parece existir –y difundirse vertiginosamente– un sector del derecho penal que incorpora en su regulación consideraciones que calzan con este concepto es difícil de negar” (Piña, 2010, pág. 233). Siendo así que, materialmente muchos cuerpos normativos penales a nivel global tienen incorporado, de alguna manera, elementos del DPE.

Constatada esa realidad, aborda respecto a la legitimación de esta “realidad” en torno a los criterios divergentes de si este derecho implica o no la vulneración del principio de igualdad, principio elemental del Estado de Derecho. Parte del fundamento es la contestación que hace a los criterios de uno de los mayores críticos del DPE revisado ex-ante, Manuel Cancio Meliá, en cuanto a que este reconoce la existencia del DPE como una forma neo político criminal de legislar, descendiente del DPS y del resurgimiento punitivista por lo que viene a ser un instrumento para la identificación de lo que no es derecho penal en las legislaciones. Ante esa postura, Piña Rochefort, menciona que es solo cuestión de tiempo para que esa forma de legislar sea legítima y sea parte de la ciencia del derecho penal. Eso, porque las leyes que cumplen las características del DPE conllevan una reestructuración del sistema jurídico, lo que, según el autor, es normal que se transformen con el tiempo. En ese sentido, parte de esa reestructuración del sistema, está la reconfiguración de la estructura de lo que

hoy se entiende como “persona”, debido a que actualmente se le está dando un reconocimiento a la figura del “Hostis” como un “entorno no deseado”, diría Rodrigo Álvarez. Así, la figura del “Hostis”, viene a ser la excepción del concepto de “persona”, a la que Jakobs denomina “enemigo” en su propuesta.

En palabras de Juan Piña Rochefort, en cuanto a los críticos del derecho penal del enemigo, menciona:

“Cualquier afirmación que cuestione que el llamado DPE pueda formar parte conceptualmente del derecho penal, debe considerar que ello es una pregunta que tiene sentido en este momento pero que es posible que en un futuro deba contestarse con un sí rotundo. La presencia de su lógica, si bien aislada, no será posible de mantener en una ‘cuarentena’ permanente pues ya en los episodios en los que aparece reconfigura estructuras del sistema jurídico-penal”.

(Piña, 2010, pág. 234)

En este sentido, la posición del jurista a favor del DPE, es de carácter “funcional-estructuralista”, es decir, que este modelo de derecho desde sus primeras apariciones está reconfigurando estructuras del sistema penal y que dicha reconfiguración estará legitimada. Es así que, al igual que el concepto de “persona”, la idea de los críticos respecto a que el DPE del enemigo es derecho penal de autor viene a ser parte esa restructuración del modelo de imputación al autor. Cuya restructuración es necesaria por cuanto a que los individuos que son catalogados como enemigos son generadores de riesgo por su comportamiento al no generar las garantías cognitivas suficientes a los ciudadanos.

El jurista concluye que, en vista de esta realidad y su aplicación cada vez más en la práctica, el discurso en primer lugar debe enfocarse no en los aspectos de este DPE, sino que el enfoque debe estar en el hecho de que es el derecho penal que todos conocen como legítimos y “verdadero” es el que está cambiando, y con ello, la concepción de “persona” que ya no debe ser concebida como se lo venía haciendo en el famoso derecho penal liberal.

Por otro lado, el jurista Mario Schilling Fuenzalida, también chileno, plasma su postura a favor del DPE en su obra “El nuevo Derecho Penal del Enemigo”, manifestando que esta teoría:

No es una expresión diabólica del Estado autoritario como se la ha pretendido pintar. Respeto el ordenamiento jurídico, es acorde con el respeto a los derechos humanos y al Estado de Derecho. Tal vez si Jakobs no hubiera utilizado las distinciones de ‘persona y



no-persona'; y la expresión 'enemigo', sus ideas no habrían provocado la ira internacional de los académicos.

(Schilling, 2010, pág. 190)

Para el jurista, la tesis jakobsiana respeta los derechos humanos, entendiéndose que está acorde al Estado de Derecho, no obstante, que las críticas a la misma se originan por las denominaciones "peyorativas" como "enemigo" y la diferenciación "persona y no-persona".

Para exponer la legitimación del DPE, el jurista Schilling se fundamenta en la tesis del principio de responsabilidad del filósofo alemán Hans Jonas, en donde, a manera de síntesis, dicho autor establece principalmente una preocupación por el peligro de la destrucción de la vida humana debido al avance tecnológico y el abuso de la naturaleza, proponiendo más responsabilidad, cautela y ética en el ámbito de tecnociencia. Entonces, siendo área diferente al derecho, ¿en qué se basa el jurista Schilling para legitimar el DPE? La cuestión es que, desde las premisas de la tesis anterior, el jurista hace una "reconstrucción" del mismo adaptándolo al derecho penal, siendo que el riesgo de la vida humana ya no es por la tecnología, sino por el avance criminológico de los cuales se enfoca el DPE, invirtiendo la responsabilidad al Estado a garantizar la seguridad y paz social e individual de sus ciudadanos. Es decir, el jurista hace un ejercicio de analogía de ambas teorías a las que le preocupa el devenir de la sociedad, para aplicar los principios de la ética de Hans al DPE, con el fin de legitimarlo.

En estas líneas, el jurista Rodrigo Ríos, indica que Schilling robustece su postura indicando que "tanto la paz como la seguridad se presentan como derechos esenciales en el contexto de una vida en sociedad, y que como tales requieren de una respuesta estatal eficiente a la hora de protegerlos" (Ríos Álvarez, 2012, pág. 167). En este marco, el jurista advierte que la aplicación del DPE no tendría eficacia de manera inmediata, no obstante, "se puede esperar que con la aplicación constante de instrumentos jurídicos más eficientes, las futuras generaciones disfruten de la cosecha, cuya siembra se realizó basada en el principio de responsabilidad (del Estado punitivo)" (Schilling, 2010, pág. 168). En este sentido, se entiende que el jurista establece eficacia a largo plazo del DPE.

Para identificar al "enemigo", Schilling parte de un imperativo propuesto por Jonas: "Obra de tal modo que los efectos de tu acción no sean destructivos para la futura posibilidad de esa vida", en cuanto a que el jurista la invierte, estableciendo que enemigo es quien "obra de tal modo que los efectos de su acción son destructivos para la futura posibilidad de una vida

humana auténtica en la tierra”. Identificados de esa manera, el Estado debe actuar con medidas punitivas propias del DPE, es decir, con rigidez y severidad en cuanto a la penalidad de quienes obran de ese modo, las mismas que se justifican por la protección de la paz y seguridad social, bienes jurídicos esenciales dentro de una sociedad en desarrollo.

Otra concepción de Jonas que utiliza Schilling para la legitimación del DPE es la denominada “heurística del temor”, que también forma parte de su tesis del principio de responsabilidad. En esta concepción, Jonas establece que es una estrategia de anticipación y prevención de desastres de la naturaleza y la puesta en peligro de la existencia de la humanidad, en este sentido, las personas deben tomar conciencia frente a esas posibilidades y no quedarse inmovilizados para que no ocurra, sino todo lo contrario, que por el temor, que toma un papel preponderante, hacer todo lo que está al alcance por medio del principio de responsabilidad y prácticas éticas en el ámbito de la tecnociencia, no ocurra esa posibilidad.

Mediante esa premisa, el jurista Schilling traslada el argumento al área del derecho penal, concretamente enfocándose en la criminalidad, manifestando que:

“No queremos que el crimen adquiera mayor poder incluso a límites de penetrar el Estado democrático corrompiendo a sus agentes, o que siga creciendo a tasas y nivel de organización, que las futuras generaciones se encuentren con una sociedad aún más insegura que la actual y con un Estado incapaz de protegerlos. Con normas vacías cuyo Derecho Penal sea más bien un inventario de conductas contrarias a los valores de la sociedad antes que un instrumento jurídico que resuelva el conflicto penal de las sociedades democráticas (...) y precisamente el temor a que la acción destructiva y acumulativa de la delincuencia siga progresando es lo que nos sugiere a valorar la seguridad no sólo como bien jurídico sino también como bien moral altamente apreciado”.

(Schilling, 2010, pág. 174)

De lo anterior, el jurista entiende y concluye que es el Estado responsable de tomar acciones eficaces que eviten el crimen que lesionen ese “bien altamente moral”, cuyas herramientas se disponen en el DPE. Así mismo, advierte que las aplicaciones de las medidas técnicas-legislativas deben ser en magnitud de la trazadas por Günther Jakobs, puesto que, si no se hacen en esa intensidad se pone en peligro la paz y seguridad social.

Un último autor cuyo criterio es a favor de DPE, es el jurista ecuatoriano Dr. Pedro Javier Granja, exponiendo su postura en su obra intitulada “¿Qué es y qué no es Derecho Penal del

Enemigo?”, publicada en el año 2019. En dicha obra, plasma sus fundamentos para diferenciar el populismo penal entre la tesis del académico Günther Jakobs.

En primer plano, el jurista expresa una crítica por la falsa política criminal practicada en Ecuador ante la proliferación de delitos tradicionales como el robo a causa del factor social como la drogadicción y la pobreza (abandono Estatal), llevada a cabo mayormente por los legisladores -que no tienen mayores conocimientos de derecho penal- y promocionada por los medios de comunicación. Se refiere al populismo penal, que consiste en el endurecimiento de las penas sin ningún estudio técnico y que no ha sido de utilidad en los últimos años en el Ecuador, sino para sacar réditos políticos a costa de dichas medidas populistas.

En ese sentido, el jurista manifiesta que al Derecho Penal del Enemigo no le interesa al delincuente tradicional o al de los hurtos famélicos, por más que haya reincidencia, sino que se enfoca a delincuentes de verdadera y alta peligrosidad. En palabras de (Granja, 2019) “contra quienes se dirigen las posiciones radicales de combate del derecho penal del enemigo es contra violadores de niños, secuestradores, sicarios, terroristas, narcotraficantes a gran escala y delincuentes económicos. Es decir, contra reales focos de peligro” (pág.25). El jurista aclara que la propuesta de Jakobs, de ninguna manera propone la pena de muerte, sino todo lo contrario, le garantiza el derecho a la vida, alimentación, visitas reguladas y demás derechos como cualquier persona privada de su libertad.

En cuanto a criterios de rechazo referente de la identificación que hace Jakobs de los “enemigos” como “no-personas”, el jurista la entiende como una “despersonalización parcial”, puesto que gozan de los derechos antedichos, así también, advierte que esa despersonalización es en sentido formal y no material. Es así que el DPE “apunta a despersonalizar parcialmente, a delincuentes que con sus actos reiterados nos pretenden comunicar, sit venia verbo, que dañar a la sociedad, es normal” (Granja, 2019).

