



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO: LOS DELITOS CONTRA LA
ESTRUCTURA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos
establecidos para optar por el título de Abogado de los Juzgados y Tribunales
de la República

Profesor Guía
Msc. Edison Alonso Fonseca Garcés

Autor
Renato Nicolás Molina Galarza

Año
2017

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

Edison Alonso Fonseca Garcés
Magister en Ciencias Sociales con mención en Antropología
C.C. 060277007-5

DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR

“Declaro haber revisado este trabajo, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

Elsa Irene Moreno Orozco

Magíster en Derecho Penal y Criminología

C.C. 170540371-3

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”.

Renato Nicolás Molina Galarza

C.C. 175162244-8

AGRADECIMIENTOS

Agradezco de todo corazón a mi tutor Edison Alonso Fonseca por brindarme sus vastos conocimientos, al profesor Ramiro Ávila Santamaría por su valioso aporte en la presente investigación y a la Universidad de las Américas.

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mis padres Mónica y Fran por su amor y apoyo permanente, a Hilda por enseñarme el valor de la bondad y a la memoria de mi hermano Gabriel a quien siempre recordaré.

RESUMEN

El presente ensayo, propone como hipótesis de trabajo, la existencia de una contradicción jurídica entre la Constitución de la República del Ecuador, la cual observa una orientación neoconstitucional que incorpora elementos de garantismo jurídico, con respecto a los tipos penales contenidos en el capítulo sexto del Código Orgánico Integral Penal, titulado: *Delitos contra la estructura del Estado constitucional*, los cuales al alinearse a la teoría del derecho penal del enemigo, legitiman la criminalización sistemática del derecho a la protesta social, tales tipos penales no corresponden a un Estado constitucional de derechos y garantías.

Este trabajo, desde una perspectiva teórica crítica, a partir de las escuelas del garantismo penal y el funcionalismo teleológico-valorativo, propone un enfoque exegético-dogmático del problema, que a través de un tratamiento técnico-valorativo identifica y examina los tipos penales que observan una base ideológica del derecho penal del enemigo. Se estudian casos judiciales que evidencian la afectación de derechos, garantías y vulneración al debido proceso, aclarando la necesidad de formular una nueva legislación penal que garantice la plena correspondencia de los tipos penales del Código Orgánico Integral Penal con la Constitución de la República.

Palabras clave: neoconstitucionalismo, garantismo, biopolítica, enemigo, resistencia, criminalización.

ABSTRACT

The present essay, proposes as a working hypothesis, the existence of a legal contradiction between the Constitution of the Republic of Ecuador, which observes a neo-constitutional orientation that incorporates elements of criminal guarantism, with respect to the crimes contained in chapter six of Criminal Code, entitled: *Offences against the structure of the constitutional State*, aligning with the theory of enemy criminal law, that legitimize the systematic criminalization of the right to social protest, those crimes do not correspond to a constitutional State of rights and guarantees.

This work, from a critical theoretical perspective, beginning with the schools of criminal guarantism and teleological-evaluative criminal functionalism, proposes an exegetical-dogmatic approach to the problem, through a technical-evaluative treatment identifies and examines the crimes that observe an Ideological basis of theory of enemy criminal law. The judicial cases studied prove the affectation of rights, guarantees and infringement to due process, clarifying the need of formulate a new criminal legislation that guarantees the full correspondence of the criminal types belonging to Criminal Code with the Constitution of the Republic.

Keywords: neo-constitutionalism, guarantism, biopolitics, enemy, resistance, criminalization.

2.1 Principales escuelas jurídicas-dogmáticas del derecho penal.....	13
2.1.1 Finalismo	13
2.1.2 Diferenciación dogmática entre el funcionalismo teleológico-valorativo y el funcionalismo radical	13
2.1.3 Garantismo penal	14
2.2 El derecho penal del enemigo como tecnología de control social	15
2.2.1 El biopoder estatal de coerción social	15
3. CAPÍTULO III. EL GARANTISMO PENAL Y EL FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO-VALORATIVO FRENTE AL FUNCIONALISMO RADICAL.....	21
3.1 La dignidad humana en el Estado constitucional de derechos y garantías.....	21
3.2 Consideraciones críticas de la aplicación de la teoría social de sistemas de Luhmann en la teoría del derecho	23
3.3 El funcionalismo penal teleológico-valorativo y el garantismo penal como modelos jurídicos-dogmáticos para la política criminal del Ecuador.....	25
3.4 El derecho penal del enemigo en el ejercicio del poder punitivo del Estado ecuatoriano.....	26
3.4.1 El contexto nacional de la legislación penal inconstitucional.....	26
3.5 Análisis de los tipos penales del capítulo sexto del Código Orgánico Integral Penal con base ideológica en el derecho penal del enemigo.....	28
3.5.1 Estudio técnico-valorativo de identificación de DPE en los tipos penales y casos ejemplificativos estudiados.....	54
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	56
4.1 Conclusiones.....	56
4.2 Recomendaciones.....	57
REFERENCIAS.....	59
ANEXOS.....	67

INTRODUCCIÓN

El ensayo aborda como problema jurídico e hipótesis de trabajo, que el capítulo sexto del Código Orgánico Integral Penal (COIP) *Delitos contra la estructura del Estado constitucional*, contiene tipos penales que dogmáticamente se ubican en la categoría del funcionalismo penal radical y a criterio de este ensayo alineados a la teoría del derecho penal del enemigo (DPE) generándose una contradicción deóntica del COIP con la Constitución de la República del Ecuador, al estar orientada esta última bajo los preceptos del neoconstitucionalismo garantista y una visión integral de derechos humanos. Los tipos penales que justifican la criminalización sistemática y selectiva de enemigos, no corresponden a un Estado constitucional de derechos, pues afectan precisamente los derechos fundamentales de los ciudadanos. Este trabajo desde una perspectiva teórica que parte de las escuelas dogmáticas del garantismo penal y el funcionalismo teleológico valorativo, propone un método de estudio exegético-dogmático que permite abordar críticamente al problema.

El primer capítulo aborda los antecedentes filosóficos del DPE, se estudia su teoría, concepción, características y posturas críticas hacia la teoría. El segundo capítulo identifica la condición biopolítica del Estado ecuatoriano, a partir de la institucionalización de mecanismos de disciplinamiento social, operados por las agencias punitivas de verticalización social y el proceso de estereotipación del enemigo a través de los mass media. En el tercer capítulo se cuestiona la teoría del funcionalismo radical a partir de las concepciones jurídicas-dogmáticas del funcionalismo penal teleológico-valorativo y del garantismo penal, escuelas del pensamiento jurídico consecuentes con una perspectiva de respeto a la dignidad humana, la cual se ve afectada por la criminalización sistemática del derecho a la protesta social y las restricciones de las garantías procesales de los enemigos. Se finaliza con la aplicación del método de estudio exegético en los tipos penales que integran una base ideológica del DPE y a través de un análisis técnico-valorativo se repasan casos judiciales que evidencian vulneraciones de derechos humanos y del debido proceso. Finalizando con las conclusiones y recomendaciones de la investigación.

CAPÍTULO I. EI DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

1.1 Antecedentes filosóficos del derecho penal del enemigo

1.1.1 El enemigo en la filosofía antigua

La construcción de la concepción del “enemigo” se rastrea desde la antigua Roma, en ese contexto histórico civilizatorio se planteó la distinción entre el enemigo personal (inimicus) y el enemigo político (hostis), a este último era legítimo hacerle guerra (Zaffaroni, 2009, p. 22). En el digesto romano se diferencia a los enemigos internos de los externos, descalificando a estos últimos como “ladrones y piratas” seres contrarios a la sociedad, a los cuales era necesario aniquilar (Ambos, 2006, p. 122).

Por otra parte en un contexto histórico, político y filosófico distinto, en la Grecia antigua se identifica al enemigo en el mito de Prometeo, narrado por Protágoras, al que hace referencia Platón en uno de sus diálogos, en donde Zeus explica a Hermes que a quien no hace suyas las costumbres y el derecho de la sociedad, se le puede eliminar como a un miembro enfermo del Estado (Platón, 1985, p. 527). Esto, constituye un antecedente de la categoría dogmática de la prevención especial negativa.

En *La República*, Platón menciona la noción de justicia de Trasímaco, quien sostiene que al establecer las leyes los que gobiernan, estas presentan sus intereses como lo justo para los gobernados y el que no las acepta es sancionado como transgresor de la justicia (Platón, 2007, p. 33). Aristóteles en su *Política* sostiene que quien rechaza la vida en sociedad no es ciudadano y solo puede ser un Dios o una bestia (Aristóteles, 2005, p. 44). La distinción entre ciudadano y enemigo es una manifestación del DPE.

1.1.2 El enemigo en la filosofía medieval

1.1.2.1 La retribución divina y la inocuización del ser humano

Históricamente el ejercicio del poder punitivo tuvo su base ideológica en la teoría de la retribución divina, que concibe el delito como infracción de la ley de Dios (Albán, 2006, p. 19). El enunciado bíblico que dispone el amor al prójimo y el odio al enemigo (Mateo 5:43) resulta una premisa para la creación de mecanismos jurídicos, que basados en el poder pastoral establecieron sistemas biopolíticos de disciplinamiento social y exclusión de los enemigos de la Iglesia católica.

Por su parte, Aquino concibe al Estado como un ente facultado para emplear medidas de exclusión del criminal. Propone la aplicación de la prevención especial negativa, partiendo de una concepción de proteccionismo social, que no es legítima cuando los mecanismos jurídicos para limitar la criminalidad, constituyen abuso del poder punitivo. La noción de peligrosidad del delincuente expuesta por Aquino se considera también un antecedente ideológico del DPE.

Según Aquino (1978, pp. 448-449) Dios otorga el ejercicio del poder punitivo a las instituciones del Estado, para garantizar la salud social. Así como es lícito amputar un miembro gangrenado para salvar la salud del resto del cuerpo, lo es también eliminar al criminal mediante la supresión física.

1.1.3. El enemigo en la filosofía moderna

1.1.3.1 La concepción punitiva en el idealismo trascendental alemán

La moral al ser un imperativo categórico es elemento constitutivo en la base de cualquier modelo punitivo. Al respecto Kant menciona que si una sociedad se disuelve con el consentimiento de sus habitantes o si un pueblo decide dispersarse, en primer lugar, se debería ejecutar hasta el último asesino detenido en prisión, para que paguen la pena por sus crímenes y que la culpa de los mismos, no caiga sobre el pueblo, por no imponer los castigos (Kant citado en Albán, 2006, p. 19). Kant concibe al sistema penal como un mecanismo disciplinario útil para la dirección de la

conducta del ser humano y considera a la pena como elemento basado en la retribución moral. En relación, Jakobs (2006, p. 14) afirma que es mandatorio separarse de quien no acepta incluirse bajo un orden civil.

Fichte, propone una concepción contractualista en la cual, los derechos humanos sean una garantía supeditada al contrato social, es decir que los derechos humanos pertenecerán a los ciudadanos siempre y cuando el contrato social tenga vigencia. Para el filósofo la conducta del infractor anula el contrato social y por tanto, los derechos ciudadanos concebidos en el desaparecen. Como resultado el infractor deja de ser ciudadano para convertirse en un ente peligroso y ajeno a la sociedad. Jakobs (2006, p. 27) se remite a Fichte, señalando que quien rompe el contrato ciudadano de modo voluntario o por imprevisión, traicionando la confianza que la sociedad había puesto en su prudencia, pierde sus derechos como ciudadano y ser humano, pasando a integrar un estado de ausencia completa de los mismos.

1.1.4 El contractualismo y el derecho penal del enemigo

1.1.4.1 El *ius puniendi* y la defensa del contrato social

La visión punitiva de los filósofos contractualistas comprende un antecedente de legitimación del DPE. Según esta concepción el Estado se forja como ente dotado de potestad ilimitada e irrestricta para criminalizar a quienes pongan en peligro su condición de Leviatán. Con relación a esto, Hobbes (1993, p. 57) señala que se debe velar por la seguridad con castigos y no con acuerdos, pues la seguridad sólo puede garantizarse cuando toda injuria obtenga un castigo ejemplar.

Hobbes sostiene que a través del contrato social, se transfieren los derechos naturales al ente regulador (Leviatán) para superar el *status naturalis* y configurar el *status civilis*. Para el filósofo, los enemigos son aquellos que no han superado el estado de *Bellum omnium contra omnes* y voluntariamente decidieron no regirse por las normas de convivencia social establecidas (Hobbes, 1999, p. 142). Al no existir garantía cognitiva en los enemigos, el Estado debe aplicar mecanismos punitivos de

prevención, que operan a través de la exclusión de los seres peligrosos, garantizándose la protección de aquellos que sí ofrecen garantía cognitiva.

Jakobs y Meliá (2006, p. 14) mencionan que si llega a desaparecer la expectativa que se tiene acerca del comportamiento del ciudadano, la cual consiste en el poderío que posee la persona para disponer de la dirección permanente de su conducta, basada en derechos y obligaciones, la persona se reducirá a un simple postulado y en su lugar aparecerá el individuo interpretado cognitivamente, dando lugar al surgimiento del ser peligroso, etiquetado como enemigo.

Para Rousseau, el derecho a ser considerado ciudadano, es otorgado por el Leviatán a las personas a través del contrato social. Quien comete un delito destruye el contrato social y consiente implícitamente en ser despojado de su calidad de ciudadano y ser considerado un *Der fremde*. La concepción punitiva de Rousseau se enmarca en un derecho penal de guerra, en donde todo aquel que ataque el derecho social, se convierte en traidor a la patria, dejando de ser miembro de ella por violar sus leyes y hacerle guerra (Rousseau, 2006, p. 24). Según Rousseau la pena tutela la seguridad social, por lo tanto la inocuización del enemigo es un elemento eficaz aplicado por el Leviatán para garantizarla. La pena de muerte infligida a los criminales puede considerarse similar a la defensa propia para no ser víctima de un asesino. Un individuo que degenera en delincuente consiente en morir por este hecho (Rousseau, 2006, p. 24).