El jurista expone el fundamento de la necesidad de la aplicación de la custodia de seguridad del DPE de manera ejemplificada. La cuestión es la siguiente: en un caso de pederastia, en donde después del proceso penal de rigor, se le interpone una pena de 20 años al violador, y el sentenciado tiene apenas 22 años, al momento de estar “rehabilitado” para recobrar su libertad, este gozará de condiciones físicas para volver a cometer este hecho atroz. En este sentido, deja claro que la famosa “castración química” no es la solución porque cualquier

objeto sustituye el miembro viril, sino la aplicación de la custodia de seguridad, es decir, que quedará por un tiempo indeterminado bajo la vigilancia del Estado por la seguridad de futuras potenciales víctimas y hasta de la suya fuera de la sociedad, ya que con su comportamiento hay posibilidad que la misma sociedad lo “condene” mediante venganza privada.

La custodia de seguridad debe aplicarse, puesto que, hay casos en donde “la pena, sencillamente no basta para lograr el fin de la prevención especial, por la sencilla y probada circunstancia que existen delincuentes [...] que presentan perfiles criminológicos mucho más resistentes a la rehabilitación social que otros infractores” (Granja, 2019, pág. 27), no obstante, si bien es cierto que la custodia es de carácter preventivo-segurador, el jurista advierte que de ninguna manera se renuncia a la rehabilitación social, es más es un propósito la reinserción social.

#### **2.1.4 El Derecho Penal Simbólico (DPS)**

##### **El concepto del Derecho Penal Simbólico**

Para entrar de lleno al funcionamiento del DPS, quienes lo pregonan y proponen, es necesario contar con unas conceptualizaciones de la misma.

De la tesis “El derecho penal simbólico y sus efectos en la pena” del jurista mexicano, José Díez Ripollés, el derecho penal simbólico serían aquellas “Decisiones legislativas, generalmente criminalizadoras, que no solo carecerían de los fundamentos materiales justificadores de su adopción, sino que además realizarían un uso ventajista del derecho penal para fines que no le son propios” (Díez Ripollés, pág. 64).

En este sentido, el jurista refiere que el DPS son las medidas legislativas en ámbito del derecho penal, propuestas por los asambleístas, legisladores, diputados etc., y que dichas medidas no se ajustan con los fundamentos justificadores, es decir, la prevención del delito y la protección de bienes jurídicos. A su vez, sostiene, que los personeros que pregonan dichas medidas, mediante las mismas hacen uso del derecho penal para fines ajenos de su naturaleza, tales como la publicidad de campaña o hacerse ver como un legislador preocupado y diligente por los problemas sociales, a pesar de la poca o cero eficacias de sus medidas.

Por otra parte, en la tesis “Derecho penal simbólico en el Ecuador” del jurista Homero Cepeda López, establece que “El derecho penal simbólico tiene una estructura formal basada en la dogmática jurídica, pero materialmente no cumple con sus requisitos” (Cepeda, 2020, pág. 18), es decir, que dichas decisiones legislativas pasan formalmente el filtro legislativo; cuenta con la estructura de tipo penal, es decir, con presupuestos de hechos y consecuencias jurídicas, pero su aplicación es escasa debido a la inexistencia de un bien jurídico vulnerado.

En una similar definición del fenómeno del DPS que hace el Dr. Felipe Rodríguez, y que es recogido por el jurista Homero Cepeda en la obra *ibidem*, establece que:

Son aquellos preceptos prohibitivos que contemplan una pena, pero que se legislan e incorporan al Código Penal sin una base de política criminal, que terminan siendo imperseguidos, funcionan únicamente como herramienta política, existen para darle al ciudadano una perspectiva de política criminal ficticia, que calme sus ánimos y angustias, y le permita creer que el derecho penal es solvente en la protección de la sociedad.

(Cepeda, 2020, pág. 19)

Lo que hay que tener claro es que para la conceptualización del fenómeno del DPE, hay que mantener una postura crítica del mismo, puesto que son propuestas vacías y divorciadas de los fundamentos y la finalidad principal del derecho penal, que es la tutela de los bienes jurídicos y prevención de delitos. Se debe entender como una herramienta política y no como un modelo de política criminal, un fenómeno que expande el derecho y otorga el uso arbitrario del *ius puniendi* (derecho de castigar) al Estado por cuanto se tipifican tipos penales que son inaplicables o pueden ser resueltos mediante vías no penales.

En concordancia a lo antedicho, cabe exponer el pensamiento de Roxin referente al DPS, establece que este fenómeno “no despliega efectos concretos de protección; sino que, pretenden servir a grupos políticos o ideológicos; o se persigue apaciguar al lector mediante leyes ineficaces, pero que se da impresión que se hace algo por su seguridad” (Roxin, 1997, pág. 59). En este sentido, Roxin sostiene que el DPS comprende una huida de la ciencia penal, porque se ignora el deber de cumplimiento respecto a las políticas criminales reales, optando por el camino simplista y obviando las técnicas para la emisión de las mismas.

### **2.1.5 La criminología mediática**

Es evidente que los medios de comunicación tienen un rol importante en la sociedad, ya que se encargan de informar sobre los acontecimientos relevantes y el manejo de la cosa pública. En este sentido, en el ámbito de la criminalidad, los medios tienen una responsabilidad

grande respecto a que lo que se difunde no cause interpretaciones incorrectas a la realidad, cuando esa responsabilidad es evadida por voluntad, respondiendo a interés personales de quienes manejan los medios, entramos al contexto de la criminología mediática.

El Dr. Raúl Cadena Palacios en su obra “El populismo penal en el Ecuador”, cita al Dr. Raúl Zaffaroni respecto a que, la “criminología mediática crea la realidad de un mundo de personas decentes frente a una masa de criminales identificada a través de estereotipos, que configuran un ellos separado del resto de la sociedad” (Cadena Palacios, 2021, pág. 45). Es decir, que la difusión de hechos delictivos mediante la creación de las noticias reiteradas y alarmantes enfocadas a crear estereotipos, crean la idea de quiénes merecen ser tratados como delincuentes y quiénes no.

Los medios, mediante la manipulación dolosa de la información, desinforman con la incrementación de cifras criminales, estereotipando y alarmando a la sociedad, y con ello insertan miedo en la sociedad “buena”, haciéndoles creer que hay altas probabilidades de ser víctimas de esa criminalidad y aquí es donde entran lo pregoneros del DPS con sus políticas criminales vacías de técnicas.

El jurista José Díez, al respecto manifiesta que “la potenciación del denostado derecho penal simbólico está en directa relación con ciertas transformaciones sociales recientes a las que no puede cerrar los ojos la política criminal. [...] Entre ellas el protagonismo de los medios de comunicación” (Díez Ripollés, pág. 64). En este contexto, los políticos para hacer prevalecer sus intereses, encuentran en los medios de comunicación su mejor aliado aprovechándose del poder que ostentan para asentar un punto de vista en sus lectores, en cumplimiento y satisfacción de ese punto de vista generalizado, haciendo que este fenómeno llamado DPS se expanda. En otras palabras, cada vez son más los políticos que beneficiándose de la asunción de puntos de vistas de cómo proceder ante la criminalidad (impuesto por los medios), hacen uso del derecho penal simbólico para verse como interesados por la seguridad ciudadana.

En estas líneas, el jurista antecitado establece que la opinión pública generada por medios, someten con presión continua a las autoridades “para que se emprendan las reformas legislativas que permitan al derecho, y al derecho penal en particular, reflejar en todo momento los consensos, compromisos o estados de ánimo producidos en esos debates públicos sobre problemas sociales relevantes” (Díez Ripollés, pág. 66).

### **2.1.6 Los fundamentos de la sanción penal**

Que las decisiones legislativas promulgadas por el DPS conlleven cumplimiento de la estructura de formalidad en su construcción, es decir, que pasen el filtro legislativo, contengan presupuestos de hecho y consecuencia jurídica; no significa que puedan considerarse legítimas porque sí causan un efecto simbólico de “protección” en la sociedad, porque de hecho, manifiesta el jurista José Díez “que al derecho penal le es constitucional el uso de los denominados efectos simbólicos y que, en efecto, se ha servido siempre de ellos, por lo general con la plena conciencia de su legitimad, para la obtención de sus fines” (Díez Ripollés, pág. 67). En ese sentido, todo efecto simbólico causado por un determinado precepto normativo no significa que sea ilegítimo, debido a que es una de las finalidades de la pena dentro de la doctrina de los fundamentos de la sanción penal que lo cause. Sino que hay que saber diferenciar cuáles son legítimas e ilegítimas y para ello es necesario tratar sobre dicha doctrina.

Al hablar de los fundamentos de la sanción penal, se propone la interrogante relacionada a “para qué el Estado sanciona a los delincuentes”, es decir, se busca la necesidad, utilidad, fundamento jurídico, filosófico y moral de la pena. Estas interrogantes desde la doctrina clásica de alguna manera se absuelven, mediante las teorías dominantes de: la retribución o absoluta; preventivas, utilitarias o relativas; y, la que en la práctica predomina, la teoría mixta.

#### **Teoría de la retribución.**

Esta teoría fundamenta la pena en su propia naturaleza netamente retributiva, es decir, es la compensación por la conducta lesiva, por ende, el delito en esta perspectiva es entendida como un mal que “debe ser retribuido indispensablemente con otro mal, que es la pena, esta deberá ser proporcional al mal causado (...) y su función jurídica, moral y social es el de restablecer el orden perturbado por el delito” (Albán Gómez, 2018, pág. 18), dejando de lado toda utilidad en la misma.

Si bien es cierto, es innegable que al hablar de derecho penal estamos aludiendo a violencia, el delincuente es un violento social que causa dolor y que le retribuido con violencia (pena) de la cual está legitimado, pero esta ciencia no puede circunscribirse solo a violencia sin

perseguir fines sociales que positivamente están establecidos. Por lo que se concuerda que, desde esta teoría, toda atribución estatal de castigar carece de legitimación.

El jurista Homero Cepeda, en este contexto establece que:

Actualmente esta teoría no puede ser sostenida, pues si la finalidad del derecho penal es el limitar el poder punitivo del Estado y de manera subsidiaria la protección de bienes jurídicos, entonces, para el cumplimiento de estos fines no está permitido servirse de una pena que prescinda de todos los fines sociales, porque pierde su legitimación.

(Cepeda, 2020, pág. 36)

### **Teoría relativa, utilitaria o de prevención**

Se denominan relativas por cuanto la pena se ajusta al valor social del bien jurídico que se lesiona, es decir, pueden ser unas de mayor severidad o característicamente bondadosa, según la necesidad de la pena. Se podría relacionar este precepto con la proporcionalidad de la pena.

También se las llama utilitaria, puesto que viene a ser la contraposición de la teoría absolutista, en donde la pena se fundamenta no solo por la comisión del delito y la necesidad de una “venganza”, sino que, en palabras del Dr. (Albán Gómez, 2018) “la pena debe tener una utilidad: debe ser también un medio empleado por el Estado, junto a otros de diversa naturaleza, en la prevención y en la lucha contra la criminalidad” (pág. 12).

Dentro de esta teoría, está la subdivisión conocida como la prevención general y la prevención especial, en donde efectos simbólicos juegan un papel importante legítimamente.