La peligrosidad del individuo es aspecto central en la concepción punitiva de Rousseau y guarda relación con la tesis de Jakobs, la cual sostiene que la coacción no pretende significar nada por sí misma, sino que procura ser efectiva, lo cual implica que no está dirigida a la persona en derecho, sino contra el individuo peligroso (Jakobs y Cancio Meliá, 2006, p. 24).

1.1.4.2 Locke y el derecho penal de emergencia

Según Locke (2006, p. 22) cuando un ciudadano genera violencia atentando contra la estructura social, surge un estado de guerra, que anula las garantías ciudadanas emanadas del contrato social, volviéndose legítima la potestad individual o estatal para suprimir físicamente a quien

constituye una amenaza. En el estado de guerra está permitido matar al enemigo, pues ese es el riesgo al que se expone quien genera un estado de guerra en el cual es agresor (Locke, 2006, p. 24). Para Locke a la persona que declara la guerra a uno, se le debe suprimir físicamente como si se tratase de una criatura carnívora (Locke citado en Ambos, 2007, p. 85). El criterio de Locke es antecedente del derecho penal de emergencia, categoría dogmática que permite ante una situación bélica o que produzca temor generalizado a la ciudadanía, la supresión por un espacio de tiempo determinado, de los derechos y garantías ciudadanas de quienes atenten contra el Estado y la estructura social.

1.1.5 El enemigo en la reflexión de Foucault

Para Foucault (2002, p. 46) el *ius puniendi* se traduce en la potestad auto adquirida por el soberano para iniciar una guerra a sus enemigos, el poder disciplinario constituye un elemento preventivo de domesticación social y enderezador de conductas (Foucault, 2002, p. 157). Para el efecto, la biopolítica comprende la intervención en los cuerpos y el control de la vida humana por parte del Estado, mediante dispositivos y tecnologías. En este estado de existencia inauténtica del individuo se construye el *sujeto sujetado* al sistema.

La garantía cognitiva es abordada por Foucault (2007, p. 167) en su obra *la Historia de la Sexualidad. Voluntad del saber*, donde analiza la premisa “hacer vivir o dejar morir”, manifestando que la abolición de la pena de muerte ya no permite al soberano eliminar a su enemigo, sin embargo aún conserva la potestad de anular los derechos humanos de sus enemigos, hasta llevarlos al punto contiguo con la muerte, debido a que quien no ofrece garantía cognitiva se vuelve un ser incorregible, representando un peligro biológico para quienes sí ofrecen garantía cognitiva, presupuesto necesario para mantenerse en el contrato social. Así, se instrumentaliza la política antidelincuencial, para neutralizar al enemigo, invisibilizando el poder disciplinario subyacente, bajo la coartada de la pena con fines humanitarios.

1.2 Teoría del derecho penal del enemigo

Günter Jakobs acuñó el término *Feindstrafrecht*. En su ponencia *Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico*, durante las jornadas de penalistas alemanes celebrada en Frankfurt en el año de 1985, es a partir de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos que la teoría del DPE adquiere relevancia (Abanto, 2006, p. 6). Según Gracia Martín el DPE es la regulación jurídica de la exclusión de los enemigos, se justifica en que estos se constituyen en no personas, en el contexto de una lógica de guerra, cuyo alcance, limitado o total, depende de lo que se teme de ellos (Gracia, 2005, p. 8). La teoría de Jakobs expone una dicotomía normativa diferenciadora para ciudadanos y enemigos, utilizada por los Estados biopolíticos, a través de dos modelos de ejercicio del poder punitivo, el primero dirigido a personas que ofrecen garantía cognitiva (derecho penal del ciudadano) y el segundo a los enemigos del Estado (DPE).

Jakobs propone interpretar al enemigo desde el plano deontológico y no ontológico, pues los enemigos representan un peligro para la sociedad y el ordenamiento jurídico. Esta teoría dogmática responde a un modelo de pensamiento jurídico, que la doctrina especializada denomina funcionalismo normativo o radical y se estructura a través de la teoría social de sistemas expuesta por Luhmann. La teoría de Jakobs carece de suficiente base empírica para comprender la naturaleza real del fenómeno criminal. Su análisis subjetivo, pretende transformar la “condición humana”, elemento inherente al sujeto activo de un delito, a la “condición de enemigo público”, justificándose así la limitación de sus derechos y garantías, constitucionales y procesales.

Actualmente, hay una reestructuración de la teoría de Jakobs en el pensamiento de Schilling, quien a partir de la heurística del temor, aporte doctrinario de Hans Jonas, pretende legitimar el DPE desde una noción contractualista que concibe al Estado, como garante de la seguridad ciudadana. Esta reestructuración de la teoría de Jakobs planteada por Schilling, conserva la esencia del DPE, aunque matizada por un enfoque humanista, omitiendo los conceptos más polémicos de esta teoría.

El nuevo DPE se justifica como lucha antiterrorista, cuyo mecanismo disciplinario y de control social limita los derechos de quienes disienten con el sistema. Al respecto, Zaffaroni cuestiona el DPE, considerando que la admisión jurídica del concepto de enemigo en el derecho (cuando no es rigurosamente de guerra), históricamente siempre ha sido la fuente del autoritarismo destructor del Estado de derecho (Zaffaroni, 2006, p. 23).

La lucha del Estado-Leviatán en contra del enemigo se realiza a través de las instituciones de control punitivo, que en base al derecho penal de autor, examinan al enemigo desde un plano subjetivo, sancionando la identidad del individuo y no la ejecución de un acto punible. De esta manera el enemigo no es quien realiza el acto típico, antijurídico y culpable, sino aquel que desde la interpretación subjetiva de las autoridades de las instituciones punitivas del Estado, representa peligro para la sociedad. Esto, legitima el derecho penal de emergencia que restringe derechos fundamentales y garantías procesales, pues según Foucault (2002, p. 166) lo que compete a la penalidad disciplinaria es la inobservancia y las desviaciones, todo lo que no se ajusta a la regla y se aleja de ella. En el contexto ecuatoriano el DPE es una teoría dogmática penal aplicada por el Estado a través de las instituciones punitivas, para la criminalización de los actores sociales que disienten con las políticas de gobierno.

1.2.1 Características del derecho penal del enemigo

1.2.1.1 Amplio adelantamiento de las barreras punitivas

Consiste en la aplicación del ejercicio del poder punitivo, a pesar que la conducta del individuo aún no ha producido la afectación de un bien jurídico. Ferrajoli (1998, p. 93) a través de la teoría de los axiomas del garantismo (Ver Anexo 2) explica los dos presupuestos necesarios para la existencia de un delito: primero, debe existir una conducta humana producida por una persona con capacidad cognitiva y volitiva (axioma A5) segundo, dicha conducta debe lesionar un bien jurídico protegido (axioma A4) en contraposición, el DPE criminaliza al ciudadano por el riesgo aparente que su sola existencia representa para la sociedad, mas no por el cometimiento de un injusto penal, el adelantamiento de las barreras

punitivas vulnera el principio de lesividad contemplado en el artículo 22 del COIP.

1.2.1.2 Penas previstas desproporcionadamente altas

El DPE basado en el derecho penal de autor, genera la estereotipación del enemigo por su pertenencia a un grupo considerado peligroso para el Estado. Las instituciones punitivas emplean el derecho procesal del enemigo para criminalizar al contestatario, desplegando un poder punitivo con penas excesivas, transgrediendo el principio de proporcionalidad tutelado en el artículo 76 numeral 6 de la Constitución de la República. El derecho procesal del enemigo permite a jueces aplicar el máximo de la pena contemplada en un tipo penal con agravantes, sin la necesidad de pruebas fehacientes que permitan evaluar si la conducta del procesado amerita la aplicación de tales agravantes materializados en el tipo penal.

1.2.1.3 Garantías procesales relativizadas o suprimidas

La concepción contractualista afirma que la ruptura del contrato social genera un estado de guerra con el enemigo, el cual al ingresar en la categoría de *Unpersonen*, es despojado de su calidad de ciudadano, haciendo que sus derechos fundamentales y garantías procesales sean suprimidos; eliminando su capacidad jurídica para defenderse. En la legislación ecuatoriana el DPE subyace en la dicotomía amigo-enemigo planteada por Carl Schmitt, aplicada por el Estado a través de un derecho penal de emergencia, que faculta a las agencias de control punitivo para limitar o suprimir las garantías procesales de los enemigos, tales como las contempladas en el capítulo dos del título segundo del libro preliminar del COIP; *Garantías y principios rectores del proceso penal*, así como los preceptos que integran el capítulo dos del título cuarto del libro segundo del mismo cuerpo legal; *Actuaciones y técnicas especiales de investigación*.

1.2.2 Consideraciones críticas a la teoría del derecho penal del enemigo

1.2.2.1 La problemática de la garantía cognitiva

El concepto de garantía cognitiva propuesto por Jakobs, legitima la aplicación de un derecho penal de autor, con el cual se criminaliza al ciudadano no por el cometimiento de un acto punible, sino por su pertenencia a un grupo estereotipado socialmente. El sistema punitivo biopolítico, criminaliza a los actores sociales que no ofrecen la garantía cognitiva requerida para ser sujetos de derechos. Para llegar a tal determinación, se parte de la categoría binaria amigo-enemigo, generando una criminalización de todo individuo o colectivo social que disienta con las políticas de gobierno. Esta categoría es defendida por Jakobs (2006, pp. 39-40) argumentando que la persona al integrar un grupo criminal, se aparta de forma concreta del derecho, desposeyéndose de la garantía cognitiva mínima, que se le exige para considerársele persona.

1.2.2.2 Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo

Los Estados biopolíticos, como guerra preventiva contra el terrorismo, promueven un modelo legislativo que utiliza dos ejercicios del poder punitivo, el primero dirigido a los ciudadanos denominado (derecho penal común) y el segundo a los enemigos del Estado y de la sociedad, denominado (derecho de excepción). El ius puniendi según Foucault (2002, p. 46) es el derecho del soberano a hacer la guerra a sus enemigos.

Según Gracia Martín (2005, p. 5) el derecho penal del ciudadano se aplica para las infracciones cometidas por las personas que poseen el estatus de ciudadano, tales actos desvalorados se conciben como un abuso suscitado en los vínculos sociales. Mientras que el DPE se aplica para aquellas personas que no ofrecen garantía cognitiva, por su pertenencia en un grupo cuyo actuar sea reprochable por considerársele atentatorio contra el Estado y la sociedad (Gracia, 2005, p. 6). La propuesta de Jakobs acerca de la aplicación de dos ejercicios del poder punitivo es incompatible con el modelo constitucional garantista y dignatario. Roxin

(1997, p. 137) manifiesta que el ordenamiento jurídico debe disponer de medios que limiten el empleo de la potestad punitiva, para evitar que el ciudadano resulte afectado por la intervención excesiva del Estado-Leviatán. Los medios a los que hace referencia Roxin son los principios procesales contemplados en el artículo 5 del COIP, sin embargo la persecución de los enemigos mediante la aplicación de un derecho procesal del enemigo, anula tales principios.

1.2.2.3 El no-humano y la criminología del otro

1.2.2.3.1 Crítica al DPE desde la teoría psicoanalítica y la teoría antropológica de la unida psíquica

En *El malestar en la cultura*, Freud (1992, p. 68) concibe al “otro” como un objeto externo que se contrapone al yo. A través de la teoría psicoanalítica se puede comprender la metafísica del otro y superar la incertidumbre y rechazo que siente la sociedad hacia lo que se considera “ajeno” o “extraño”. Merlau-Ponty en la *Fenomenología de la percepción*, sortea el esquema clásico de alteridad *yo-otro* y que en la teoría de Jakobs se expresa en la dicotomía *amigo-enemigo*. La propuesta de superación del solipsismo como patología social se alinea con la visión fenoménica de Kant, que concibe la dualidad entre el *homo phaenomenon* (*sujeto activo de un delito*) y el *homo noumenon* (*sujeto racional*) considerando que ambos seres son ontológicamente iguales (Sánchez Ostiz, 2008, p. 197).

Hegel (2009, pp. 286-301) en la dialéctica del amo y el esclavo, relata como el ser humano al sentirse diferente a otro, genera en sí mismo un estado de alienación. El estado de alienación colectiva forja una sociedad solipsista, solo superable mediante un pensamiento inclusivo que diste de un DPE, a través de la creación de una correcta política criminal que analice el fenómeno criminal como problema de toda la sociedad y no como un fenómeno unidimensional. Para Stratenwerth (1993, p. 685) el derecho penal debe proteger de forma equiparable tanto a los bienes jurídicos como a las relaciones vitales, superando el solipsismo del ser humano posmoderno para abandonar como dice Manuel Abanto (2006, p. 43) la visión antropocéntrica y entendernos como parte de un todo.

Los enfoques expuestos aportan a la configuración de una política criminal en donde los ciudadanos procesados por un delito o que cumplen una pena privativa de libertad, no sean considerados infrahumanos, enemigos del Estado o de la sociedad. La noción de enemigo de Jakobs es empíricamente cuestionable, pretende justificar la limitación o supresión total de derechos, sosteniendo que los enemigos a los que denomina *Unpersonen*, son biológicamente diferentes a los demás ciudadanos. Su concepción alineada con el pensamiento de Carl Schmitt y Edmund Mezger, propone una dicotomía diferenciadora entre individuo y persona, en donde el primero es real y pertenece al campo ontológico, mientras el segundo es irreal y pertenece al campo deontológico. En contraposición, la teoría de la unidad psíquica de la humanidad, planteada por Tylor concibe la existencia de una igualdad biológica y psicológica inherente a todos los seres humanos (Palerm, 2004, p. 73). Clasificar a las personas en: humanos y no humanos, carece de base científica e implica una especulación limitante del estudio crítico del derecho.