### **Prevención general**

Esta va dirigida a la sociedad en general como un acto comunicativo, unos juristas manifiestan que, negativamente esta teoría amenaza a los ciudadanos con la existencia de normas que se deben respetar y que su trasgresión conlleva una consecuencia jurídica que es la pena, en palabras del Dr. Ernesto Albán “trata de combatir al delito amenazando a los habitantes de la sociedad con la aplicación de sanciones más o menos severas en el evento que cometan delitos” (Albán Gómez, 2018, pág. 13).



En un sentido positivo, la pena lo que se busca es que el precepto normativo tenga un carácter educador, mediante la reflexión que hace la sociedad cuando es aplicada a otros sujetos, provocando disuadir psicológicamente a que no cometan delitos porque existe la pena.

### **Prevención especial**

Se denomina prevención especial a la que va dirigida ya no a la sociedad en general, sino concretamente a un individuo que comete el delito, y al igual que en la subdivisión anterior, la prevención especial cuenta con un sentido negativo y positivo.

Es así que, en sentido negativo la pena significa la aplicación de la misma al individuo que comete el delito con la finalidad que no lo vuelva a hacer, es decir, “la pena se dirige al delincuente mismo: se debe evitar que vuelva a cometer delitos, para lo cual hay que aislarlo internándoles en lugares especialmente diseñados para este propósito: las cárceles” (Albán Gómez, 2018, pág. 13). En cuanto que al sentido positivo, viene a ser la siguiente fase de esta prevención especial, puesto que al aislar al delincuente en estas cárceles, el Estado se propone en conjunto con el cumplimiento de la pena, a la rehabilitación del delincuente, en este sentido, “hay que aprovechar el tiempo de permanencia de los condenados en las cárceles para producir una transformación de su personalidad, tanto en el orden moral y psicológico, como en el educativo y laboral” (Albán Gómez, 2018, pág. 13).

Al respecto, la Constitución es clara en cuanto a las finalidades de la rehabilitación social en ejecución de la pena, en su artículo 201 establece que “tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas (...) El sistema tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad” (CONSTITUCIÓN, 2008).

Hay que entender a estas doctrinas que son complementarias entre sí, es decir, no puede haber aislamiento sin rehabilitación, no obstante, en la práctica es crítica la situación en donde el Estado no tiene el control del sistema carcelario, en donde las mafias del narcotráfico manejan el ingreso y salida un pabellón determinado de un Centro de Rehabilitación Social, lo cual da como resultado el fracaso de la teoría y finalidad resocializadora de los delincuentes que, mediante la aplicación de técnicas de diversas naturaleza, pueden ser rehabilitados para recuperar su libertad. La cuestión es clara dentro de estos sistemas carcelarios, los delincuentes de menor impacto social respecto a

vulneraciones de bienes jurídicos, en vez de ser aislados para rehabilitarlos, son presas fáciles para lo que manejan los pabellones, vulnerando su integridad psicológica y social que no están previstas legalmente como parte de la pena.

En este sentido de la teoría de la prevención, el Dr. José Díez Ripollés establece que:

Los efectos simbólicos, por su parte, estarían conectados al fin o la función de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos, y su capacidad de influencia quedaría confinada a las mentes o las conciencias, en las que producirían emociones o, cuando más, representaciones mentales.

(Díez Ripollés, pág. 68)

Se concluye entonces que, los efectos simbólicos desde la promulgación de delitos dirigida a la sociedad en general, la aplicación y hasta después de la ejecución de la pena aplicada a los delincuentes, tienen un papel importante tanto en la prevención de la criminalidad, pero las penas deben estar ajustadas a los fundamentos señalados de esta teoría preventiva.

### **2.1.7 Identificación del derecho penal simbólico**

Para identificar que una política criminal deviene del derecho penal simbólico, hay que tener en cuenta los temas precedentemente desarrollados acerca de la prevención general, puesto que, como se mencionó anteriormente, no todo efecto simbólico causado desde el derecho penal, es legítimo. En ese sentido, son legítimas cuando:

- Es legítima cuando, con la aplicación de la prevención especial, no se desista de alguna manera de la rehabilitación social, como en el caso de los pregoneros de la pena de muerte que pretende ser positivizado mediante el derecho penal simbólico, perdiendo toda legitimidad de la intervención penal estatal.
- El jurista José Díez Ripollés, establece que en los efectos expresivo-integradores, como llama él a los efectos simbólicos legítimos, “se han de adoptar una actitud reduccionista respecto a los efectos socio-personales a causar y los efectos ilegítimos se presentan como intervenciones inmediatas a sucesos de inquietud e intenso debate social, o las que supongan un incremento punitivo desproporcional” (Díez Ripollés, pág. 96).

- Cuando las técnicas legislativas causan esa falsa ilusión de que se está haciendo algo por su seguridad, por ejemplo, con las promulgaciones de los denominados delitos paralelos, es decir, el desmembramiento de normas penales sustantivas ya existentes, pero la denominación como un delito independiente dentro de la ley causa un efecto de que ahora sí se está penando una conducta que anteriormente quedaba impune. Tal es el caso del delito de “sobre precios en la contratación pública” publicada el 21 de febrero del 2021, en el artículo 14 de la ley reformativa al COIP en materia anticorrupción, en que el que se sanciona con pena de cinco a siete años de privación de libertad a la persona que de manera arbitraria lleve el proceso de contratación pública con sobreprecio, así como a los proveedores del Estado que se beneficie de aquello, no obstante, este resulta un delito paralelo al peculado, puesto que en este ya se penaba estas conductas, con la diferencia que ahora la pena es más flexible y puede prescribir. En definitiva, solo el mero desmembramiento de estos delitos, para independizarlo y darle una denominación causa ese efecto simbólico en la sociedad de que el legislativo está preocupado por combatir la corrupción en el sistema judicial, pero no garantiza ninguna eficacia materialmente hablando, por cuanto ya se contaba con esos instrumentos normativos.

Otro ejemplo, aunque no positivizado, fue la propuesta formal ante la asamblea hecha por el presidente de la república Guillermo Lasso Mendoza el pasado noviembre del 2021 tras la masacre en diferentes cárceles del país, la brillante idea era la de promulgar un delito “autoría por dominio de organización” que castigara a los jefes de las bandas criminales, lo cual pone en evidencia la carencia de conocimiento en materia penal, con relación a la teoría de autoría mediata desarrollada por Roxin hace cincuenta años y que es recogida en el COIP en su artículo 42 numeral 2, literal d. En la que, por cierto, se condenó de esa modalidad de participación al expresidente Fujimori por orquestar severas violaciones de derecho humanos en su país en el 2009.

## **2.2 Marco legal**

### **2.2.1 Constitución de la República del Ecuador**

La Constitución de la República del Ecuador fue aprobada mediante Asamblea Nacional Constituyente, sesionada en Manabí-Montecristi en el año 2008 y entró en vigencia tras su publicación en el Registro Oficial 449 el 20 de octubre del mismo año. Denominado como

el cambio del paradigma constitucional, se diferencia a la del 1998 por varios cambios como el modelo de Estado Social a Constitucional de Derechos; caracterizado por ser garantistas de derechos, siendo el Estado responsable de su cumplimiento:

Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

8. Garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral.

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

1. El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte.

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, (...)

Art. 195.- La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, (...)

Art. 201.- El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos.

El deber ineludible del Estado a favor de sus habitantes es la garantía de su seguridad integral, esto lo hace mediante las políticas criminales, no obstante, para ello debe regirse a otros principios relacionados con el debido proceso, tales como el de legalidad, presunción de inocencia, intervención mínima y la rehabilitación social de las personas privadas de su libertad bajo sentencia.

## 2.2.2 Código Orgánico Integral Penal

El Código Penal del 1971, al cual se le suman 46 reformas desde su vigencia, en conjunto con el Código de Procedimiento Penal y el Código de Ejecución de Penas, regulaban el sistema penal, por lo que mediante Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb.-2014 se publica el Código Orgánico Integral Penal – COIP, en el que se compila las normas adjetivas, sustantivas y de ejecución, agregando varias instituciones jurídicas con las que anteriormente no se contaba:

Artículo 1.- Finalidad.- Este Código tiene como finalidad normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales, establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso, promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas.

Artículo 59.- Penas privativas de libertad.- Las penas privativas de libertad tienen una duración de hasta cuarenta años.

El 17 de febrero del 2021 fue publicado en el Registro Oficial mediante Segundo Suplemento N° 392 la Ley Orgánica Reformativa al COIP en Materia Anticorrupción, vigente desde el 16 de agosto del 2021. En ella se reforma varios delitos en aras de combatir la corrupción, y con ello, la intervención estatal de una forma más punitiva:

Art. 280.- Cohecho.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, que reciban o acepten, por sí o por interpuesta persona, donativo, dádiva, promesa, ventaja, beneficio inmaterial o beneficio económico indebido u otro bien de orden material para sí o un tercero, sea para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Se entenderá como beneficio inmaterial, a todo aquel beneficio o ventaja intangible que, por su naturaleza al no tener un valor económico o patrimonial cuantificable, no es susceptible de valoración alguna.

Si la o el servidor público, ejecuta el acto o no realiza el acto debido, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Si la conducta descrita es para cometer otro delito, la o el servidor público, será sancionado con pena privativa de libertad de siete a diez años.

"Art. 294.1.- Sobrepagos en contratación pública.- Las o los servidores públicos, las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado; o, los proveedores del Estado que realicen arbitrariamente los procesos de

contratación pública con evidente y comprobado sobreprecio al precio ordinario establecido por el mercado y determinado como tal por la Contraloría General del Estado, serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

El informe de la Contraloría General del Estado que determina la existencia del sobreprecio en contratación pública, deberá ser otorgado por dicha entidad, en el plazo máximo de quince días contados a partir de la fecha de la solicitud efectuada por la o el fiscal.

Referente a la procedencia del régimen semiabierto y abierto:

Art. 24.- Reemplácese el último párrafo del artículo 698 por el siguiente:

"No podrán acceder a este régimen las personas privadas de libertad que hayan sido condenadas por asesinato, femicidio, sicariato, delitos contra la integridad y libertad personal con resultado de muerte, robo con consecuencia de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva, trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cohecho, concusión, peculado, enriquecimiento ilícito, obstrucción de la justicia, sobreprecios en contratación pública, actos de corrupción en el sector privado, lavado de activos, enriquecimiento privado no justificado, delitos de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en alta y gran escala, terrorismo, delincuencia organizada, abigeato con resultado de muerte y graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario."

Art. 25.- Sustitúyase el numeral 2 del artículo 699 por el siguiente:

"2.- Las personas privadas de libertad que hayan sido condenadas por asesinato, femicidio, sicariato, delitos contra la integridad y libertad personal con resultado de muerte, robo con consecuencia de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva, trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cohecho, concusión, peculado, enriquecimiento ilícito, obstrucción de la justicia, sobreprecios en contratación pública, actos de corrupción en el sector privado, lavado de activos, enriquecimiento privado no justificado, delitos de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en alta y gran escala, terrorismo, delincuencia organizada, abigeato con resultado de muerte y graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario."