La ciencia define con el término persona a todo ser humano independientemente de su situación legal. Kant considera que el *homo phaenomenon* al cometer un delito pierde su personalidad civil, sin embargo aún posee su personalidad innata, la cual constituye la esencia del ser y no puede ser restringida por un sistema punitivo discriminador. Es imperante que la condición de persona se entienda como un imperativo categórico, que conciba al ser humano dentro del campo ontológico y no solo deontológico. La persona es en sí misma una estructura biológica dotada de personalidad humana, la generación del estatus de persona a partir de un constructo normativo segregador es atentatorio en un Estado de derechos y garantías; la persona se remite a una realidad ontológica que es previa al derecho. La categoría *Unpersonen* constituye una visión epistemológica reducida del ser humano, que limita el estudio progresivo de la criminología científica y diverge con el derecho a la dignidad humana. La problemática criminal no debe entenderse desde la dicotomía amigo-enemigo, pues cuando el Estado replica a través de los mass media las ideas del DPE para etiquetar públicamente a sus enemigos, se genera un proceso de alienación colectiva, que reproduce el odio hacia los ciudadanos criminalizados penalmente.

CAPÍTULO II.

LA INSTRUMENTALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO COMO TECNOLOGÍA DE CRIMINALIZACIÓN SOCIAL

2.1 Principales escuelas jurídicas-dogmáticas del derecho penal

2.1.1 Finalismo

En la tendencia finalista, el punto de partida para el análisis penal tiene que ver con considerar que la acción humana está dirigida, conforme un plan, a la consecución de un propósito (Albán, 2006, p. 64). Esta escuela representada por Welzel sintetizó el modelo dogmático para interpretar la problemática criminal, sin embargo presentó problemas no resueltos por la doctrina especializada, uno de ellos fue el paradigma de la acción como elemento indispensable de la teoría del delito. Autores como Radbruch intentaron que la acción sea funcional a la dogmática del derecho penal, teorizando sobre como la acción podía abarcar cada una de las formas delictivas posibles por el ser humano. Sin embargo como explica Rubén Carrizo (2009, p. 59) al no encontrar Radbruch, este concepto superior, que abarque todas las formas de comportamiento delictivo, optó por la supresión de la acción de la teoría del delito.

2.1.2 Diferenciación dogmática entre el funcionalismo teleológico-valorativo y el funcionalismo radical

La crítica de Claus Roxin al finalismo, partiendo de la axiología neokantiana, permite redescubrir cuestionamientos a esta corriente de pensamiento. Roxin (2009, p. 59) integra los aportes jurídicos de Radbruch para eliminar el presupuesto de la acción de la teoría del delito, manifestando que la acción posee un valor que denominó estético-arquitectónico (Roxin, 1962, pp. 515-520). Considerándose innecesaria su integración como elemento principal de la teoría del delito, pues no permitía resolver las problemáticas que procura solucionar el derecho penal.

Roxin propone superar la dicotomía entre derecho penal y política criminal, con la unidad sistémica integradora de ambas. En el funcionalismo teleológico-valorativo, el bien jurídico es imprescindible para proteger el sistema social, criterio que diverge de la teoría funcionalista de Jakobs.

Jakobs incorpora aportes de la teoría social de sistemas de Luhmann, para elaborar una teoría dogmática que busca la adecuación de las categorías jurídicas-penales a la prevención especial positiva. La teoría concibe sociedades estructuradas por normas, cuyos ordenamientos jurídicos-penales procuran garantizar su subsistencia, es decir, la ley penal existe estrictamente para proteger la estructura sistémica (Jakobs, 1997, p. 12).

El pensamiento dogmático funcionalista radical, evidencia una base ideológica punitivo-contractualista, considerando que los ciudadanos ofrecen expectativas de regirse por normas de convivencia social. Cuando un ciudadano vulnera la norma destruye el contrato social, obligando al Estado a reafirmar su condición de Leviatán, utilizando el derecho penal como mecanismo de reestructuración de esa condición, para Jakobs el fin del derecho penal es este, mas no resolver científicamente el fenómeno criminal, a través del estudio de las condiciones multidimensionales que conforman al ser delictivo.

2.1.3 Garantismo penal

El garantismo penal recibe aportes dogmáticos de la escuela clásica del derecho penal, el fundamento filosófico sobre el cual se construye su teoría es la máxima kantiana que conceptualiza al ser humano como un fin en sí mismo y no como un simple medio (Kant, 2010, p. 206). En el pensamiento de Ferrajoli, el garantismo es un sistema normativo que a través de principios dogmáticos, configura un referente epistemológico que permite la identificación de la desviación penal (Ferrajoli, 1998, p. 34). Que a la vez, tutela los derechos fundamentales y pretende minimizar el ejercicio del *ius puniendi*, a través de dos dimensiones, el sometimiento del poder punitivo judicial a la ley penal y el sometimiento del poder penal legislativo a las normas constitucionales (Ferrajoli, 2006, p. 11).

2.2 El derecho penal del enemigo como tecnología de control social

2.2.1 El biopoder estatal de coerción social

Históricamente el derecho penal se materializa a través de dos concepciones: *el derecho penal subjetivo* el cual concibe que el *ius puniendi* solo puede ser ejercido por el Estado y *el derecho penal objetivo* que a través del poder legislativo evita un posible uso arbitrario del poder punitivo por parte del Estado (Albán, 2006, p. 14).

La doctrina clásica evidencia como el Estado es el ente creador del ejercicio del poder punitivo, el cual para ser efectivo se manifiesta a través de las agencias del sistema penal, que forman parte de los mecanismos de disciplinamiento del comportamiento humano en sociedad. Zaffaroni (1996, p. 32) define al derecho penal como una forma de control social institucionalizado. Así, el poder es fundamentalmente aquello que reprime, especialmente la “naturaleza” o “los instintos”, de una determinada clase de individuos (Foucault, 1979, p. 135).

En la *Microfísica del poder*, Foucault (1979, pp. 83-84) analizó que el poder no constituye un elemento que pueda ser poseído, sino que constituye un elemento dinámico inmanente a las relaciones sociales. En cuyo tejido social, existe una guerra permanente originada por el antagonismo dicotómico entre dominador-dominado (Foucault, 1979, pp. 16-17). La dogmática penal contemporánea analiza este fenómeno social desde el derecho penal de emergencia, a través del cual el Estado en condición dominante asume la potestad para anular los derechos humanos del enemigo, generándose un estado de beligerancia perpetua. En este punto el derecho positivo es utilizado por el dominador como estrategia de guerra (Deleuze, 1987, p. 56).

Para comprender la naturaleza biopolítica de un Estado es necesario analizar la doble dimensión del biopoder: La *anatomopolítica* y la *biopolítica*. La primera tecnología permite comprender la tecnopolítica del castigo que estudia como el delincuente al romper el contrato social pasa de ser un ciudadano a un *Der fremde*, categorizado como enemigo peligroso para Estado y sociedad. También analiza la aplicación de la

penalidad semiotécnica que a través de un ejercicio racional del poder punitivo busca una aplicación más humanista del *ius puniendi*. La segunda tecnología del poder es la biopolítica. Aquí el poder Estatal ya no se dirige al individuo sino a la población, mediante una invasión total en la vida de los ciudadanos (Foucault, 2007, pp. 168-169). Pues se concibe a la población como un problema biológico y del poder (Foucault, s.f, p. 198).

El objetivo del Estado biopolítico es garantizar su propia existencia a través del poder disciplinario que ayuda al proceso de criminalización de aquel que represente peligro para los intereses estatales. El poder disciplinario según Foucault (2002, p. 158) es una técnica del poder dirigida a convertir a los ciudadanos en objetos e instrumentos de su ejercicio. El mismo tiene como función principal “enderezar conductas” para fabricar individuos obedientes (Foucault, 2002, p. 157).

El fin de la tecnología disciplinaria es imponer docilidad. En *Vigilar y castigar*, Foucault observa como el desprestigio y persecución de determinados sectores, responde a un mecanismo de control de los ciudadanos considerados enemigos del Estado. El DPE presente en el funcionalismo radical constituye un dispositivo de disciplinamiento social que procura ciudadanos sumisos al orden establecido. El DPE es un elemento ideológico, integrado desde la estructura literal de los tipos penales contemplados en los códigos penales, de las legislaciones que responden a un modelo político autoritario y restrictivo de derechos humanos. Los estados biopolíticos refuerzan los mecanismos jurídicos de control a través de sus instituciones como la policía y el ejército. Zaffaroni (1998, p. 28) al respecto explica que las instituciones punitivas ejercen un poder militarizado y verticalizador disciplinario, el cual recae sobre los sectores sociales carenciados y sobre los considerados diferentes o incómodos para el Estado.

La crítica del derecho realizada por Marx y Engels en *La sagrada familia*, examina que el derecho cumple una función utilitaria al ser usada como herramienta de las clases sociales dominantes para el control de las clases sociales sometidas. El derecho contemporáneo enuncia la

transición hacia una versión más humanista, revestida de la tutela constitucional de garantías y derechos sociales, ejercidos por todos por igual, sin embargo, la clásica dicotomía de control de una clase sobre otra, sigue vigente a través de la utilización del aparato legislativo como mecanismo represivo del Estado (Althusser, 1988, p. 8).

Para Althusser (1988, p. 6) el aparato de Estado, incluye no sólo al aparato especializado (en sentido estricto) mismo que se genera a partir de las exigencias de la práctica jurídica, como la fuerza policial, los tribunales y las prisiones, sino que esencialmente el ejército, actúa como fuerza represiva de soporte. El régimen refuerza su poder disciplinario a través de los medios masivos de comunicación, que según Wolf (1994, p. 115) son instrumentos que contribuyen a la construcción social de la realidad. De acuerdo a Donini (2006, p. 632) en los mass media, se encuentra exaltación al belicismo del derecho penal como arma contra los enemigos, para neutralizarlos es imprescindible desprestigiar su imagen permanentemente.

Así, los medios de comunicación contribuyen al proceso de enajenación colectiva, utilizado por el poder institucional para mancillar la imagen de los enemigos ante la opinión pública. Zaffaroni (2014, p. 428) denomina a la instrumentalización de los medios de comunicación y su uso para incidir en los procesos penales, como criminología mediática, en el cual según Sartori (1998, p. 36) la televisión se erige en un instrumento antropogenético que genera una permutación que revierte la naturaleza del homo sapiens deformándolo a un ser diferente.

El Gobierno nacional utiliza las cadenas de radio, televisión y la prensa como mecanismos de aplicación del *Labelling aproach*, generándose un proceso de etiquetamiento social por parte de la ciudadanía en contra de los ciudadanos a los cuales el Estado considera sus enemigos, se crea el ideario colectivo de repudio hacia ellos, logrando que la sociedad ingrese en lo que Heidegger denominó *vivir en estado de interpretado*, adoptando a los enemigos del Estado como propios.

El rechazo de las opiniones de aquellos que disienten con las políticas de gobierno se explica a través de la teoría de *La espiral del silencio* propuesta por Neumann, en donde la sociedad aísla y enmudece a quienes van en contra de las visiones mayoritarias, posicionadas por los medios de comunicación masivos, generando el temor de las personas a este potencial aislamiento y encausándolas hacia un alineamiento con lo “políticamente correcto”, que en nuestro contexto político se orienta a la necesidad de oprimir al enemigo.

Este proceso de alienación abarca jueces y fiscales, quienes adoptan el papel de inquisidores de aquellos que el Estado ha etiquetado como peligrosos. La distorsión de la realidad hace que los jueces ante la presión estatal y social, tomen decisiones populistas para satisfacer una población acrítica. Beccaria (1993, p. 98) argumenta que si consideramos enemigos a los procesados y a las personas privadas de libertad, el Juez a su vez se convierte en enemigo de estos. Siguiendo el aporte sobre *La banalidad del mal* de Hannah Arendt, el error cognitivo al que lleva un inadecuado y arbitrario uso de la información por parte de regímenes autoritarios, genera en la sociedad un estado de enajenación colectiva, bajo el cual cada ciudadano es cómplice de la criminalización masiva de los grupos sociales estigmatizados por el régimen.

El disciplinamiento social conducido por el poder, a través de los mass media y diversas tecnologías de control social, genera una sociedad que al ingresar en *suicidio anómico* se torna patológica. Según Durkheim (2008, pp. 277-278) el ser humano al carecer de capacidad para autorregularse, requiere la regulación externa para realizarse a través del poder moral emanado de la sociedad.

Deflem menciona que la sociedad funciona como un cuerpo moral disciplinario, que al sufrir un trastorno, originado por una crisis aguda, se vuelve incapaz de aplicar la base moral que erige su estructura social, ingresando en el estado de anomia, el cual a su vez degenera en el suicidio anómico, en este estado de ansiedad perpetua los ciudadanos predisponen su propia autodestrucción (Deflem citado en Ramírez de Garay, 2013, p. 48).

Ante el trastorno social generalizado, los Estados adoptan una posición defensiva, utilizando el derecho penal de emergencia, la guerra preventiva y el amplio adelantamiento de la punibilidad como mecanismos de exclusión de los enemigos. Así, la política criminal se vuelve reflejo del ideario acrítico de la ciudadanía, que a través de una concepción enajenada sobre la conducta punible de los procesados, presionan a las instituciones punitivas a aplicar su poder represivo exacerbado (Garland, 2002, p. 143).

Este populismo penal se evidenció en la persecución de ciudadanos de Oriente Medio y musulmanes, después de los atentados del 11 de septiembre del año 2001 en Estados Unidos, evento que abrió el debate acerca de la legitimación del DPE como método jurídico de lucha antiterrorista. En Ecuador el 30 S significó un evento clave para que el gobierno retorne al *Estado policial*, aplicando a través de las instituciones punitivas, el DPE y el derecho procesal del enemigo, como parte de la retórica proteccionista del Estado constitucional.