La acumulación de penas evidencia que el COIP es muy punitivo, llegando a legitimar la privación de libertad de hasta cuarenta años. De los tipos penales promulgados en la reforma del 2021, se observa los intentos de castigar con penas más fuertes a los corruptos, pasando el cohecho ya no a tener una pena máxima de 7 sino de 10 años de privación de libertad; se ratifica la eliminación de las garantías penitenciarias del régimen semiabierto y abierto en delitos contra la eficiencia de la administración pública, asesinato, femicidio, sicariato,

delitos contra la integridad y libertad personal con resultado de muerte, robo con consecuencia de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva, trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, realizando una diferenciación entre personas que cometan otros delitos; promulgación de “sobrepeso en contratación pública”, en el que se penaliza al funcionario que de manera arbitraria concede contratos con elevado e irracional costo verificado, no obstante, estos caso eran subsumibles para ser sancionados como peculado, cabe recalcar que la pena es inferior a la del peculado y no es sujeto a imprescriptibilidad.

### 2.3 Marco Conceptual

**CUSTODIA DE SEGURIDAD:** “Custodia de seguridad (Sicherungsverwahrung): una medida de seguridad de internamiento impuesta de modo acumulativo a la pena” (Silva, 2010, pág. 1).

**“POLÍTICA CRIMINAL:** Organización racional, en un momento dado y en un determinado Estado, de la reacción social contra el crimen (L. Arcel) u Doctrina que estudia la actividad que debe ser desarrollada por el Estado a los fines de la prevención de delitos (C. Grispiñi)” (Casado, 2009, pág. 644).

**HOSTIS:** Voz. lat. Enemigo. No obstante, era más bien el simplemente extranjero en los primeros tiempos romanos” (Cabanellas, 1993)

**“PERSECUTIO:** persecución jurídica” (Barbería, 2009, pág. 108)

**“COGITATIONES POENAM NEMO PATITUR** Principio que se utiliza en Derecho Penal para excluir de toda relevancia delictiva los pensamientos o los actos de mera intención o ánimo criminal, mientras no se manifiesten en alguna clase de actos exteriores, aunque sean preparatorios” (Navarro, 2020, pág. 63).

**“IUS PUNIENDI (Pen. y Adm.).** Derecho de castigar. Potestad exclusiva del Estado para castigar con penas los delitos tipificados en la ley, a través de un proceso público celebrado con todas las garantías por un tribunal imparcial” (Navarro, 2020, pág. 117).

**“ITER CRIMINIS (Pen.).** Itinerario o camino criminal. Conjunto de fases del delito, desde la ideación, los actos preparatorios, la acción, las consecuencias y los actos posteriores” (Navarro, 2020, pág. 111).

**POPULISMO PENAL.** “Es la estimulación del fenómeno de la inflación legislativa en el que las decisiones legislativas en materia penal son para “otorgar mayor seguridad al ciudadano”, pretendiendo calmar ilusoriamente los sentimientos de inseguridad” (Quenta, 2017, pág. 138)



## CAPÍTULO III

### MARCO METODOLÓGICO

#### 3.1 Diseño y tipo de investigación

##### **Diseño de investigación**

La investigación se desarrolló bajo el enfoque metodológico cualitativo, puesto que se describió la doctrina del derecho penal del enemigo de Günther Jakobs y el fenómeno del derecho penal simbólico en el Ecuador para la correspondiente diferenciación entre dichas teorías y, con ello, se estableció una relación con el sistema penal ecuatoriano y se verificó los efectos en el mismo, así como el predominio que generan en la toma de decisiones en torno a la política criminal en el Ecuador.

##### **Tipo de investigación**

Esta investigación fue de tipo exploratorio, ya que se basó en la revisión de estudios previamente desarrollados con relación al tema, lo que permitió conocer y analizar a detalle la teoría del DPE y el DPS y aspectos generales sobre política criminal. También porque se utilizaron las entrevistas a juristas y a un fiscal, dando como resultado que las políticas criminales adoptadas por el Estado ecuatoriano se orientan a la aplicación del derecho penal simbólico; por lo que se reconoció y desechó su utilidad. A su vez, se aplicó un enfoque inductivo puesto que, con base a los criterios emitidos por los juristas de Santa Elena, se evidenció que las políticas criminales meramente simbólicas son muy recurrentes en el Ecuador.

Conforme establece Carlos Méndez en su obra titulada “Metodología”, el tipo de investigación exploratorio “Permite al investigador familiarizarse con el fenómeno que se investiga. Es el punto de partida para otras investigaciones con mayor nivel de profundidad” (Méndez, 2011, pág. 227) Por lo que esta investigación significa un aporte a la ciencia del

derecho penal para futuras investigaciones en torno a política criminal.

### 3.2 Recolección de la información

En la investigación se aplicaron varias técnicas para la recolección y levantamiento de la información relevante para darle sustento científico a la temática, en ese sentido, el investigador seleccionó una población inmersa en la problemática.

Según (Fracica, 1988), la población es “el conjunto de todos los elementos a los cuales se refiere la investigación. Se puede definir también como el conjunto de todas las unidades de muestreo” citado por (Bernal, 2010, pág. 160); por lo que se estableció la siguiente población:

**TABLA #1**  
**POBLACIÓN**

<b>DESCRIPCIÓN</b>	<b>N</b>
Abogados en libre ejercicio en Ecuador	84919
Fiscales de la provincia de Santa Elena	15
<b>TOTAL</b>	<b>84934</b>

*Elaborado: Rodríguez Kelvin*

De conformidad con lo que establece (Bernal, 2010), la muestra “es la parte de la población que se selecciona, de la cual realmente se obtiene la información para el desarrollo del estudio y sobre la cual se efectuarán la medición y la observación de las variables objeto de estudio” (p.161), esto es, que desde la muestra seleccionada es donde el investigador levanta la información.

En virtud de la amplia cifra de la población establecida que se encuentra inmersa dentro de la dinámica del tema, se aplicó una muestra no probabilística, por lo que se consideró el criterio de un número determinado de abogados en libre ejercicio de la profesión y fiscales de la provincia de Santa Elena con conocimiento del tema de la investigación, sin perjuicio de abogados fuera de esta jurisdicción territorial, lo que permitió al investigador desarrollar

el análisis previsto considerando la información proporcionada y establecer conclusiones sólidas:

**TABLA #2**  
**MUESTRA**

<b>DESCRIPCIÓN</b>	<b>N</b>
Abogados litigantes, cuya tendencia es el Derecho Penal.	100
Fiscal del cantón Santa Elena	1
<b>TOTAL</b>	<b>101</b>

*Elaborado: Rodríguez Kelvin*

Se realizó el levantamiento de la información mediante fuentes primarias y secundarias, la primera guarda relación con el contacto directo con los actores que se encuentran inmerso en la temática de la investigación, por lo que se ejecutaron varias entrevistas a abogados en libre ejercicio de la profesión dentro de la provincia de Santa Elena y con especialidad en derecho penal, así como a un fiscal del Cantón Santa Elena, con preguntas relacionadas a la política criminal aplicadas en el Ecuador y a las técnicas legislativas llevadas a cabo por la Asamblea Nacional en materia penal.

Así mismo, se tomó los criterios de abogados en libre ejercicio con conocimiento en el tema, que ayudaron en la aplicación del ejercicio dogmático, el análisis del resultado del mismo y a la valoración de la idea a defender establecida en la presente investigación, levantamiento de información que se realizó mediante encuestas de 8 preguntas cerradas relacionadas a las políticas criminales aplicadas en el Ecuador, la valoración de ciertas conductas típicas y calificación de determinados preceptos normativos que regulan el poder punitivo del Estado.

Las herramientas secundarias o complementarias que se aplicaron fue el material bibliográfico disponible relacionado con los temas de investigación, así como doctrinas vinculantes desarrollados por reconocidos juristas, así como criterios de preminentes juristas internacionales y ecuatorianos que trataron de académicamente sobre las variables establecidas, esto es: el derecho penal del enemigo y el derecho penal simbólico, por lo que

permitieron conocer a detalle sobre la problemática en cuestión para su posterior análisis y valoración.

### **3.3 Tratamiento de la información**

Una vez levantada la información, aplicando las herramientas como la entrevista, encuesta, revisión de fuentes bibliográficas, se utilizó varios métodos para poder manejar la información de una manera adecuada.

Al respecto de las entrevistas, se utilizó un teléfono celular para el almacenamiento de audios que contenían información relativa a las entrevistas, por lo que al momento de plasmar en el proyecto de investigación las ideas expuestas por el entrevistado, el investigador pudo revisarlas de maneras reiteradas para clasificar las partes medulares que daban contestación a cada pregunta. De la misma manera, en las entrevistas telemáticas, se utilizó las herramientas zoom para poder grabarlas en tiempo real, por lo que el investigador tuvo acceso a los audios visuales para el respectivo análisis.

Referente a las encuestas, se utilizó las herramientas tecnológicas disponibles entre los servicios de Google, es esto es, el Formulario Google, cuya utilidad fue relevante para llegar a los encuestados de una manera rápida y amigable con el medio ambiente. Una vez resuelto el formulario por la cantidad de personas señaladas en la muestra, se utilizó la herramienta de hoja de cálculo en línea para trasladar las preguntas y resultados al proyecto de investigación y realizar el respectivo análisis.

Por último, se utilizaron varias doctrinas digitales relativas a las variables de la investigación, por lo que se logró descargar los “Formato Portátil de Documento” o PDF para la realización de una carpeta almacenada en la nube, para las revisiones de una manera rápida de dichas doctrinas.

### 3.4 Operacionalización de Variables

**TABLA #3**  
**OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES**

VARIABLE	DIMENSIONES	INDICADORES	ÍTEM	INSTRUMENTO
<p><b>Dependiente</b></p> <p><b>Sistema penal ecuatoriano:</b></p> <p>Un conjunto de instituciones y normas jurídicas penales que regulan el ejercicio del derecho de castigar del Estado o ius puniendi, en relación a las personas que intervienen en el cumplimiento de las normas penales que han sido transgredidas por otra persona que debe ser procesada conforme a preceptos constitucionales del debido proceso.</p>	Debido proceso	- Principios de inocencia	- Existencia de un trato diferente entre personas procesadas por delito flagrante y no flagrantes.	Encuesta y entrevistas a abogados en libre ejercicio de la profesión
		- Garantías penitenciarias	- Analizar si las prohibiciones de acceso a garantías penitenciarias son racionales.	Entrevista a abogados en libre ejercicio de la profesión
	Política criminal	- Prevención de delitos	- ¿La política criminal de prohibir dos personas en una misma moto es eficaz?	Entrevista a fiscal y encuesta a abogados
		- Sanción de criminalidad	- Análisis de la eficacia de la sanción criminal y su finalidad, en delitos contra bienes jurídicos permanentes	Ficha bibliográfica
	COIP y la reforma en materia anticorrupción del 17/02/21	- Delito de sobreprecios en la contratación pública. Art. 249.1	- Verificar la necesidad de la aplicación del delito de sobreprecios en contratación pública.	Entrevista a abogados y fiscal

		- Delito de cohecho, Art. 280.	- Analizar si el incremento de penas constituye prevención del delito.	Encuesta a abogados en libre ejercicio de la profesión
<p><b>Independiente</b></p> <p><b>El Derecho Penal del Enemigo:</b></p> <p>Es una doctrina acuñada por el filósofo y profesor universitario en derecho penal, alemán Günther Jakobs, que consiste en la bifurcación del derecho penal, el ya existente y el DPE. Su aplicación va dirigida las personas (enemigo) que no brindan una garantía cognitiva ni normativa suficiente dentro de la sociedad, anticipando punibilidad, indeterminando penas y flexibilizando las garantías procesales.</p> <p><b>El derecho penal simbólico:</b></p> <p>Un fenómeno social de alcance jurídico penal, producto de la intervención por parte de personeros a los problemas de connotación social o jurídicos para trasladarlos al ámbito jurídico (promulgación de normas) o reformarlos, respectivamente. El objeto del DPS es generar la tranquilidad social respecto al conflicto manifiesto, pero sin generar solución alguna.</p>	El concepto de enemigo	- Garantía cognitiva y normativa	- Comportamiento social fiel a derecho	Ficha bibliográfica
		- Enemigo y delincuente	- Diferencia entre enemigo y delincuente, tratamiento	Ficha bibliográfica
	Elementos del DPE	- Anticipación de la punibilidad	- Superposición al principio de inocencia y la intervención de última ratio	Ficha bibliográfica
		- Flexibilización de garantías procesales	- Violación al debido proceso	Ficha bibliográfica
	Objeto del DPS	- Generar tranquilidad social	- Existen delitos que no cumplen la función de proteger bienes jurídicos.	Fecha bibliográfica
		- Aspiraciones políticas	- Utilización del sistema penal como herramienta política	Ficha bibliográfica y entrevistas a abogados
	Efecto simbólico de la pena.	- Prevención general de la pena	- Las penas rígidas cumplen con la función de prevenir delitos al sancionar a otros	Ficha bibliográfica
		- Finalidad de la pena	- La vigencia de la norma o la reinserción social	Ficha Bibliográfica

*Elaborado por: Rodríguez de la Rosa Kelvin*

## CAPÍTULO IV

### RESULTADOS Y DISCUSIÓN

#### 4.1 Análisis, interpretación y discusión de resultados

##### 4.1.1 Encuesta a abogados en libre ejercicio de la profesión

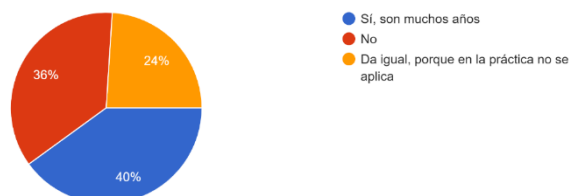
**TABLA #4 PREGUNTA 1 – ¿CONSIDERA QUE EL COIP AL PERMITIR IMPONER PENAS DE HASTA CUARENTA AÑOS ES MUY PUNITIVISTA?**

Valoración	Frecuencia	Porcentaje
Sí	40	40%
No	36	36%
Intrascendente, pues no se aplica	24	24%
<b>RESULTADOS</b>	100	100%

*Elaborado por: Rodríguez Kelvin*

*Fuente: Abogados en libre ejercicio*

**GRÁFICO #3 ¿CONSIDERA QUE EL COIP AL PERMITIR IMPONER PENAS DE HASTA CUARENTA AÑOS ES MUY PUNITIVISTA?**



*Elaborado por: Rodríguez Kelvin*

**Descripción del ítem:** A través de la interrogante se buscó el criterio del abogado respecto al límite máximo de las penas privativas de libertad en el COIP.

**Interpretación:** El 40% sí considera que es muy punitivo, el 36% no, en cuanto al 24% cree que no tiene mayor trascendencia, pues no se aplica en la práctica.

**Análisis:** En virtud de los resultados, el COIP es una ley que establece una posible acumulación de penas privativas de libertad muy altas, a su vez, son escasas las situaciones en el que se imponen este límite de penas, por lo tanto, cumple el elemento constitutivo del DPS referente al incremento del quantum punitivo.

**TABLA #5**

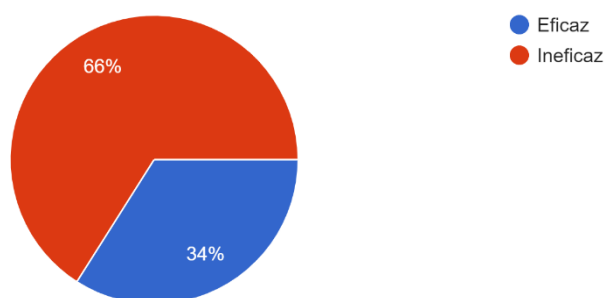
**PREGUNTA 2 - ¿CÓMO CALIFICA LA POLÍTICA CRIMINAL DE LIMITAR EL TRÁNSITO DE DOS PERSONAS EN UNA MISMA MOTO, PARA CONTRARRESTAR LOS SICARIATOS?**

Valoración	Frecuencia	Porcentaje
Eficaz	34	34%
Ineficaz	76	76%
<b>RESULTADOS</b>	100	100%

*Elaborado por: Rodríguez Kelvin*

**GRÁFICO #4**

**¿CÓMO CALIFICA LA POLÍTICA CRIMINAL DE LIMITAR EL TRÁNSITO DE DOS PERSONAS EN UNA MISMA MOTO, PARA CONTRARRESTAR LOS SICARIATOS?**



*Elaborado por: Rodríguez Kelvin*

**Descripción del ítem:** A través de la interrogante se buscó la valoración de la política criminal adoptada por la Agencia Nacional de Tránsito, en aras de disminuir las muertes violentas.

**Interpretación:** El 34% considera que la medida es eficaz, por cuanto que el 66% no cumple con su finalidad.

**Análisis:** Limitar el tránsito en virtud de que las motocicletas sean los medios utilizados para la comisión de delitos contra la vida, es una política criminal que, a pesar de ser atentatoria del derecho constitucional de libre movilidad, no tiene mayor incidencia para contrarrestar las muertes violentas suscitadas los últimos años.



**TABLA #6**

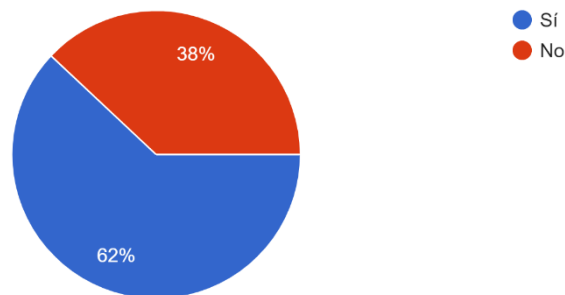
**PREGUNTA 3 - ¿SE VULNERA LA PRESUNSIÓN DE INOCENCIA AL PUBLICAR EN LOS MEDIOS Y VALLAS PUBLICITARIAS A LAS PERSONAS APREHENDIDAS EN FLAGRANCIA?**

Valoración	Frecuencia	Porcentaje
Sí	62	62%
No	38	38%
<b>RESULTADOS</b>	100	100%

*Elaborado por: Rodríguez Kelvin*

**GRÁFICO #5**

**¿SE VULNERA LA PRESUNSIÓN DE INOCENCIA AL PUBLICAR EN LOS MEDIOS Y VALLAS PUBLICITARIAS A LAS PERSONAS APREHENDIDAS EN FLAGRANCIA?**



*Elaborado por: Rodríguez Kelvin*

**Descripción del ítem:** Se valoró el criterio acerca la política criminal adoptada por la Municipalidad de Guayaquil, referente a publicaciones de personas aprendidas y la colisión del principio de presunción de inocencia.

**Interpretación:** El 62% considera que sí se vulnera la presunción de inocencia, por cuanto que el 38% cree que no.

**Análisis:** La aprensiones en delitos flagrantes no constituyen de por sí, una sentencia condenatoria en su contra, por lo que al publicar rostros en los medios y en vallas publicitarias, además de demandar recursos públicos, atenta contra principios procesales básicos como el principio de inocencia, status que se comprueba o desecha con sentencia.

**TABLA #7**

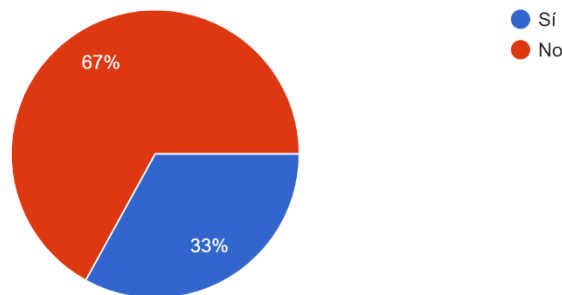
**PREGUNTA 4 - ¿EL AUMENTO DE TRES AÑOS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD EN EL DELITO DE COHECHO CONSTITUYE UNA MEDIDA PREVENCIÓN DEL DELITO?**

Valoración	Frecuencia	Porcentaje
Sí	33	33%
No	67	77%
<b>RESULTADOS</b>	100	100%

*Elaborado por: Rodríguez Kelvin*

**GRÁFICO #6**

**¿EL AUMENTO DE TRES AÑOS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD EN EL DELITO DE COHECHO CONSTITUYE UNA MEDIDA PREVENCIÓN DEL DELITO?**



*Elaborado por: Rodríguez Kelvin*

**Descripción del ítem:** A través de la interrogante se valoró el criterio de los abogados en torno a si el incremento del quantum de la pena constituye una prevención de los delitos.

**Interpretación:** El 67% considera que con el aumento de las penas no se previene el delito, por cuanto que el 33% considera que sí lo se previene.

**Análisis:** El criterio de que, si a mayor pena privativa se le establece a determinadas conductas, se previene el delito, es una falacia. El efecto simbólico legítimo, que se relaciona prevención general de la pena, no se trata de imponer penas más altas y amenazar a sus ciudadanos, sino a la correcta rehabilitación que se ha proporcionado hasta ahora.