Los mecanismos biopolíticos de disciplinamiento tienen un ámbito de aplicación para todas las formas de agrupación humana. El decreto ejecutivo 016 emitido en 2013 y reformado en 2015 mediante el decreto 739 contempla varias causales que dan lugar a la disolución de una organización social. Los artículos del decreto presentan desde su tenor literal una estructura ambigua carente de tratamiento lógico deductivo, a través de este mecanismo de disciplinamiento social se justifica que una organización en libre ejercicio de sus objetivos sociales, pierda su existencia, al ser acusada de realizar actividades de política partidista, afectar a la seguridad del Estado o la paz social.

El decreto integra una cantidad excesiva de requisitos burocráticos y de costos elevados que dificultan la operabilidad de las organizaciones sociales en el Ecuador. Al respecto el informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai, determinó que en el Ecuador, las organizaciones sociales deben cancelar montos elevados de inscripción, los requisitos de capital para su constitución son hasta cinco veces más altos que los montos requeridos

para la constitución de las empresas ecuatorianas (Organización de las Naciones Unidas (ONU), 2015, p. 9).

El modelo biopolítico del Estado ecuatoriano, sugiere el control total de las organizaciones sociales, ampliar el margen de acción de los sectores sociales, limita el ámbito de disciplinamiento del Estado sobre los cuerpos de los individuos, lo que puede derivar en acciones de desestabilización para el gobierno. Una de las características esenciales de la sociedad de control es la vigilancia, pues los decretos otorgan a instituciones estatales la potestad para vigilar permanentemente a las organizaciones sociales, evaluándolas a través de criterios poco técnicos, para determinar si cumplen con los requisitos burocráticos necesarios para poder operar. En este escenario desfavorable las organizaciones sociales cuyas actividades sociales las hagan enemigas del régimen, adquieren notorias restricciones para operar, en comparación con las organizaciones que no figuran como opositoras. Las disposiciones del decreto contravienen el derecho a la libre asociación contemplado en el artículo 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Con respecto a la ilegitimidad del decreto, la ONU exhorta que para ejercer el derecho a la libertad de reunión pacífica no se necesita autorización previa de las autoridades (Organización de las Naciones Unidas (ONU), 2012, p. 23).

CAPÍTULO III.

EL GARANTISMO PENAL Y EL FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO- VALORATIVO FRENTE AL FUNCIONALISMO RADICAL

3.1 La dignidad humana en el Estado constitucional de derechos y garantías

En la concepción ético-filosófica kantiana (2010, p. 10) la dignidad constituye el valor intrínseco de la persona, un elemento que crea la condición para que el ser humano sea un fin en sí mismo. Por tanto la dignidad debe ser concebida como un elemento ontológico inmanente en el ser humano, del cual no puede ser despojado. Según el filósofo Pico della Mirandola (1984, p. 50) la dignidad constituye el único y verdadero destino que debe perseguir el ser humano.

La contradicción entre la dignidad humana y el DPE estriba en la segmentación de la sociedad, mediante la dicotomía humano y no humano realizada por Jakobs, proponiendo la aplicación de un ejercicio punitivo diferenciado para los enemigos del Estado. La Constitución de la República del Ecuador proclama: "(...) decidimos construir una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades" (Constitución de la República del Ecuador, 2008, preámbulo). Sin embargo el modelo punitivo basado en el DPE, promueve la criminalización de los sectores sociales y la estereotipación de los opositores al régimen, rompiendo con la naturaleza ontológica de la dignidad humana a la cual hace referencia Kant.

La aplicación de un derecho procesal del enemigo, limitador de las garantías procesales de los enemigos es atentatorio contra el debido proceso y el modelo constitucional garantista y dignatario. Acerca de la dignidad humana, la normativa internacional como la Carta de las Naciones Unidas proclama: "(...) la fe de los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres" (Organización de las Naciones Unidas, 1945, preámbulo).

A su vez, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de las Naciones Unidas sobre los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales conciben en sus preámbulos que la dignidad humana es un elemento intrínseco del ser humano y se erige como la base ontológica de todos los derechos fundamentales. La concepción de dignidad habermasiana materializada en los instrumentos internacionales citados, demuestra el esfuerzo histórico por instituir la dignidad humana como un imperativo categórico, el cual para ser efectivo, debe ser contemplado en los ordenamientos jurídicos internos de cada nación.

Dworkin por su parte, define a la dignidad como “el derecho a vivir en condiciones cualesquiera que sean bajo las cuales es posible o apropiado el propio autorespeto” (Dworkin, 1994, p. 305). En nuestra legislación la dignidad humana se reduce a la retórica de un discurso neoconstitucional, contradictorio con los tipos penales que criminalizan el ejercicio de la protesta social. En el modelo político ecuatoriano, el autorespeto al que hace referencia Dworkin está ausente, los medios de comunicación “públicos” funcionan como mecanismos de control a través de los cuales se estereotipa a los enemigos del Estado, adecuando conductas punibles a ciudadanos cuyo actuar no representa peligrosidad para la sociedad. Atentando contra su dignidad humana y honor. Siguiendo a Habermas, el Estado constitucional de derechos debe funcionar como marco protector que garantice la dignidad humana.

Arendt (1974, p. 11) afirma que la dignidad humana precisa la aplicación de un nuevo principio político cuya validez abarque toda la sociedad humana. Esto, aplicado a la política criminal, permitiría a las legislaciones, superar los modelos punitivos que criminalizan el ejercicio de la protesta social, evitando como menciona Deleuze (1995, p. 121) que la tutela de derechos fundamentales quede en la retórica de un discurso universal, abstracto y vacío.

3.2 Consideraciones críticas de la aplicación de la teoría social de sistemas de Luhmann en la teoría del derecho

Los modelos jurídicos-penales tuvieron un amplio avance histórico acorde a los cambios políticos y sociales suscitados fundamentalmente en Europa, lo cual generó distintas concepciones que pretendían resolver la problemática criminal. Así surge el derecho penal tradicional de la escuela de Frankfurt y el derecho penal liberal, que a través de modelos jurídicos-penales sentaron las bases epistemológicas del funcionalismo penal: teleológico-valorativo y radical sistémico.

En cuanto a las líneas jurídicas-dogmáticas de este trabajo investigativo, el funcionalismo teleológico-valorativo y el garantismo penal, comprenden dos modelos epistemológicos, necesarios para desarrollar una política criminal que permita interpretar de forma científica la naturaleza real del fenómeno criminal, para construir un poder judicial que opere acorde a principios constitucionales, tratados y convenios internacionales de derechos humanos.

El funcionalismo radical de Jakobs del que se desprende la teoría del DPE, se basa en la teoría sistémica de Luhmann, que concibe al derecho como un elemento integrante del sistema social, este último se vincula a la generalización congruente de expectativas normativas de comportamiento (De Giorgi, 1998, p. 252).

La concepción sistémica radical, al negar la importancia de los principios éticos en el derecho, rompe con la naturaleza deontológica del mismo, la cual encuentra su comprensión en la teoría tridimensional del derecho propuesta por Riale (Tinoco, 2011, p. 197) que concibe a los elementos: norma, hecho y valor desde una concepción dialéctica de implicación polaridad, que explica como el derecho para ser tal, debe integrarse dentro del plano óntico, conceptual y deontológico. El aporte filosófico de Riale evidencia como el funcionalismo radical no concilia con los elementos filosóficos que conforman la naturaleza misma del derecho.

La teoría sistémica de Luhmann aplicada al derecho, concibe al ser humano como un subsistema integrado al sistema superior y cuando existe

desviación de los subsistemas, se genera una ruptura a la estructura del sistema social, la cual debe ser corregida a través de las instituciones punitivas del Estado, reconstruyendo mediante el uso de la criminalización, la estructura sistémica social. La teoría sistémica de Luhmann (1974, pp. 23-25) entiende a la persona como una mera pieza intrasistémica. Luhmann tecnifica los derechos fundamentales del ser humano, reduciéndolos a ideas metafísicas, en donde los derechos fundamentales son elementos intrasistémicos del sistema social. El concepto de justicia es despojado de su base moral y concebido como una cualidad del sistema, orientado a la regulación de la estructura sistémica. Para Luhmann (1974, pp. 12-13) los sistemas normativos permiten construir expectativas estables y sólidas, sobre el comportamiento propio y de los demás.

El funcionalismo radical de Jakobs al concebir el ejercicio del poder punitivo como mecanismo de protección de la estructura social sistémica, despoja a la pena de la finalidad social que debe perseguir, pues evita una protección eficaz de los bienes jurídicos, al considerarlos irrelevantes. Así, Jakobs interpreta al derecho como un mecanismo técnico que existe exclusivamente para la autoconservación del sistema social.

Históricamente diversos teóricos, desde Durkheim a Luhmann, ensayaron modelos sistémicos para resolver los problemas sociales, más ninguno ha podido aplicarse de manera universal y atemporal, por la compleja mutación de las estructuras sociales. La concepción racionalista kantiana que aplicada al derecho procura un modelo punitivo universal para superar el fenómeno criminal, tampoco ha encontrado en el ámbito académico su concreción.

3.3 El funcionalismo penal teleológico-valorativo y el garantismo penal como modelos jurídicos-dogmáticos para la política criminal del Ecuador

Frente a la concepción sistémica de Jakobs, la corriente jurídico garantista parte de principios éticos los cuales constituyen categorías dogmáticas, que permiten tutelar cada uno de los derechos fundamentales del ser humano. La concepción funcionalista radical es excesivamente normativista, funcionaliza a cada uno de los elementos que conforman la sociedad, generando una concepción utilitaria del derecho.

La concepción funcionalista de Jakobs contradice los paradigmas del garantismo jurídico, al crear un sistema cerrado que parte de un modelo neopositivista que concibe al ejercicio del poder punitivo como mecanismo para reafirmar la estructura sistémica social y a la prevención general positiva como el fin último al que debe dirigirse el derecho.

El modelo sistémico radical de Jakobs limita la creación de una reflexiva política criminal. Las propuestas jurídicas-dogmáticas como el DPE y la doctrina basada en el derecho penal de emergencia, responden a una etapa histórica que Ulrich Beck denominó segunda modernidad, caracterizada por la reinterpretación regresiva de conceptos, en dónde según Chirino (2008, p. 31) los derechos de la víctima se conciben a través de las reducciones de los derechos de los delincuentes, el proceso penal se concibe como lucha contra la criminalidad y la sanción penal se desvincula del proceso de reinserción del delincuente.

El modelo neoconstitucionalista ecuatoriano debería integrar un modelo jurídico funcionalista teleológico-valorativo, que supere la extrema rigidez y normativismo excesivo del modelo sistémico radical de Jakobs. El funcionalismo teleológico-valorativo permitiría retomar la importancia dogmática del bien jurídico y suprimir los tipos penales que integren una carga ideológica del DPE, los cuales no tienen por fin proteger al bien jurídico sino criminalizar a quienes atentan contra la estructura social sistémica.

La teoría del garantismo penal expuesta por Ferrajoli en *Derecho y razón*, propone un modelo jurídico-dogmático que permite aplicar un sistema punitivo eficaz en cuanto a la tutela de derechos humanos, partiendo de un derecho penal mínimo. Su teoría crítica del derecho examina la problemática de aplicación efectiva de los principios procesales que configuran el debido proceso, pues existe contradicción evidente, entre lo que Ferrajoli (1998, p. 27) denomina el ser y el deber ser de los ordenamientos jurídicos. En el modelo jurídico ecuatoriano se pueden identificar incongruencias deontológicas y dogmáticas entre lo enunciado como neoconstitucionalismo, garantista, dignatario y las prácticas concretas aplicadas por el Estado para criminalizar a sus enemigos.

3.4 El derecho penal del enemigo en el ejercicio del poder punitivo del Estado ecuatoriano

3.4.1 El contexto nacional de la legislación penal inconstitucional

La necesidad histórica y política de crear una Constitución acorde a los avances dogmáticos-constitucionales del siglo XXI, generó una amplia corriente social protagonizada por movimientos sociales, grupos pro derechos humanos e indígenas, quienes aportaron a la creación de la Constitución de Montecristi, aprobada en referéndum el 28 de septiembre de 2008 y puesta en vigencia el 20 de octubre del mismo año. El cuerpo normativo se estructura desde un modelo neoconstitucional garantista, que dio lugar a la transición del Estado tradicional al Estado constitucional de derechos y garantías en armonía con el Sumak Kawsay y el derecho contemporáneo.

Los cuerpos normativos de rango inferior a la constitución debían guardar congruencia dogmática con el nuevo modelo neoconstitucional garantista. Se propuso por tanto la reforma al Código penal y al Código de procedimiento penal. El proceso de diálogo y debate del ante proyecto de Código Orgánico de Garantías Penales, contemplaba la participación social de la academia especializada, instituciones, colectivos pro derechos humanos y legisladores, no obstante el poder legislativo al integrar una amplia mayoría de representantes adheridos al partido de gobierno nacional, finalmente no recogió las inquietudes y puntos de vista de los

diversos participantes. Así, el Estado ecuatoriano promovió la tipificación de delitos que legitiman la criminalización de la protesta social, generándose una contradicción conceptual y jurídica con la Constitución de Montecristi, Ramiro Ávila (2011, p. 242) define a este fenómeno como el vaciamiento de la Constitución a través de leyes secundarias.

La teoría de los campos sociales expuesta por Bourdieu, clarifica el panorama de restricción de la participación social en la creación del COIP, durante el ante proyecto de Código Orgánico de Garantías Penales para la República del Ecuador. Para Bourdieu (1997, p. 8) el *campo* es un sistema de posiciones sociales definidas unas en función de otras, en donde el *habitus* interioriza normas de disciplina y conductas para conservar las reglas de juego del campo. Siendo lo jurídico un campo de batalla donde predomina el monopolio de los actores que definen el derecho y esconden las relaciones de dominación bajo la legalidad que ofrece el derecho positivo. El *habitus* jurídico inculca respeto a la norma, articulando a su capital simbólico de universalidad y neutralidad.

La creación del COIP se dio en un espacio (legislación) en que los agentes (grupos sociales) en el contexto de un capital simbólico (derecho) interactuaron legitimando un instrumento jurídico (la ley). En el campo institucional (Presidencia de la República, Asamblea Nacional, Función Judicial, Defensoría Pública, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo, Procuraduría General del Estado, Contraloría General de la Nación, Ministerio de Justicia) se determinaron las reglas de juego y ejerciéndose el poder emanado de los representantes adheridos al oficialismo, se dirigen las reglas conductuales demandadas por el régimen, alineando el proyecto a objetivos políticos.

En cuanto a las relaciones de poder existentes en el *campo*, el Estado ecuatoriano revela su condición biopolítica, al imponer tipos penales que reafirman al modelo punitivo funcionalista-radical, desvirtuando las garantías normativas, tuteladas en el artículo 84 de la Constitución de la República del Ecuador. La proclamada participación ciudadana devino en la retórica instrumental de un modelo político excluyente.

3.5 Análisis de los tipos penales del capítulo sexto del Código Orgánico Integral Penal con base ideológica en el derecho penal del enemigo

En un Estado constitucional de derechos, los tipos penales contemplados en el COIP deberían integrar una correcta aplicación de dosimetría penal, que permita una adecuada interpretación de los tipos penales. La indebida aplicación de dosimetría penal y la creación de tipos penales abiertos, ambiguos o difusos desde su interpretación literal, son atentatorios al sistema jurídico-penal en el cual se debe garantizar el debido proceso, tal como lo establece el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador.

Al respecto la CIDH manifiesta que:

“Los tipos penales deben integrar una definición que detalle de manera clara la conducta punible, se deben fijar los elementos que deslindan a la conducta de ser penalmente relevante. La CIDH considera además que la ambigüedad de los tipos penales genera que la autoridad aplique sanciones que lesionarán gravemente bienes jurídicos esenciales.” (Berenson Mejía vs. Perú, 2004, párrafo 125).

Los tipos penales desde su estructura, siempre materializarán una carga ideológica, que concibe a la pena como un método “legítimo” de venganza social, sin embargo, cuando el tipo penal integra desde su interpretación literal una carga ideológica que pretende justificar la limitación de derechos constitucionales y derechos humanos, se genera la responsabilidad social de luchar por el cumplimiento de los derechos humanos, tal como lo establece el numeral 5 del artículo 83 de la Constitución de la República, denunciando la ilegalidad de los tipos penales contrarios a la Constitución y tratados internacionales, demandando su reestructuración o derogación. En este sentido. Al revisarse los treinta tipos penales que conforman el capítulo sexto del COIP titulado: *Delitos contra la estructura del Estado constitucional*, se identificó que 6 tipos penales, se configuran dentro de la teoría dogmática del DPE.

El objetivo del Estado ecuatoriano es materializar a través del derecho positivo, tipos penales que funcionan como elementos de la tecnología de control social, evitando que los ciudadanos ejerzan el derecho a la resistencia, reconocido en el artículo 98 de la Constitución de la República. El uso del ejercicio irracional del poder punitivo por parte del Estado ecuatoriano, se intensifica con la persecución y exposición mediática en contra de los procesados por los delitos contemplados en el capítulo sexto del COIP, limitando el ejercicio de acciones sociales legítimas. Al respecto, Ferrajoli (2011, p. 67) manifiesta que la política de seguridad dirigida a mantener un consenso sostenido en el miedo y la demanda de medidas represivas mediante un uso coyuntural y demagógico del derecho penal, constituye una manifestación de populismo penal.

El modelo punitivo de persecución social estatal ha sido denominado por la doctrina especializada como derecho penal simbólico. Según Núñez Leiva (2009, p. 386) el modelo constituye una criminalización desproporcionada la cual carece de aplicación real, no refleja los objetivos tradicionales de la pena y se emplea para que el estado se reafirme como un ente enérgico, decidido a sancionar a los criminales. Como crítica a la represión social, la normativa internacional en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 establece que los Estados tienen la obligación, independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y garantizar la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los ciudadanos (Organización de las Naciones Unidas, 2013, p. 9).

El capítulo sexto del COIP: *Delitos contra la estructura del Estado constitucional*, posee una sección única que integra tipos penales de acuerdo al nivel de gravedad de la infracción, dejando únicamente al tipo penal de apología como contravención contra la seguridad pública. Los demás tipos penales integran sanciones que van de 1 a 13 años de pena privativa de libertad, generándose una desproporcionalidad en el rango de las penas. La seguridad pública es un bien jurídico supraindividual o intermedio que agrupa al conjunto de bienes individuales que estructuran al bien jurídico integrador.

El bien jurídico según Jakobs comprende un conjunto de elementos que se configuran en el ser humano. Estos elementos son protegidos de la amenaza de terceros, por medio de aparatos estatales de coerción social y los cuerpos jurídicos normativos. Este pensamiento concibe al derecho penal como mecanismo que no busca proteger bienes jurídicos, sino criminalizar posibles amenazas que puedan lesionar el bien jurídico. Este derecho penal preventivo, que Enrico Ferri (1990, p. 71) intentó legitimar a través del concepto de *defensa social*, en la legislación ecuatoriana ha derivado en un modelo punitivo que promueve el derecho penal de autor. Beck (2004, p. 197) manifiesta que en la guerra postnacional se crean modelos punitivos los cuales con el supuesto propósito de proteger los derechos humanos terminan vulnerándolos.

Los tipos penales integran una cantidad excesiva de verbos rectores, permitiendo la adecuación de todo tipo de conductas no punibles al tipo penal, generándose la planeada expansión de la capacidad violenta del Estado.

A continuación, se aplicará el método interpretativo exegético y el análisis dogmático en cada uno de los tipos penales pertenecientes al capítulo sexto del COIP, que integren la base dogmática del DPE, identificando los errores en cuanto a su estructura literal. También se llevará a cabo la revisión general de casos ejemplificativos en cada tipo penal analizado, mismos que serán estudiados a través de una matriz que integrará: la información personal de los ciudadanos, identificación de las características del DPE, así como los elementos jurídicos y doctrinarios expuestos a lo largo del trabajo investigativo, evidenciándose que en el Ecuador existió un proceso selectivo de criminalización social a través del DPE.

“Artículo 336.- Rebelión.- La persona que se alce o realice acciones violentas que tengan por objeto el desconocimiento de la Constitución de la República o el derrocamiento del gobierno legítimamente constituido, sin que ello afecte el legítimo derecho a la resistencia, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La persona que realice uno o varios de los siguientes actos, será sancionado con pena privativa de libertad de siete a diez años.

1. Se levante en armas, para derrocar al gobierno o dificultar el ejercicio de sus atribuciones.
2. Impida la reunión de la Asamblea Nacional o la disuelva.
3. Impida las elecciones convocadas.
4. Promueva, ayude o sostenga cualquier movimiento armado para alterar la paz del Estado.” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 336).

Análisis exegético del tipo penal

Rodrigo Borja define la rebelión como “(...) el alzamiento de los hombres (opinión pública) contra el abuso personal de la autoridad: contra sus aberraciones, sus arbitrariedades y sus deshonestidades” (Borja, 1997, p. 55).

El tipo penal, es de carácter abierto, carece de una correcta aplicación de dosimetría penal, su estructura lógica es poco clarificadora, lo cual genera problemas de interpretación y aplicación adecuada del tipo penal, generándose procesos judiciales atentatorios contra el debido proceso.

De la norma se desprende “La persona que se alce o realice **acciones violentas** que tengan por objeto el desconocimiento de la Constitución de la República” las palabras “acciones violentas” dan lugar a una interpretación subjetiva de los hechos. Un oficial del orden puede considerar violento que manifestantes prendan fuego a un monigote con los colores que representan al régimen, cerrar una calle para colocar pancartas y gritar consignas políticas, oponerse a una detención arbitraria o evitar ser agredido por la policía. De esta forma, las agencias punitivas han considerado acciones violentas, por ejemplo los actos realizados por

activistas en defensa de los derechos ambientales contemplados en la Constitución, quienes dentro del derecho a la resistencia, se opusieron a que empresas mineras afecten los ecosistemas de los pueblos indígenas.

El tipo penal de rebelión es plurisubjetivo, pues a pesar de que está orientado a la criminalización de una o varias personas, la naturaleza real del tipo penal está dirigida a la criminalización de varias personas por un mismo acto punible, esta criminalización en masa que ofrece el tipo penal, permite el procesamiento penal de grupos humanos enteros, como: colectivos sociales, institucionales o comunidades indígenas, un ejemplo de ello es el caso La Recoleta en donde fue evidente que cualquier acto de protesta por parte de integrantes de las fuerzas militares en contra del régimen, es motivo de criminalización a través de un ejercicio irracional del poder punitivo.

El tipo penal integra la cantidad excesiva de doce verbos rectores: *Alzar, realizar, desconocer, derrocar, levantar, dificultar, impedir, disolver, promover, ayudar, sostener, alterar.*

A través del análisis técnico de los verbos rectores se evidencia la naturaleza peligrosa del tipo penal, ya que la norma permite la criminalización de una cantidad desmedida de acciones, las cuales sin poner en peligro al bien jurídico *seguridad pública*, pueden enmarcarse en las conductas punibles, desvirtuando el principio de legalidad en cuanto a la taxatividad.

En las expresiones del Presidente de la República, realizadas en el año 2007 y en el Enlace Ciudadano No. 45 de 1 de diciembre de 2007, llevado a cabo en la ciudad de Quito, se evidencia el proceso de estereotipación del enemigo, el cual como se explicó en el segundo capítulo de este trabajo investigativo, se construye como mecanismo de control social.

Identificándose la influencia de la ideología del DPE en la intención de criminalizar activistas de derechos ambientales:

“(…) Las comunidades no son las que protestan sino un grupo de terroristas, (…) los ambientalistas románticos y esos izquierdistas infantiles son los que quieren desestabilizar al gobierno, (…) se acabó la anarquía, (…) no crean a los ambientalistas románticos, el que se opone al desarrollo del país es un terrorista.” (Correa, 2007).

Cuando el Presidente anuncia la muerte del anarquismo, se identifica subliminalmente la concepción punitiva basada en el derecho penal de emergencia, a través de la cual las instituciones punitivas del Estado, deben garantizar, el no retorno del ficticio anarquismo al que se hace referencia, aplicando para ello, el derecho procesal del enemigo, mismo que hace efectivas las restricciones de garantías y derechos de los enemigos. La frase *“todo el que se opone al desarrollo del país es un terrorista”* también evidencia la ideología del DPE, que parte de una visión punitivo-contractualista en la cual todo acto punible implica la ruptura del contrato social, por tanto el Estado puede desconocer las garantías ciudadanas de las que goza el ser humano y que le son arrebatadas cuando el gobernante lo reconceptualiza como un *Der fremde*.

Caso ejemplificativo: Derecho penal del enemigo en el caso Darwin Javier Ramírez Piedra

Información del ciudadano:

Darwin Javier Ramírez Piedra es activista ambiental. Ha venido denunciando el impacto de la minería en las comunidades de Intag y participa activamente con la comunidad en procura de acceso al agua. Ramírez se desempeñaba como presidente de la comunidad de Junín.

Criminalización del enemigo:

El 10 de abril de 2014, Ramírez fue arrestado sin orden judicial por la policía nacional, por el tipo penal de Rebelión y responsabilizado de lesionar físicamente a un funcionario público. Posteriormente, fue acusado de terrorismo, sabotaje y rebelión, por un supuesto ataque en contra la delegación de Empresa Nacional Minera del Ecuador (ENAMI) suscitado

en abril del año 2014 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 2015, p. 35).

En la petición de boleta de captura del Fiscal, se manifestó que los sospechosos y varias personas más a identificarse, tienen la misión de sabotear el desarrollo de actividades inherentes a la explotación minera legalmente atribuida en virtud del título de concesión minera existente (Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), 2015, p. 14). De lo dicho, se desprende la intención de criminalizar a Ramírez con fundamento en la categoría del derecho penal de autor.

Derecho procesal del enemigo:

El Tribunal de Garantías Penales, rechazó los testimonios de ciudadanos que declararon que Ramírez se encontraba en un lugar distinto al del lugar de los hechos, el día que sucedieron los eventos a los cuales se le atribuye su autoría.

Amplio adelantamiento de la punibilidad:

Ramírez cumplió 10 meses en prisión preventiva, un rango de tiempo excesivo, considerando que no existieron elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito, generándose graves vulneraciones a los preceptos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que establece, todo ciudadano privado de su libertad tiene derecho a que un juez competente verifique sin dilación alguna la legalidad de la medida impuesta a su persona, además debe ser juzgado sin aplazamiento innecesario, caso opuesto debe ser puesto en libertad (Novena Conferencia Internacional Americana, 1948, art. 25).

La decisión del juzgador, desvirtúa los preceptos de la Constitución de la República que establece; “La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 77 numeral 1). Considerando que el derecho penal es de última ratio, en este caso se debió elegir métodos alternativos al derecho penal.

Ejercicio irracional del poder punitivo:

Pese a no existir pruebas que demuestren la autoría de Ramírez, fue condenado a 12 meses de prisión. En este caso, fiscalía no presentó suficientes elementos de cargo y de descargo que permitan demostrar la adecuación de la conducta de Ramírez en el tipo penal que se le atribuye.

La pena privativa de libertad se redujo a 10 meses por buena conducta, tiempo después, se dejó en libertad a Ramírez pues ya había cumplido 10 meses de prisión preventiva. Sin embargo, en un caso inédito de completa inoperancia judicial, tras una apelación por parte de ENAMI, el Tribunal de Garantías Penales impuso nuevamente a Ramírez la pena de 12 meses de pena privativa de libertad. Al respecto la CIDH considera que ninguna persona puede ser sujeto indefinidamente a un proceso penal, pues se contraviene con la garantía judicial del plazo razonable, elemento esencial del debido proceso (Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 2015, p. 100).