**TABLA #8**

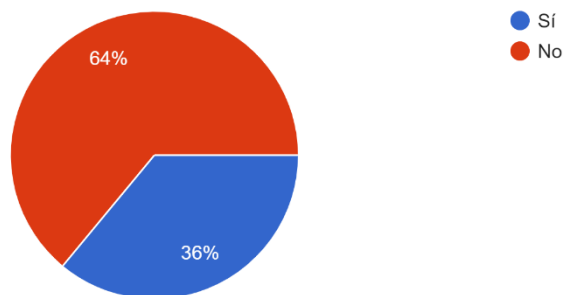
**PREGUNTA 5 - ¿LA ELIMINACIÓN DE LA TABLA DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS SERÍA UNA POLÍTICA CRIMINAL EFICAZ PARA REDUCIR EL MICROTRÁFICO Y CONSUMO DE DROGAS?**

Valoración	Frecuencia	Porcentaje
Sí	36	36%
No	64	64%
<b>RESULTADOS</b>	100	100%

*Elaborado por: Rodríguez Kelvin*

**GRÁFICO #7**

**¿LA ELIMINACIÓN DE LA TABLA DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS SERÍA UNA POLÍTICA CRIMINAL EFICAZ PARA REDUCIR EL MICROTRÁFICO Y CONSUMO DE DROGAS?**



*Elaborado por: Rodríguez Kelvin*

**Descripción del ítem:** Se valoró el criterio acerca la propuesta hecha varios sectores políticos referente a la eliminación de la tabla, con la finalidad de reducir el consumo y microtráfico de drogas.

**Interpretación:** El 64% considera que sería una política criminal eficaz y el 36% que no.

**Análisis:** La eliminación de la tabla no puede ser tomada como política criminal para contrarrestar el consumo y microtráfico, en vista que esta tiene la finalidad de diferenciar a los traficantes en gran, media escala y al consumidor, para aplicar un trato diferenciado en cada caso. Al eliminar la tabla se condena a los consumidores a ser penalizado, cuando el tema es problema de salud pública, de conformidad con el Art. 364 de la Constitución.

**TABLA #9**

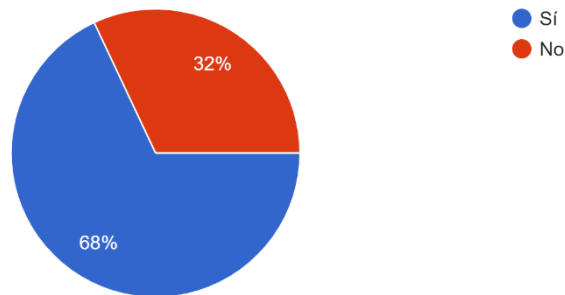
**PREGUNTA 6 - ¿LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL TIENEN INFLUENCIA EN LA POLÍTICA CRIMINAL APLICADA EN EL PAÍS?**

Valoración	Frecuencia	Porcentaje
Sí	68	68%
No	32	32%
<b>RESULTADOS</b>	100	100%

*Elaborado por: Rodríguez Kelvin*

**GRÁFICO #8**

**¿LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL TIENEN INFLUENCIA EN LA POLÍTICA CRIMINAL APLICADA EN EL PAÍS?**



*Elaborado por: Rodríguez Kelvin*

**Descripción del ítem:** Se valoró el criterio acerca del alcance e influencia de la criminología mediática en la política criminal adoptadas en el país para contrarrestar la criminalidad.

**Interpretación:** El 68% considera que los medios de comunicación sí tienen influencia en la política criminal del país y el 32% que no.

**Análisis:** La asunción de criterios en los ciudadanos sobre el quehacer ante la criminalidad, producto de la criminología mediática pregonada por los medios de comunicación, es aprovechada por personajes políticos, aplicando políticas criminales que no tienen mayor incidencia o eficacia para lo cual es creada, por lo que solo provocan la sensación que se hace algo por la seguridad ciudadana.

**TABLA #10**

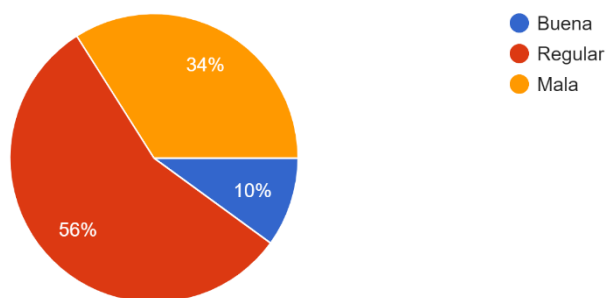
**PREGUNTA 7 - ¿CÓMO CALIFICA LAS TÉCNICAS LEGISLATIVAS APLICADAS EN POR LA ASAMBLEA NACIONAL EN MATERIA PENAL?**

Valoración	Frecuencia	Porcentaje
Buena	10	10%
Regular	56	56%
Mala	34	34%
<b>RESULTADOS</b>	100	100%

*Elaborado por: Rodríguez Kelvin*

**GRÁFICO #9**

**¿CÓMO CALIFICA LAS TÉCNICAS LEGISLATIVAS APLICADAS EN POR LA ASAMBLEA NACIONAL EN MATERIA PENAL?**



*Elaborado por: Rodríguez Kelvin*

**Descripción del ítem:** Se valoró la aceptación de las técnicas legislativas de la Asamblea Nacional, concretamente en materia penal.

**Interpretación:** Apenas el 10% califica la labor legislativa en materia penal como regular, el 56% la califica como regular y el 34% como mala.

**Análisis:** El índice de inseguridad ciudadana por el que pasa el Estado ecuatoriano ha sido la razón por el cual se han llevado una serie de reformas al COIP y otras leyes relativas a política criminal, no obstante, el nivel de aceptación de las mismas no cumple las expectativas no solo de la ciudadanía sino de quienes ejercen desde el derecho penal, dando como resultado leyes ineficaces a sus fines.

#### 4.1.2 Entrevista al distinguido Prof. h. Dr. Alfonso Zambrano Pasquel, Msc

Fecha de entrevista: 9 de julio de 2022

Lugar de la entrevista: Vía telemática, Zoom

1. ¿Qué opina acerca de la posibilidad de sentenciar con penas privativas de libertad de hasta 40 años, conforme prevé el artículo 59 del COIP?
2. ¿Cuál es su criterio acerca de la política criminal que limita el tránsito de dos personas en una misma moto, para contrarrestar las muertes violentas en el Ecuador?
3. ¿Considera necesaria la promulgación del delito de sobrepagos en contratación pública, realizada en la reforma al COIP de fecha 17 de febrero del 2021?
4. ¿Qué opina sobre los artículos 698 y 699 del COIP, respecto a la excepcionalidad de acceso al régimen semiabierto y abierto?
5. ¿Cuál es su criterio acerca de la custodia de seguridad propuesta por Gunther Jakobs?

#### **Resumen:**

Hace cuarenta años la pena máxima era de 16 años, por lo que era incrementar las penas acordes a la gravedad del bien jurídico lesionado, es alta simplemente porque es el reflejo de punitivismo que se ve actualmente en todos los países, no es totalmente producto del derecho penal simbólico, porque sí se aplican esas penas, aunque excepcionalmente. La política criminal de limitar el tránsito en motos inobserva puntos sensibles socialmente hablando, en vista que las motos son herramientas de trabajo y con ello se está criminalizando la pobreza, sí entra en ámbito del derecho penal simbólico. La tipificación del delito de sobrepagos no era necesaria, “es un saludo a la bandera” y responde a lo que el autor denomina “derecho penal para los amigos” que consiste en buscar impunidad a las autoridades de turno, pero que se expone como medida correcta cuando en realidad lo que debe haber es control por parte de CGE y FGE.

Limitar las garantías penitenciarias son unos de los aspectos de inconstitucionalidad que tiene el COIP, es una depreciación de derechos, los derechos deben ser progresivos y este precepto es regresivo, pero nadie interpone la acción de inconstitucionalidad porque se trata de personas privadas de libertad.

El DPE no es un invento de Jakobs, pues el Dr. Luis Jiménez de Azúa en su tesis doctoral del 1913, propuso la “Sentencia Indeterminada” en ciertos casos, que básicamente es una pena permanente pero revisable, similar a la custodia de seguridad.

### 4.1.3 Entrevista a fiscal del cantón Santa Elena

Nombre del entrevistado: Ab. Wagner Samuel Sellán Zambrano, Mgt.

Fecha de entrevista: 5 de julio del 2022

Lugar de entrevista: Fiscalía del Cantón Santa Elena

1. ¿Qué opina acerca de la posibilidad de sentenciar con penas privativas de libertad de hasta 40 años, conforme prevé el artículo 59 del COIP?
2. ¿Cuál es su criterio acerca de la política criminal que limita el tránsito de dos personas en una misma moto, para contrarrestar las muertes violentas en el Ecuador?
3. ¿Considera necesaria la promulgación del delito de sobrepagos en contratación pública, realizada en la reforma al COIP de fecha 17 de febrero del 2021?
4. ¿Qué opina acerca de las excepciones para acceder a la garantía penitenciaria de régimen semiabierto y abierto, establecidas en los artículos 698 y 699 del COIP?
5. ¿Cuál es su criterio acerca de la custodia de seguridad propuesta por Gunther Jakobs?

#### Resumen:

La posibilidad de imponer penas de hasta 40 años es muy rígida, es producto de la utilización del COIP como instrumento político al momento de expedirlo, hay escasos casos en el que se impone esa pena, y mucho menos se llegan a cumplir por el promedio de vida de las personas. Similar situación sucede con la prohibición de tránsito de dos personas en una misma moto, no se necesitan dos personas para cometer un asesinato o sicariato, es solo una medida acogida por los ciudadanos, política criminal más que ineficaz, absurda.

La tipificación del delito de sobre precio era innecesaria, la conducta ya estaba penalizada porque se subsumía en el peculado, era imprescriptible y la pena era mayor, fue introducido para favorecer a ciertos grupos. En las excepciones de procedencia a las garantías penitenciarias se debería analizar a la persona y no la conducta. La propuesta de la custodia de seguridad se asemeja a una pena de muerte porque nadie garantiza la rehabilitación social.

#### **4.1.4 Entrevistas a abogados especialistas en derecho penal**

Nombre del entrevistado: Ab. Enzo Navia Cedeño, Mgt.

Fecha de entrevista: 29 de junio del 2022

Lugar de entrevista: Departamento Jurídico del GADP de Santa Elena

1. ¿Cómo califica la política criminal aplicada en estos últimos años en el Ecuador para contrarrestar la delincuencia?
2. ¿Considera necesaria la tipificación del delito “sobrepuestos en contratación pública”, realizada en la reforma al COIP en materia anticorrupción el 17 de febrero del 2021?
3. ¿Qué opina sobre los artículos 698 y 699 del COIP, respecto a la excepcionalidad de acceso al régimen semiabierto y abierto?
4. ¿Qué opina acerca de la aplicación de la custodia de seguridad propuesta por Gunther Jakobs?

#### **Resumen:**

La política criminal en el Ecuador es mala, la prohibición de transitar dos personas en una misma moto no es efectiva, por cuanto los delincuentes siempre buscan la forma de delinquir, la publicación en vayas de personas aprendidas en flagrancia es violatorio al principio de presunción de inocencia. La tipificación del delito de sobrepuestos sí es necesaria en vista de los antecedentes en pandemia, pueden estar subsumidas en el peculado, pero es una modalidad recurrente que necesita estar independizado, no obstante, está las desventajas está en la prescripción y en la pena benevolente. con todo, hay que estar pendiente de posibles casos que lleguen a la Corte Constitucional y resuelvan al respecto.