Derecho penal de autor:

La criminalización de Darwin Ramírez no se debe a que el ciudadano haya lesionado un bien jurídico sino a que está vinculado con grupos ambientalistas, esto se evidencia en la persecución pos procesal realizada en contra de Ramírez el 25 de febrero de 2015, cuando al ser liberado recibió la visita de varios compañeros ecologistas, acto seguido recibió la visita de oficiales de policía, quienes lo interrogaron acerca de dichas visitas. Darwin afirma que en el transcurso del mismo día, miembros de ENAMI tomaron varias fotografías de su casa.

“Artículo 343.- Insubordinación.- La o el servidor militar o policial que realice uno o más de los siguientes actos, será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años cuando:

1. Rechace, impida o se resista violentamente al cumplimiento de orden legítima del servicio.
2. Amenace, ofenda o ultraje a un superior.
3. Hiera o lesione a un superior, en actos de servicio.
4. Ordene la movilización de la tropa armada de una unidad, reparto o instalación, sin orden superior legítima.

Si el delito se comete con el uso de armas, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años.” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 343).

Análisis exegético del tipo penal

El análisis técnico gramatical de la norma permite identificar once verbos rectores: *rechazar, impedir, resistir, incumplir, amenazar, ofender, ultrajar, herir, lesionar, ordenar, movilizar*.

El tipo penal permite la criminalización de una cantidad desmedida de acciones, que sin poner en riesgo al bien jurídico seguridad pública, pueden enmarcarse en las conductas punibles que expresa la norma.

Numeral 1

Analizada la estructura del numeral 1 del tipo penal, se identifica una errónea aplicación de dosimetría penal, pues la conducta punible: “rechazar, impedir o resistirse” al cumplimiento de una orden legítima de servicio de un superior, no justifica el rango de la pena de 1 a 3 años. La pena prevista no es proporcional con la lesión generada al bien jurídico protegido.

La teoría piramidal de Kelsen sobre la supremacía constitucional constituye un método epistemológico, el cual evita que disposiciones de cuerpos normativos jerárquicamente inferiores a la constitución generen una contradicción deóntica con tal cuerpo normativo, tratados y convenios internacionales. Es deber del legislador aclarar dentro de la estructura literal del tipo penal que las “ordenes legítimas de servicio” deben respetar tal estructura lógica. Por lo manifestado, el tipo penal debe reestructurarse de la siguiente manera:

Corrección al numeral 1 del tipo penal

Rechace, impida o se resista al cumplimiento de orden legítima del servicio. ***Siempre y cuando, la orden no contravenga los principios rectores de este cuerpo legal, la Constitución de la República del Ecuador, tratados y convenios internacionales de derechos humanos.***

El numeral 1 del tipo penal debe integrar dicha modificación, en virtud de que el concepto de “orden legítima de servicio” es ambiguo y da lugar a confusas interpretaciones. Cabe manifestar que el correcto tratamiento lógico y exegético de los tipos penales es imperante para que sean clarificadores desde su tenor literal y no den lugar a interpretaciones ambiguas por parte de jueces y fiscales.

La condición biopolítica del tipo penal pretende evitar que servidores policiales o militares puedan manifestar su negativa para acatar una “orden legítima” sea cual fuere su naturaleza e independientemente de si esta atenta contra principios constitucionales, tratados y convenios internacionales de derechos humanos.

El concepto de “orden legítima” es amplio y puede interpretarse desde distintas perspectivas teóricas, conceptuales y jurídicas. La noción de orden legítima de la institución policial es distinta a la militar. Incluso para las personas civiles esta noción es sustancialmente diferente. Si bien las instituciones policiales y militares son estructuras jerarquizadas, en donde las órdenes emanadas por superiores deben ser acatadas, principalmente cuando se ejecuta una operación militar o policial, el hecho de que se haya constituido como delito, el no acatar una orden legítima de servicio, constituye una clara manifestación del DPE, puesto que el tipo penal permite privar de libertad a un servidor policial o militar, porque se considera acto peligroso contra el Estado la acción de incumplir la orden de un superior, pese a la inexistencia de lesión al bien jurídico.

El derecho penal del enemigo materializado en el tipo penal, se identifica al observar el término “violentamente”. A través de este término adjetivo

se pretende dotar de peligrosidad a los verbos rectores. La norma penal guarda relación con el derecho penal de riesgo, en este modelo punitivo se genera una transformación en los delitos de lesión, convirtiéndolos en delitos de peligro. En los casos en que no se puede probar la producción del resultado de manera fehaciente se suprime la garantía del Indubio pro reo (Zaffaroni; Slokar y Alagia, 2000, p. 351).

Para un fiscal, demostrar en un proceso penal “la violencia” con la cual una persona se resiste a ejecutar una orden emanada por un superior, es atentatorio contra un debido proceso, puesto que los criterios de las personas que puedan corroborar la manifiesta conducta violenta, pueden verse viciados por una interpretación errónea de los hechos o por criterios subjetivos. El término “violentamente” debe ser suprimido del tipo penal por restar tratamiento lógico al tipo penal.

Análisis técnico del numeral 2

2. Amenace, ofenda o ultraje a un superior.

El “debido respeto” a la autoridad responde a un mecanismo biopolítico de control sobre los cuerpos de los seres subordinados, con el fin de mantener una perpetua conducta de obediencia hacia la autoridad y enviar un mensaje a la colectividad de que la figura de poder debe ser respetada, por el hecho de ocupar un rango institucional superior al del resto de ciudadanos. Es objetable la creación de un literal que pretende tutelar la integridad moral de los superiores, pero que no exista un literal para proteger a los subordinados de las instituciones policiales y militares, de amenazas y ofensas realizadas por sus superiores.

Caso ejemplificativo: Derecho penal del enemigo en el caso 30 S

Antecedentes:

El 30 de septiembre de 2010, miembros de la policía paralizaron funciones, como medio de protesta social en contra de políticas laborales encaminadas por el Gobierno. Esto derivó en actos de violencia, en los que participaron, ciudadanía, policías y militares. El Presidente de la

República fue retenido en un hospital policial hasta que el ejército intervino. El saldo; 10 fallecidos y 300 heridos.

Criminalización del enemigo:

Los mecanismos punitivos de persecución del enemigo dieron como resultado el saldo de 41 ciudadanos procesados. El Tribunal de Garantías Penales del Guayas declaró la culpabilidad de 22 personas, 18 como autores y 4 por cómplices del delito de insubordinación.

Las penas previstas son desproporcionadamente altas:

La fiscalía basándose en el artículo 602 del Código penal vigente en aquel entonces acusó a los servidores policiales por delito de sabotaje, el tipo penal contemplaba una pena cuyo rango establecía 3 y 6 años de reclusión menor ordinaria.

“Artículo 345.- Sabotaje.- La persona que con el fin de trastornar el entorno económico del país o el orden público, destruya instalaciones industriales o fabriles, centros comerciales, puertos, canales, embalses, minas, polvorines, vehículos o cualquier otro medio de transporte, bienes esenciales para la prestación de servicios públicos o privados, depósitos de mercancías, de explosivos, de lubricantes, combustibles, materias primas destinadas a producción o al consumo nacional, vías u obras destinadas a la comunicación o interrumpa u obstaculice la labor de los equipos de emergencia, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La pena será privativa de libertad de siete a diez años si se destruye infraestructura de los sectores estratégicos.” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 345).

Análisis exegetico del tipo penal

La estructura literal del tipo penal genera un rango de criminalización masivo ya que los verbos rectores: *trastornar*, *destruir*, *interrumpir* y *obstaculizar*, justifican la criminalización selectiva de actores sociales cuyos actos, pese a carecer de la intención dolosa de *trastornar el entorno económico o el orden público*, se enmarcan en el tipo penal,

desvirtuándose el presupuesto de la legalidad material, principio que permite dotar a los tipos penales de claridad, autonomía, univoquidad y taxatividad.

Desde una interpretación estricta literal, el tipo penal carece de una estructura lógica clarificadora, puesto que si el requisito esencial para que exista el acto punible es *trastornar el entorno económico o el orden público*, generándose el retorno al *Estado policial*, pues será el oficial del orden quien a través de criterios subjetivos, al detener a un ciudadano, deberá llenar el parte policial identificando si la conducta del individuo tuvo por intención trastornar el *entorno económico o el orden público*. Algo difícil de saber incluso para un fiscal. La ambigüedad del tipo penal radica en que el análisis sobre la punibilidad de la conducta se realiza a través de criterios altamente subjetivos.

El tipo penal parece entrever que siempre y cuando la intención del ciudadano no sea trastornar el entorno económico o el orden público, le es permitido entonces “(...) *destruir instalaciones industriales o fabriles, centros comerciales, puertos, canales, embalses, minas, polvorines, vehículos o cualquier otro medio de transporte, bienes esenciales para la prestación de servicios públicos o privados, depósitos de mercancías, de explosivos, de lubricantes, combustibles, materias primas destinadas a producción o al consumo nacional, vías u obras destinadas a la comunicación.*” Esta carencia de tratamiento lógico desvirtúa la validez normativa del tipo penal.

La peligrosidad del tipo penal radica en la ambigüedad del término *trastornar*, el cual según el diccionario de la lengua española significa: “1.- Invertir el orden regular de algo. 2.- Alterar la normalidad del funcionamiento de algo o de la actividad de alguien” (Real Academia Española, 2014, p. 2163).

En un contexto político de exclusión social, discriminación y racismo, en donde las empresas mineras con beneplácito del gobierno, realizan actividades atentatorias contra la paz de las comunidades indígenas, es legítimo todo acto que impida el funcionamiento de algo que representa

peligro para la vida. La intención de trastornar algo, puede ser interpretada desde criterios altamente subjetivos; si una persona o colectivo, con el fin de proteger el ecosistema de su comunidad, en el libre ejercicio del derecho a la resistencia decide organizarse para colocar pancartas y quemar llantas, afectando la estructura física de puertas o vallas de instalaciones industriales o hidrocarburíferas, se podría afirmar que existió la intención de destruir instalaciones industriales con el fin de trastornar el entorno económico del país o el orden público? la respuesta a este interrogante, radica en la interpretación subjetiva o criterios arbitrarios que emanan de la amplitud del margen de acción que poseen las agencias punitivas para criminalizar a los ciudadanos.

Caso ejemplificativo: Derecho penal del enemigo en el caso Mery Zamora

Información sobre la ciudadana:

Mery Zamora, presidenta de la Unión Nacional de Educadores del 2007 al 2010.

Criminalización del enemigo:

El 30 de septiembre de 2010, durante las protestas policiales suscitadas en el país, contra políticas de gobierno rechazadas por los gendarmes. La educadora, fue acusada de instigar a que estudiantes del colegio Aguirre Abad salgan a protestar a las calles en contra de las políticas laborales del régimen.

Derecho procesal del enemigo:

El 5 de julio de 2011 el fiscal a cargo de la investigación pide el archivo de la causa, el juez Quinto de Garantías Penales del Guayas aceptó el archivo de la causa, en virtud de que el actuar de la ciudadana no se enmarcó en el tipo penal, sin embargo el día 7 de octubre de 2011 un nuevo fiscal solicita la apertura de la causa argumentando que ha encontrado nuevos elementos para iniciar el proceso. El fiscal manifestó que Zamora, al alentar la protesta estudiantil, restringió el servicio de educación, enmarcándose en el tipo penal de paralización de servicios públicos.

Estereotipación del enemigo. Los enlaces ciudadanos como mecanismo de alienación colectiva:

Los medios gubernamentales funcionaron como mecanismos de estereotipación del enemigo. A través de los Enlaces Ciudadanos gubernamentales se envió el mensaje a la sociedad, de que la docente manipuló a los estudiantes del colegio Aguirre Abad de Guayaquil, para que salieran a las calles el denominado día “30 S” para desestabilizar al gobierno. El ejecutivo en la línea dogmática del derecho penal de autor, mencionó que Zamora solamente por ser presidenta de la Unión Nacional de Educadores y pertenecer al partido político de ideología de izquierda Movimiento Popular Democrático, era culpable de los delitos imputados en su contra.

Persecución al enemigo:

Cuando la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia aceptó el recurso de casación interpuesto, declarando inocente a Zamora, el ejecutivo utilizó los Enlaces Ciudadanos, para presionar a los jueces de la Corte Nacional de Justicia. Así, la persecución estatal del enemigo puede identificarse en la actuación del Fiscal de la Nación Galo Chiriboga, quien interpuso una acción extraordinaria de protección sobre la sentencia de casación que la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia dictó a favor de la educadora, para que se revierta la sentencia y vuelva a casación, pretendiendo que se criminalice nuevamente a Zamora.

“Artículo 346.- Paralización de un servicio público.- La persona que impida, entorpezca o paralice la normal prestación de un servicio público o se resista violentamente al restablecimiento del mismo; o, se tome por fuerza un edificio o instalación pública, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 346).

Análisis exegético del tipo penal

El tipo penal *Paralización de un servicio público*, no guarda conciliación con el artículo 98 de la Constitución, generándose una antinomia jurídica, al contraponerse la normativa de dos ordenamientos jurídicos entre sí, se genera una contradicción de tipo deóntica que debe resolverse mediante la aplicación de los métodos de interpretación constitucional, uno de ellos es la teoría de la supremacía constitucional expuesta por Kelsen, contemplada en el artículo 425 de la Constitución de la República. El método de razonamiento lógico deductivo, permite dilucidar que la norma penal pertenece a una Ley orgánica, la cual dogmáticamente es de rango inferior a la Constitución, razón por la cual la norma a aplicar en este caso es la Norma suprema.

El artículo 98 de la Constitución de la República, tutela el derecho a la resistencia que establece:

“Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 98).

En el contexto de la presión del gobierno a través de las Instituciones de control, la teoría de la jerarquía constitucional no es analizada por los fiscales, los cuales aplicando el tipo penal inician instrucciones fiscales encausando a los opositores del régimen en largos procesos judiciales. El tipo penal busca criminalizar conductas relacionadas con el libre accionar de la protesta social, pues la paralización de servicios públicos por parte de sectores sociales en reclamo de sus derechos, constituye una forma de lucha social, la cual siempre y cuando sea pacífica, promueve la búsqueda de la tutela de los derechos y garantías constitucionales.

Instrumentos internacionales de derechos humanos tutelan el derecho a la resistencia. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en el artículo 18 reconoce el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y

religión, a su vez el artículo 19 tutela el derecho a la libertad de opinión y de expresión. La Convención Americana sobre Derechos Humanos del año 1969 en los artículos. 13, 15 y 20, contempla los derechos a la libertad de reunión y asociación pacífica, la libertad de pensamiento y expresión.

La contradicción entre la Constitución y el COIP, no debe analizarse desde el principio de interpretación literal estricta, sino desde los efectos colaterales que genera el ejercicio del derecho a la resistencia, tal es el caso de agruparse y transitar por la calle con pancartas y consignas, con el fin de obtener la atención de las autoridades, esto pese apegarse al legítimo derecho constitucional a la resistencia, puede generar involuntariamente *la paralización del servicio público de transporte*, ya que al existir aglomeración de gente, los transportes no pueden circular libremente. También, cuando servidores públicos decidan detener sus labores, abogando por mejores condiciones de trabajo, fiscalía puede iniciar una instrucción fiscal en contra de los ciudadanos por paralizar *“la normal prestación de un servicio público”*.

La peligrosidad del tipo penal radica en que las conductas punibles no guardan conciliación con los presupuestos dogmáticos de la teoría del delito, cuyas categorías son: acto, típico, antijurídico y culpable (Bacigalupo, 1996, p. 72). Tales categorías configuran los presupuestos esenciales para determinar la existencia de un acto punible. En este caso, analizados los verbos rectores del tipo penal *“impedir entorpecer, paralizar, resistir y tomar”* se realizó el primer juicio de reproche que llegó a la conclusión de que tanto la *tipicidad* como la *antijuricidad* se cumplen, pero al realizar el segundo juicio de reproche se demostró que no se cumple con la *culpabilidad*. Por tanto la conducta que se enmarque en los verbos rectores, no genera la condición necesaria para la existencia del delito. Al respecto la teoría de la imputación objetiva de Claus Roxin (1997, pp. 1000-1001) desde la concepción dialéctica del principio de causalidad, es clarificadora al manifestar que la acción humana debe generar un riesgo jurídicamente desvalorado que lesione un bien jurídico para constituir delito. En la imputación objetiva el sujeto ha de conocer que ha creado un peligro no permitido para el bien jurídico (Roxin, 1997, p. 12).

La paralización de un servicio público, constituye una de las manifestaciones del derecho a la resistencia. Ramiro Ávila (2012, p. 8) considera que el derecho a la resistencia y a la libertad de expresión manifestados en la protesta pública, son esenciales para la consolidación de un Estado que promueva la democracia participativa y comunitaria. A su vez, Gargarella (2005, p. 19) concibe al derecho a la resistencia como “el primer derecho”, puesto que gracias a este derecho ciudadano se puede garantizar la tutela y el ejercicio de los demás derechos.

El delito analizado, tiene su razón de tipificación en la necesidad estatal de restringir el derecho constitucional a la resistencia, manteniendo un perpetuo control sobre la ciudadanía. Según Gargarella (2005, p. 21) se criminaliza la protesta social, cuando se traslada a la esfera jurídica los conflictos sociales que reflejan el desacuerdo de determinados grupos sociales con respecto al proceder del Estado.

El gobierno nacional dirige un proceso de persecución mediática, que conjuntamente con las instituciones de control, pretenden criminalizar a los actores sociales que ideológicamente disienten con sus planes de gobierno. Lo manifestado, se evidencia en las declaraciones realizadas por el Presidente de la República en *El enlace ciudadano* No. 172 de 15 de mayo de 2012, donde se refirió acerca de sus enemigos: “lo que hacen no es resistencia. Es agresión. Debemos rechazar este tipo de manifestaciones anticonstitucionales. Como terrorismo y sabotaje se puede llamar a lo que hacen los indígenas” (Enlace Ciudadano, 2012).

Las expresiones demuestran como el ejecutivo promueve una visión estereotipada de los ciudadanos considerados enemigos, pues para el régimen, es enemigo de la sociedad, todo aquel que ejerce el derecho a la resistencia. Garland manifiesta al respecto; que el delincuente se transforma en algo cada vez más abstracto y estereotipado. En una imagen proyectada, en lugar de una persona individualizada (Garland, 2012, p. 293). Menciona además, que las condenas tipificadas se imponen de forma mecánica, dando lugar a un castigo a distancia (Garland, 2012, p. 294).

En caso de que la paralización de prestación de servicio público o toma de instalación pública haya sido premeditada y dolosa, se debe aplicar una pena equivalente al daño ocasionado. Sin embargo el rango de la pena contemplado en el tipo penal es excesivo, tomando en consideración que las conductas punibles no generan una grave lesión al bien jurídico seguridad pública. El tipo penal merece una revisión técnica del rango mínimo y máximo para la pena, tomando en consideración que el derecho penal es de última ratio, siendo imperante aplicar medidas ajenas al derecho penal para resolver los conflictos sociales.

Los tipos penales difusos o ambiguos desde su interpretación literal, dificultan el análisis científico y técnico de los jueces y fiscales. Los Estados biopolíticos utilizan un modelo de jerarquización construido a través de filtros burocráticos que impiden a la ciudadanía realizar quejas directas a los altos mandos de gobierno. Los ciudadanos deben recurrir a otros medios para ser escuchados. Los actos de protesta social encaminados en virtud del derecho a la resistencia según Garland (2011, p. 78) en algún punto limitarán el ejercicio de otros derechos ciudadanos como el de libre tránsito, acceder al transporte público, entre otros.

Se debe clarificar el alcance del derecho a la resistencia y valorar los elementos que los ciudadanos poseen para ejercerlo. Según Robert Alexy (1993, p. 89) la colisión de principios es procesable a través de un test de ponderación. El cual permite determinar mediante elementos técnicos, que derecho se aplica en detrimento de otro. A pesar de ello los jueces que han tenido conocimiento de causa en procesos iniciados por el tipo penal analizado, han evitado aplicar el aporte jurídico de Alexy para resolver la colisión de derechos, omitiéndose además los diversos métodos dogmáticos de solución de antinomias.

Caso ejemplificativo: Derecho penal del enemigo en el Caso Saraguro

Información de los ciudadanos:

Luisa Lozano y Amable Angamarca, ciudadanos indígenas integrantes de la comunidad Saraguro.

Criminalización del enemigo:

Los ciudadanos Luisa Lozano y Amable Angamarca, fueron sentenciados a 4 años de pena privativa de libertad, en razón de que el 17 de agosto de 2015 se manifestaron protestando en la calle contra las políticas del gobierno. El ejercicio irracional del poder punitivo del Estado ecuatoriano ha sido selectivamente dirigido hacia comunidades indígenas. La criminalización del enemigo considerando su origen étnico o su identificación con comunidades indígenas, ha sido sociológicamente estudiado por Garland (2001, p. 135) a través de la categoría *criminology of the alien other* y comprende una clara manifestación del DPE.

Garantías procesales suprimidas:

Durante el proceso penal, en cada una de las audiencias efectuadas, no se contó con un intérprete Kichwa, vulnerándose el artículo 76 numeral 7 literal f) de la Constitución de la República.

El Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 345 garantiza la declinación de competencias de los jueces ordinarios hacia las autoridades indígenas. Sin embargo el proceso penal fue resuelto por la justicia ordinaria, pese a que ya existía una resolución previa del tribunal de la comunidad indígena, contraviniéndose la prohibición de *Non bis in idem*, uno de los principios rectores de la justicia intercultural del Ecuador, que establece:

“Non bis in idem.- Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional.” (Código Orgánico de la Función Judicial, 2015, art. 344, literal c).

A la vez que, la Constitución de la República manifiesta: “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 76, literal i).

Violación de preceptos del derecho internacional:

La Corte Nacional de Justicia debe aplicar los preceptos tutelados en el artículo 10 del Convenio 169 de la O.I.T que menciona: “1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento” (Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo, 1989, art. 10). La aplicación de 4 años como pena privativa de libertad a los procesados es inadmisibles en un Estado constitucional de derechos y garantías.

Derecho procesal del enemigo:

La pena prevista en el tipo penal comprende una pena de 1 a 3 años de pena privativa de libertad, sin embargo, fiscalía consideró que existieron agravantes, por tanto se aplicó a los procesados 4 años de pena privativa de libertad.

“Artículo 348.- Incitación a discordia entre ciudadanos.- La persona que promueva la discordia entre los ciudadanos, armando o incitando a armarse unos contra otros, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 348).

Análisis exegético del tipo penal

El tipo penal analizado en su tenor literal es ambiguo y desvirtúa el principio de interpretación estricta. El margen de punibilidad que ofrece el tipo penal permite la criminalización masiva de todo ciudadano que sin tener la intención dolosa de afectar un bien jurídico, realice un acto que pueda ser analizado de manera errónea por testigos, quienes a través de criterios subjetivos, poco fiables de interpretación de los hechos, puedan comprometer a los ciudadanos judicialmente. En la era de la sociedad red, internet funciona como un mecanismo de exteriorización de las emociones humanas, mismas que pueden ser violentas, cuando los ciudadanos emiten expresiones acerca de las políticas de gobierno en foros de opinión, esto no significa que las expresiones “inciten a la discordia” o

pretendan “incitar al uso de armas”. El tipo penal por tanto genera una contradicción deóntica con los preceptos de la libertad de expresión tutelados el artículo 66 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador.

El análisis exegético de la norma evidencia que el tipo penal, integra la posibilidad de aplicación del adelantamiento de las barreras punitivas, pues se criminaliza al acto previo a la lesión del bien jurídico, ubicándose al delito en la categoría dogmática de la ingeniería del delito de peligro abstracto.

La falta de claridad en la descripción normativa, retoma los preceptos del *Estado policial*, ampliando el margen de acción de la policía nacional, pues en la confusión que genera una revuelta social, la policía nacional puede suponer que el dirigente sindical o estudiantil que protesta, está incitando al desorden, por el hecho de organizar a su grupo social, se podría afirmar también que el dirigente estuvo “armando a la ciudadanía” al haber entregado un palo a su compañero para que pueda defenderse de la violenta represión policial de la cual era víctima. El tipo penal constituye uno de los mecanismos jurídicos de verticalización social del Estado.

El tipo penal aumenta la discrecionalidad judicial, cuando los agentes del orden (al levantar el parte policial) y posteriormente los fiscales (en el anuncio de los medios de prueba correspondiente a la etapa evaluatoria y preparatoria de juicio) deban decidir si el objeto encontrado en posesión del “supuesto delincuente” se ubica en la categoría de “arma”, pues el tipo penal al ser difuso desde su tenor literal, evita obtener una definición clara acerca del término, esto no quiere decir que los ciudadanos no puedan definir que es un arma, significa que el tipo penal debería integrar una definición acerca de que objetos son considerados armas para el legislador.

Si bien, el artículo 13 numeral 1 del COIP establece que “la interpretación en materia penal se realizará en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República, de manera integral y a los instrumentos internacionales de derechos humanos” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 13). Los jueces y fiscales al aplicar la técnica de interpretación

literal estricta, se limitan exclusivamente al análisis gramatical de un tipo penal, que al carecer de correcto tratamiento técnico y de dosimetría penal, desvirtúa todo proceso judicial, que se sustancie a partir del tipo penal analizado.

Caso ejemplificativo: Derecho penal del enemigo en Caso Agustín Wuachapa

Información del ciudadano:

Agustín Wuachapa, dirigente de comunidad Shuar.

Criminalización del enemigo:

El dirigente Shuar Agustín Wuachapa fue criminalizado por haber realizado una publicación en la red social *Facebook*, pronunciándose acerca del estado de violencia originado por la fuerte presencia de militares en territorio Shuar.

Derecho penal de emergencia:

La publicación en la red social se debió a que, el gobierno nacional mediante decreto ejecutivo, declara estado de excepción, para que Fuerzas Armadas intervengan en la represión de la comunidad Shuar, quienes manifestaban en contra del desalojamiento de 32 miembros de su comunidad, para la construcción de la minera EXSA Ecuacorrientes.

La policía nacional como agencia de represión del enemigo:

El día 21 de diciembre del 2016, cerca de cien miembros de la fuerza pública ingresaron en horas de la madrugada en la Federación Interprovincial de Centros Shuar (FICSH), destruyendo las instalaciones, con el fin de detener al ciudadano Agustín Wuachapa, acusado de cometer *incitación a la discordia entre ciudadanos*. Los miembros de la policía nacional se burlaron del ciudadano y lo pisotearon.

“Artículo 365.- Apología.- La persona que por cualquier medio haga apología de un delito o de una persona sentenciada por un delito, será sancionada con pena privativa de libertad de quince a treinta días.” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 365).

Análisis exegético del tipo penal

La doctrina especializada ha denominado al delito de apología como una forma de *acto preparatorio punible*, tal criterio concibe a la apología dentro de la ingeniería del peligro abstracto, pues la peligrosidad no radica en la adecuación de la conducta al tipo penal, sino en la idílica posibilidad de que la apología incentive a algún miembro de la sociedad a cometer uno de los delitos que representan un peligro para el Estado. La tipificación de la apología constituye un adelantamiento de las barreras de punición, contraviniendo el principio de lesividad tutelado en el artículo 22 del COIP, desvirtuando además la teoría del derecho penal de última ratio contemplado en el artículo 3 del cuerpo legal antedicho.