Las excepciones respecto al quién accede y quién no a las garantías penitenciarias de régimen semiabierto y abierto es discriminatorio, en vista que se trata de un proceso de rehabilitación, derecho que tiene toda persona privada de libertad, o en todo caso, debe ser aplicable solo para personas realmente peligrosas. La propuesta de Jakobs está fuera de contexto, atenta con el debido proceso, es de Estado anárquico, a nadie se puede obligar a rehabilitarse, lo derechos deben ser progresivos.



Nombre del entrevistado: Ab. Félix Javier Herrera Orrala

Fecha de entrevista: 5 de julio del 2022

Lugar de entrevista: La Libertad, Firma Jurídica Feliz Herrera.

1. ¿Qué opina acerca de la posibilidad de sentenciar con penas privativas de libertad de hasta 40 años, conforme prevé el artículo 59 del COIP?
2. ¿Cuál es su criterio acerca de la política criminal que limita el tránsito de dos personas en una misma moto, para contrarrestar las muertes violentas en el Ecuador?
3. ¿Considera necesaria la promulgación del delito de sobrepagos en contratación pública, realizada en la reforma al COIP de fecha 17 de febrero del 2021?
4. ¿Qué opina acerca de las excepciones para acceder a la garantía penitenciaria de régimen semiabierto y abierto, establecidas en los artículos 698 y 699 del COIP?
5. ¿Cuál es su criterio acerca de la custodia de seguridad propuesta por Gunther Jakobs?

#### **Resumen:**

Cuando se creó el COIP, se buscó que sea una ley más severa puesto que en el Código Penal anterior contenía tipos penales que vulneraban bienes jurídicos como la integridad sexual, cuya pena de reclusión mínima era dieciséis años, ahora, la pena mínima es veintidós años de privación de libertad, en ese aspecto es positivo, pero hay que tener en cuenta que no solo con penas altas se soluciona la criminalidad. La limitación al tránsito de dos personas en una moto es violatoria al derecho humano a la libre movilidad establecido en la Constitución, es una medida basada en un estereotipo y el problema radica en la falta de compromiso con los entes de control como la Policía Nacional. No era necesaria la tipicidad del delito de sobre pagos, en vista que ya se encontraba subsumida en el tipo penal peculado, da ventana abierta para que las autoridades de turno que cometen estos delitos se beneficien de la pena flexible y de la prescripción del delito. Las excepciones de acceso a los regímenes semiabiertos y abiertos responden a la inexistencia de la rehabilitación social, es decir, hay casos en el que no se puede reinsertar de manera rápida a la sociedad. La custodia de seguridad de Jakobs es violatoria a derechos constitucionales como el del “Non Bis ídem”, no se puede juzgar dos veces a dos personas por el hecho de no estar rehabilitado, eso aplica para otros sistemas en el que sí funcionan las rehabilitaciones sociales.

## 4.2 Verificación de la idea a defender

El derecho penal simbólico es predominante en el sistema penal ecuatoriano, a su vez, este fenómeno comparte varios elementos que constituyen los del derecho penal de enemigo, tales como: el incremento de la punibilidad, la eliminación de garantías procesales y penitenciarias, por lo que al tratar de abarcar la teoría jakobsiana, por lo que la comunidad jurídica llega a determinarlos como sinónimos. Esto impide que se llegue a analizar una posible aplicación en el sistema penal ecuatoriano.

Entre las estrechas líneas diferenciadoras del DPS entre el DPE, está el direccionamiento de su aplicación, es decir, mientras que en el derecho penal simbólico está dirigido a todo tipo de conductas lesivas de bienes jurídicos que causan conmoción social, en el derecho penal del enemigo es aplicable a delincuentes considerados focos de peligros.

El DPS simbólico se caracteriza por ser expansionista, esto quiere decir que pretende tipificar nuevos tipos penales en virtud de las recurrentes conductas lesivas de bienes jurídicos, sin observar a si dichas conductas se encuentren subsumidas en delitos ya tipificados, como en el caso del delito de “sobre precios en contratación pública”. Lo que en el DPE se pretende es reformar el quantum de la pena de delitos ya existentes que atentan contra bienes como la paz y seguridad social y no a crear tipos penales.

En el DPS se pretende incrementar las penas de una manera desproporcional, inclusive se promueve las penas de muerte dejando de lado todo intento de rehabilitar a las personas privadas de libertad, en el DPE se propone aplicar la custodia de seguridad, es decir, penas previamente establecidas, pero que a término de ello, se evalúa si la persona está rehabilitada para poder reinsertarlo a la sociedad, de lo contrario, por seguridad de la sociedad y de sí misma, debe quedarse privado de su libertad.

Quien pregona la aplicación del DPS son los mismos que lo hacen con el populismo penal, son personajes políticos que no tienen mayor idea de política criminal y legislación penal, que no tienen ninguna intención de aportar al quehacer en materia criminal, sino sacar réditos políticos para crear la sensación de que es un servidor público preocupado por la seguridad ciudadana. El DPE, es un edificio de ideas propuesta por un jurista preminente, producto de una serie de estudios y posición filosófica identificada.

## CONCLUSIONES

Luego de culminar el proceso de investigación, realizado mediante la revisión doctrinaria suficiente que tratan las variables planteadas, del levantamiento de la información realizada mediante entrevistas y encuestas, del análisis metódico de la información y de los resultados, y de haber corroborado la idea a defender establecida, se concluye:

Que, el DPS y DPE no son sinónimos pese a compartir características, en vista que la tesis jakobsiana está estructurada y fundamentada ius-filosóficamente, en cambio el DPS es un fenómeno ajeno a las finalidades de la ciencia del derecho penal; no obstante, esto no implica que dichas propuestas sean viables y mucho menos justificable.

Que, los mejores aliados para la materialización del DPS son los medios de comunicación social, y mientras respondan a los intereses de las élites, van a seguir creando estereotipos delictivos e imponiendo criterios sobre cómo actuar ante la criminalidad, por lo que los políticos seguirán proponiendo medidas al margen de los postulados básicos de la ciencia del derecho penal.

Que, no puede llamarse formalmente política criminal las propuestas o decisiones adoptadas por el Estado cuando estas son creadas desde el DPS, en vista que carecen de fundamentos científicos respecto al estudio del delito que se pretende abordar y la efectividad de la pena.

Que, el DPS no solo significa la promulgación de nuevos delitos, incrementos de penas y eliminación de garantías; también es utilizado para que de manera dolosa se manipulen políticamente las normas penales y generar beneficios o impunidad en determinados personajes.

## RECOMENDACIONES

Al término de la recolección de la información y su posterior análisis, y en concordancia con las conclusiones antes expuestas, este investigador recomienda:

Que, pese que el DPS y el DPE no son sinónimos, no debe permitirse la aplicación la custodia de seguridad como una política criminal, pues no está acorde al Estado Constitucional ecuatoriano, y que bajo ningún concepto cabe discriminación entre las personas, privar de la libertad de una manera indeterminada a las personas por la comisión de un delito que se considera socialmente repudiable, es regresivo de derechos, además, es otorgar al Estado un poder de castigar arbitrario.

Que, el ente regulador de los medios de comunicación verifique que cuentan con asesores jurídicos que están capacitando constantemente a sus colaboradores sobre derechos básicos que se deben respetar dentro de un proceso penal, tales como la presunción de inocencia para que no se publiquen rostros de quienes son aprehendido en delitos flagrantes, pues en esas condiciones o no, existe un debido proceso; así como dejar de reproducir criterios simplistas, tales como: la eliminación de la “tabla de consumo”, es la salida a problemas estructuralmente sociales.

Que, la academia en el ámbito de la ciencia del derecho penal y criminología, deben infundir en el estudiante la capacidad necesaria para diferenciar cuándo están frente a una decisión vacía, ineficaz y/o dolosa y cuándo están ante una política criminal real, cuya capacidad se logra con el desarrollo del pensamiento crítico.

Que, los profesionales del derecho, así como los diferentes sectores sociales que se preocupan por reducir de alguna manera la corrupción o de la forma dolosa en el que legisla la Asamblea Nacional, estén alertas cuando se promuevan leyes o políticas que benefician o generan impunidad de determinados delitos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Albán Gómez, E. (2018). *MANUAL DE DERECHO PENAL ECUATORIANO*. Quito: Ediciones Legales.
- Barbería, M. (2009). *Diccionario de latín jurídico*. Obtenido de Valleta Ediciones: <https://elibro.net/es/ereader/upse/66813>
- Bernal, C. (2010). *Metodología de la Investigación*. Obtenido de Pearson Educación : [https://ava.upse.edu.ec/pluginfile.php/433908/mod\\_resource/content/1/Metodologia%20de%20la%20Investigacion%203edici%C3%B3n%20BERNAL.pdf](https://ava.upse.edu.ec/pluginfile.php/433908/mod_resource/content/1/Metodologia%20de%20la%20Investigacion%203edici%C3%B3n%20BERNAL.pdf)
- Cabanellas, G. (1993). *DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL*. Obtenido de EDITORIAL HELIASTA S.R.L.: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/01/doctrina34261.pdf>
- Cabrera, X. (Abril de 2012). *CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE EL DENOMINADO DERECHO PENAL DEL ENEMIGO*. Obtenido de Contribuciones a las Ciencias Sociales: <https://www.eumed.net/rev/cccss/20/xcc2.html>
- Cadena Palacios, R. (2021). *El populismo penal en el Ecuador*. Quito: Ediciones Legales.
- Cancio Meliá, M. (2003). *¿"Derecho penal" del enemigo?* Obtenido de Civitas: [https://derechoecuador.com/images/Documentos/dpe\\_melia.pdf](https://derechoecuador.com/images/Documentos/dpe_melia.pdf)
- Cancio Meliá, M. (2005). *De nuevo: ¿"Derecho penal" del enemigo?* Obtenido de Universidad Autónoma de Madrid: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1202746>
- Casado, M. (2009). *Diccionario Jurídico*. Obtenido de Valletta Ediciones: <https://elibro.net/es/ereader/upse/66821>
- Cepeda, H. (2020). *El derecho penal simbólico en el Ecuador*. Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7267/1/T3151-MDPE-Cepeda-El%20derecho.pdf>
- CONSTITUCIÓN. (2008). *Registro Oficial #449*. Obtenido de [https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf)
- Díez Ripollés, J. (s.f.). *El Derecho Penal Simbólico y los efectos de la pena*. México.

- Díez, J. (s.f.). *El Derecho Penal Simbólico y los efectos de la pena*. México.
- Granja, P. (2019). *¿Qué es y qué no es Derecho Penal del Enemigo?* ECUADOR: DIPC.
- Grosso, M. (12 de Setiembre de 2007). *Una aproximación crítica al concepto “derecho penal del enemigo”*. Obtenido de IUSTA: <https://www.redalyc.org/pdf/5603/560358685003.pdf>
- Guerrero, A. (2011). *EL CONCEPTO DE ENEMIGO Y GUERRA EN CARL SCHMITT*. Obtenido de Universidad Libre: <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/7496/GuerreroBohorquezAlexander2011.pdf?sequence=1>
- Jakobs, G., & Meliá, M. (2003). *El Derecho Penal del Enemigo*. Madrid, España.
- Méndez, C. (2011). *Metodología*. Obtenido de [https://ava.upse.edu.ec/pluginfile.php/432493/mod\\_resource/content/1/CARLOS%20MENDEZ%20metodologia-de-la-investigacion-carlos-mendez-1pdf%20%281%29.pdf](https://ava.upse.edu.ec/pluginfile.php/432493/mod_resource/content/1/CARLOS%20MENDEZ%20metodologia-de-la-investigacion-carlos-mendez-1pdf%20%281%29.pdf)
- Muñoz, F. (2005). *De nuevo sobre el «derecho penal del enemigo»*. Obtenido de Universidad Pablo de Olavide Sevilla: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1202746>
- Navarro, S. (2020). *Diccionario de latinajos jurídicos*. Obtenido de <https://elibro.net/es/ereader/upse/172289>
- Pérez de Valle, C. (2008). *LA FUNDAMENTACIÓN IUSFILOSÓFICA DEL DERECHO PENAL DE ENEMIGO*. Obtenido de Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-03.pdf>
- Piña, J. I. (2010). *Derecho Penal. Fundamentos de la responsabilidad penal*. Santiago, Abeledo Perrot.
- Quenta, J. (2017). *EL POPULISMO DEL DERECHO PENAL*. Obtenido de Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis de la UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS: [http://www.scielo.org.bo/pdf/rjd/v5n6/v5n6\\_a09.pdf](http://www.scielo.org.bo/pdf/rjd/v5n6/v5n6_a09.pdf)

- Ríos Álvarez, R. (2012). *El derecho penal del enemigo. El problema de su legitimidad a la luz de algunos de sus defensores y detractores*. Obtenido de ARS BONI ET AEQUI:  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3975800>
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General Tomo I*. Obtenido de Civitas:  
[https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/derecho\\_penal\\_-\\_parte\\_general\\_-\\_claus\\_roxin-LP.pdf](https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/derecho_penal_-_parte_general_-_claus_roxin-LP.pdf)
- Schilling, M. (2010). *El Nuevo derecho penal del enemigo*. Santiago: Librotecnia.
- Silva, J. (Febrero de 2010). *¿Es la custodia de seguridad una pena?* Obtenido de Editorial  
 – InDret Penal: <file:///C:/Users/Lenovo/Downloads/366261-Text%20de%20l'article-527650-1-10-20200403.pdf>
- Zambrano Pasquel, A. (2009). *Política Criminal*. Obtenido de JURISTA EDITORES E.I.R.L.:  
[https://derechoecuador.com/Files/images/Documentos/politica\\_criminal.pdf](https://derechoecuador.com/Files/images/Documentos/politica_criminal.pdf)
- ZULUAGA, D. (19 de Mayo de 2008). *TENDENCIAS ACTUALES DE LOS SISTEMAS PENALES: CONSIDERACIONES EN TORNO A LA CRIMINALIZACIÓN DE CONDUCTAS RELACIONADAS CON EL CONSUMO DE DROGAS*. Obtenido de UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA:  
<https://www.redalyc.org/pdf/1290/129016876008.pdf>

# ANEXOS



**ANEXO #1 – ENTREVISTA A FISCAL Y ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO DE LA  
PROFESIÓN**



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA DE SANTA ELENA  
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD  
CARRERA DE DERECHO**



**PROYECTO DE INVESTIGACIÓN: “EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO DE  
GÜNTHER JAKOBS Y EL DERECHO PENAL SIMBÓLICO, EFECTOS EN EL  
SISTEMA PENAL ECUATORIANO”.**

**INVESTIGADOR: RODRÍGUEZ DE LA ROSA KELVIN**

Entrevistado:

Fecha de entrevista:

Lugar de entrevista:

1. ¿Qué opina acerca del artículo 59 del COIP, en el que se establece que las penas privativas de libertad pueden ser de hasta 40 años? ¿Considera que es el precepto normativo es muy punitivista?
2. ¿Cuál es su criterio acerca de la política criminal que limita el tránsito de dos personas en una misma moto, para contrarrestar los sicariatos?
3. En la reforma al COIP en materia anticorrupción, de fecha 17 de febrero del 2021, se promulgó el delito de “sobre precios en la contratación pública”, ¿Considera necesaria dicha tipificación, en vista que estas conductas ya estaban subsumidas en el delito de peculado?
4. ¿Qué opina sobre los artículos 698 y 699 del COIP, respecto a la excepcionalidad de acceso al régimen semiabierto y abierto?
5. Más allá de la incompatibilidad con el Estado de Constitucional, ¿Qué opina de la teoría de Günther Jakobs, respecto a la aplicación de la custodia de seguridad (penas indeterminadas) en los delincuentes foco de peligro?

**ANEXO #2 ENCUESTA DIRIGIDA A ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO DE LA  
PROFESIÓN**



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA DE SANTA ELENA  
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD  
CARRERA DE DERECHO**



**PROYECTO DE INVESTIGACIÓN: “EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO DE  
GÜNTHER JAKOBS Y EL DERECHO PENAL SIMBÓLICO, EFECTOS EN EL  
SISTEMA PENAL ECUATORIANO”.**

**ENCUESTA DIRIGIDA AL ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO DE LA PROFESIÓN**

Objetivo: Analizar la opinión jurídica de los abogados en libre ejercicio de la profesión, con relación a la legislación penal y política criminal aplicada en el sistema penal ecuatoriano, para la valoración de la incidencia del Derecho Penal del Enemigo y el Derecho Penal Simbólico.

1. El artículo 59 del COIP prevé que las penas privativas de libertad pueden ser de hasta 40 años, ¿considera usted que ese precepto normativo es muy punitivista?

Sí, son muchos años

No

Intrascendente, porque no se aplica

2. ¿Cómo califica la política criminal de limitar el tránsito de dos personas en una misma moto, para contrarrestar los sicariatos?

Eficaz

Ineficaz

3. ¿Considera que se vulnera el principio de presunción de inocencia, al publicarse en los medios de comunicación social y vallas publicitarias los rostros y nombres de quienes son aprehendidos en delitos flagrantes?

Sí

No

4. En la reforma al COIP de 2021, la pena máxima de privación de libertad en el delito de cohecho pasó a ser 7 a 10 años, ¿considera que el aumento de 3 años de privación de libertad constituye una medida eficaz para prevenir la comisión de este delito?

Sí

No

5. ¿Considera que la eliminación de la tabla de sustancias estupefacientes y psicotrópicas sería una política criminal eficaz para reducir el microtráfico y consumo de drogas?

Sí

No

6. ¿Considera que los medios de comunicación social, a través de la criminología mediática, tienen influencia en la toma de decisiones respecto a la política criminal aplicada en el país?

Sí

No

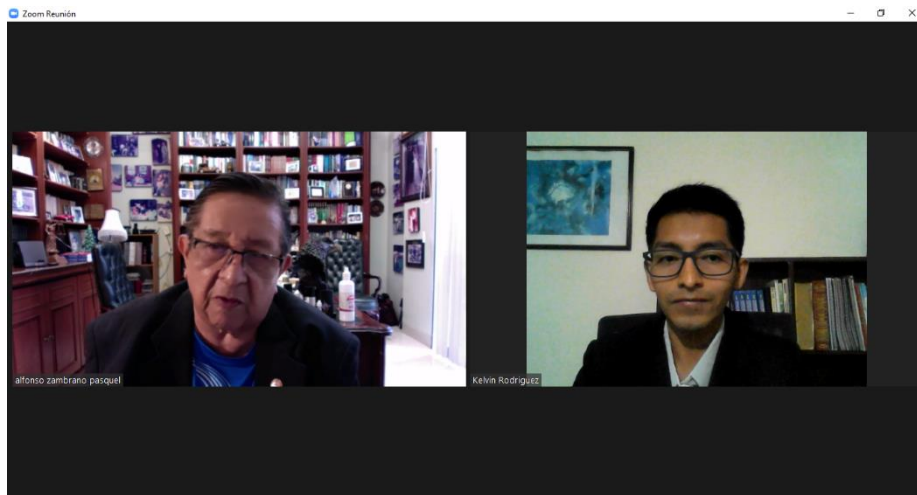
7. ¿Cómo califica las técnicas legislativas aplicadas por la Asamblea Nacional en materia penal?

Buena

Regular

Mala

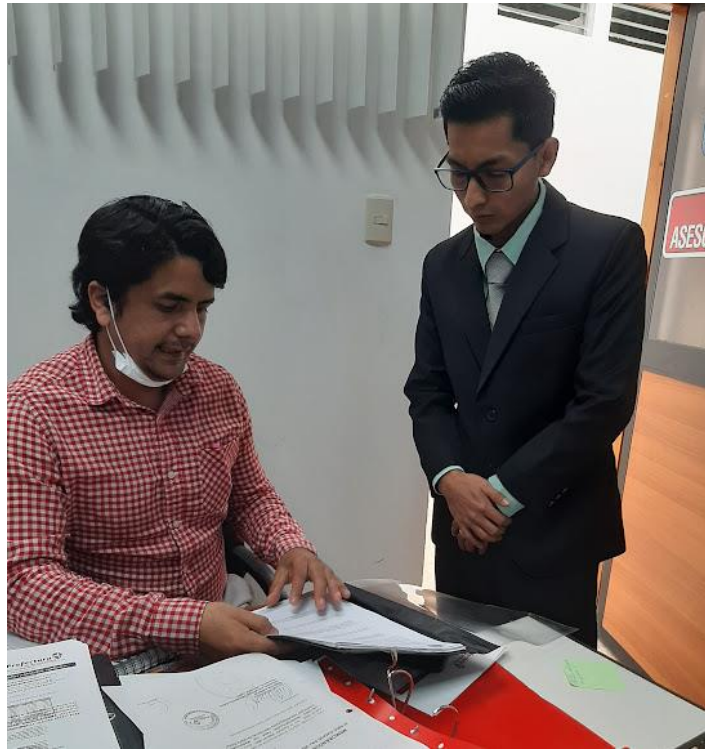
**ANEXO #3 – ENTREVISTA AL PROF. H. DR. ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL,  
MSC**



**ANEXO #4 – ENTREVISTA A FISCAL DEL CANTÓN SALINAS, AB. WAGNER  
SAMUEL SELLÁN ZAMBRANO, MGT.**



**ANEXO #5 – ENTREVISTA AL AB. ENZO NAVIA CEDEÑO, MGT., ESPECIALISTA EN DERECHO PROCESAL PENAL**



**ANEXO #6 – ENTREVISTA AL AB. FÉLIX JAVIER HERRERA ORRALA, ABOGADO EN LIBRE EJERCICIO DE LA PROFESIÓN EN ÁMBITO PENAL**