El margen de criminalización del tipo penal restringe el derecho a la libertad de expresión tutelado en el artículo 66 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador. Al no existir una lesión concreta hacia el bien jurídico protegido, que emane del cometimiento del delito de apología, el tipo penal contradice el cuarto axioma del garantismo expuesto por Ferrajoli “A4. *No hay necesidad sin lesión*” (Ver Anexo 2). Al fragmentarse la estructura lógica que constituyen los diez axiomas del garantismo, se rompe con el debido proceso, desvirtuándose el proceso penal que se sustancie a través del tipo penal.

Acerca de la libertad de expresión el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, manifiesta:

“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.” (Organización de las Naciones Unidas (ONU), 1948, art. 19).

El derecho a expresarse libremente posee dos elementos: individual y social. El primero comprende el derecho de transmitir el pensamiento propio hacia los receptores a través de medios disponibles para ello, el segundo elemento comprende el derecho del receptor a recibir el mensaje y procesarlo. Esta doble dimensión estructura la libertad de expresión, derecho que se restringe por el tipo penal.

La oración: “*o de una persona sentenciada por un delito*” amplifica el rango de criminalización de manera excesiva hacia todo aquel que se pronuncie públicamente acerca de la situación de una persona privada de su libertad. El tipo penal permite por ejemplo la criminalización del docente que ejerciendo su libre derecho de cátedra converse con sus estudiantes acerca de la situación de una persona privada de su libertad o del periodista que haciendo uso de su derecho de informar a la ciudadanía, se manifieste acerca de las precarias condiciones que vive una persona privada de su libertad en el centro carcelario en el que cumple su condena.

La apología tipificada como delito en el COIP carece de fundamento dogmático, pues el bien jurídico “seguridad pública” no sufre afectación por el cometimiento del ilícito. Se genera un anticipo de la punibilidad en un estado previo a la lesión del bien jurídico, una de las características del derecho penal de riesgo y del DPE (Abanto, 2006, p. 31). El tipo penal en realidad, pretende limitar pronunciamientos públicos y que la ciudadanía debata acerca de la ilegalidad de procesos penales y fallos acusatorios, derivados de la vulneración de garantías procesales básicas de los procesados. La apología responde a un modelo punitivo funcionalista radical, basado en el derecho penal simbólico, ya que los fines del tipo penal son estrictamente la criminalización del individuo, más no la protección real de un bien jurídico.

En nuestra legislación el delito de apología, encuentra justificación, al considerarse que el tipo penal evita la ejecución de delitos como terrorismo y fundamentalmente los tipos penales del capítulo seis del COIP. Sin embargo no existe evidencia empírica que sustente tales criterios.

La tipificación de la apología como método de lucha antiterrorista, constituye una manifestación de populismo penal y por tanto carente de una necesidad social real que justifique la tipificación de la apología como delito.

3.5.1 Estudio técnico-valorativo de identificación de DPE en los tipos penales y casos ejemplificativos estudiados

Resultados: El Estado ecuatoriano aplica un ejercicio de poder punitivo, basado en la retórica que ofrece el derecho penal simbólico. Las agencias del sistema penal ecuatoriano, se convierten en ejecutoras del derecho procesal del enemigo, mediante la criminalización permanente del derecho constitucional a la resistencia, pese a la nula existencia de conductas penalmente relevantes por parte de los ciudadanos procesados. Al respecto, a través del análisis técnico-valorativo se constata que:

1. En los casos estudiados las acciones de los procesados no constituyeron conductas penalmente relevantes, ni lesionaron realmente a un bien jurídico protegido. Del análisis jurídico y dogmático de los casos analizados, se desprende que existió una ruptura de la estructura básica de la teoría del delito, al criminalizarse conductas que no se adecuaron a los tipos penales.
2. Se vulnera el principio de estricta legalidad planteado por Ferrajoli (1998, p. 35) los tipos penales están dirigidos a la criminalización de personas y no ha hechos desvalorados.
3. Se vulnera el principio de legalidad en cuanto a la taxatividad en los tipos penales, al existir exceso de verbos rectores, ampliándose el margen de criminalización de las instituciones punitivas.
4. En los casos analizados se evidencian vulneraciones al debido proceso, así como graves violaciones a tratados y convenios internacionales de derechos humanos.
5. De los casos judiciales analizados, las instituciones punitivas aplicaron las tres características del DPE: amplio adelantamiento de la punibilidad, penas previstas desproporcionadamente altas y determinadas garantías procesales relativizadas o suprimidas.

6. Se identificaron antinomias entre la Constitución de la República del Ecuador y el COIP, cuerpo normativo que integra tipos penales que criminalizan el derecho constitucional a la resistencia, contraviniendo el proyecto del Sumak Kawsay.

7. El análisis técnico-valorativo evidencia cualitativamente que bajo la consigna de proteccionismo del bien jurídico “seguridad pública” el Estado restringe los derechos ciudadanos tutelados en la Constitución. Los tipos penales analizados en el capítulo sexto del COIP se ubican en la categoría de *mono ofensivos*, pues protegen únicamente el bien jurídico (seguridad pública) sin embargo la protección del bien jurídico opera por medio de la criminalización selectiva de enemigos, y la restricción de varios de sus derechos constitucionales, generándose una incoherencia jurídica.

8. En tres de los seis casos estudiados se vislumbra la criminalización masiva de ciudadanos pertenecientes a comunidades indígenas o defensores del medio ambiente. Tal como lo revela el Informe de la Comisión Ecuménica de Derechos Humanos y Acción Ecológica; en la administración del presidente Rafael Correa “han sido judicializados aproximadamente 25 casos por los cuales más de 200 ciudadanos se presume han sido criminalizados por participar en protestas contra la explotación de recursos naturales” (Caicedo, 2012, p. 215).

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 Conclusiones

La presente investigación determina lo siguiente:

El capítulo sexto del COIP titulado: *Delitos contra la estructura del Estado constitucional*, contiene tipos penales con orientación ideológica sustentada en la teoría del DPE, que generan contradicción deóntica con la Constitución de la República del Ecuador que enuncia un enfoque neoconstitucional garantista de derechos.

El aparente proteccionismo macrosocial integrado en la inflación punitiva que representan los 30 tipos penales del Capítulo sexto del COIP, reafirma la condición biopolítica del Estado ecuatoriano, el cual maneja un modelo punitivo de tercera velocidad construido funcionalmente como mecanismo de criminalización social permanente.

Los tipos penales del capítulo seis del COIP: Rebelión, Insubordinación, Sabotaje, Paralización de un servicio público, incitación a la discordia entre ciudadanos. y Apología, limitan el libre ejercicio del derecho a la resistencia tutelado en el artículo 98 de la Constitución de la República, así como los preceptos de tratados y convenios internacionales de derechos humanos.

En los casos estudiados el Estado, a través de las instituciones punitivas aplicaron las tres características del DPE: amplio adelantamiento de la punibilidad, penas previstas desproporcionadamente altas y determinadas garantías procesales relativizadas o suprimidas.

El DPE responde a un modelo funcionalista radical que no resuelve sino agrava el fenómeno criminal. En contraposición, el garantismo penal y el funcionalismo teleológico-valorativo son modelos jurídicos-dogmáticos pertinentes para diseñar una correcta política criminal para el país.

Los tipos penales estudiados, al ser difusos desde su tenor literal, carecen de una correcta aplicación de dosimetría penal, ocasionando que los operadores de justicia, no puedan interpretar el alcance real de los tipos penales, ni puedan medir claramente la afectación a los bienes jurídicos, como resultado se incrementa la discrecionalidad judicial, imponiéndose penas desproporcionadas a los procesados.

Los tipos penales analizados forman parte del mecanismo biopolítico de disciplinamiento social, orientado a mantener el control de los sectores sociales que disienten con políticas de gobierno y son opositores del régimen.

4.2 Recomendaciones

Es imperante la reforma o dependiendo del caso, la derogación de los tipos penales analizados en el capítulo seis del COIP en los cuales se identificó al DPE.

En el caso de la reforma a los tipos penales, estos deben integrar una correcta técnica de dosimetría penal, con el fin de que operadores de justicia, interpreten el alcance real de los tipos penales y se mida claramente la afectación a los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales.

Se debe iniciar un proceso de reestructuración total del COIP, para que el cuerpo normativo sea alineado al modelo jurídico neoconstitucional garantista al cual responde la Constitución de la República del Ecuador, logrando que los tipos penales no contravengan el derecho constitucional a la resistencia.

El Estado ecuatoriano debe tomar en consideración las disposiciones de la CIDH, así como las recomendaciones de los diversos organismos nacionales e internacionales acerca de los efectos de la criminalización de la protesta social en el país.

Que en nombre de la voluntad soberana del pueblo ecuatoriano, el actual Presidente de la República del Ecuador o en su defecto la Asamblea Nacional, otorguen dependiendo del caso indulto o amnistía, a los ciudadanos quienes en pleno ejercicio del derecho a la resistencia fueron criminalizados por disentir con las políticas del último gobierno.

El Estado ecuatoriano debe crear mecanismos de reparación integral efectivos con el fin de que los ciudadanos criminalizados por el último gobierno, a quienes la justicia ecuatoriana ha declarado inocentes, después de largos y constantes procesos judiciales, reciban un resarcimiento digno por el daño que las agencias punitivas han generado en sus vidas y su entorno familiar, social o comunal.

El Estado debe encaminar programas científicos que evalúen de manera técnica los efectos psicosociales generados en los procesos de criminalización sistemática dirigidos a las comunidades indígenas del Ecuador, permitiendo identificar cuantitativamente y cualitativamente los daños globales ocasionados.

REFERENCIAS

- Abanto, M. (2006). El llamado derecho penal del enemigo. Especial referencia al derecho penal económico. En Meliá, C y Gómez, C. (Coord). *El derecho penal del enemigo*. Buenos Aires: Bdef.
- Albán, E. (2006). *Manual de derecho penal ecuatoriano*. (15a. ed.). Quito: Ediciones Legales.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Althusser, L. (1988). *Ideología y aparatos ideológicos del Estado. Freud y Lacan*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- Ambos, K. (2006). Derecho penal del enemigo. En Meliá, C y Gómez, C. (Coord). *El derecho penal del enemigo*. Buenos Aires: Bdef.
- Ambos, K. (2007). *El Derecho penal frente a amenazas externas*. Madrid: Dykson.
- Aquino, T. (1978). *Summa teológica*. Madrid: Católica.
- Arendt, H. (1974). *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Taurus.
- Aristóteles. (2005). *La política*. Madrid: Istmo.
- Ávila, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la constitución de 2008*. Quito: Abya Yala.
- Ávila, R. (2012). *Protesta social, libertad de expresión y derecho penal*. Quito: Corporación Editorial Nacional.
- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de derecho penal. Parte general*. Bogotá: Temis.
- Beccaria, C. (1993). *Tratado de los delitos y de las penas*. Buenos Aires: Heliasta.

- Beck, U. (2004). *Der kosmopolitische blick*. Berlín: Suhrkamp.
- Corte Interamericana de derechos humanos. *Berenson Mejía vs. Perú*. (2004). Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie 119, párr.125.
- Borja, R. (1997). *Enciclopedia de la política*. Quito: Fondo de la Cultura Económica.
- Bourdieu, P. (1997). *Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción*. Barcelona: Anagrama.
- Caicedo, D. (2012). Criminalización de las comunidades indígenas. En De Sousa Santos, B. y Grijalba, A. (Eds). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Quito: Abya Ayala.
- Carrizo, R. (2009). *El problema de la imputación en materia penal*. Buenos Aires: Nova Tesis.
- Organización de las Naciones Unidas. (1945). *Carta de las Naciones Unidas*. Recuperado el 17 de mayo de 2017 de <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0002>
- Chirino, A. (2008). La seguridad como un topos discursivo. En L. Reyna y S. Cuaresma (Direc). *Derecho penal y Estado de derecho: Reflexiones sobre la tensión entre riesgos y seguridad*. Buenos Aires: Bdef.
- Código Orgánico de la Función Judicial*. (2015). Quito: Corporación de estudios y publicaciones.
- Código Orgánico Integral Penal*. (2014). Quito: Corporación de estudios y publicaciones.
- Constitución de la República del Ecuador*. (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 y Registro Oficial 490, Suplemento, de 13 de julio de 2011.
- Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo. (1989). *Convenio No 169 sobre pueblos indígenas y tribales*. Recuperado el 20 de mayo de 2017 de <http://portal.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/CentrodeReferencia>

/Temasdeanálisis2/administracionyjusticiaindigena/documentos/Conv
enio169.pdf

De Giorgi, R. (1998). *Ciencia del derecho y legitimación*. México D.F: Universidad Iberoamericana.

De Sousa Santos, B. y Grijalba, A. (Eds). (2012). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Quito: Abya Ayala.

Organización de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Recuperado el 21 de mayo de 2017 de http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

Organización de las Naciones Unidas. (2013). *Declaración y Programa de Acción de Viena*. Recuperado el 20 de mayo de 2017 de http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf

Deleuze, G. (1995). *Negotiations 1972-1990*. Columbia: University of Columbia.

Deleuze, G. *Foucault*. (1987). Barcelona: Paidós studio.

Donini, M. (2006). El derecho penal frente al enemigo. En Meliá, C y Gómez, C. (Coord). *El derecho penal del enemigo*. Buenos Aires: Bdef.

Durkheim, E. (2008). *El suicidio*. Madrid: Akal.

Dworkin, R. (1998). *El dominio de la vida*. Barcelona: Ariel.

Federación Internacional de Derechos Humanos. (2015). *Criminalización de la protesta social frente a proyectos extractivos en Ecuador*. Recuperado el 29 de mayo de 2017 de https://www.fidh.org/IMG/pdf/equateur666espagn2015hd_1_.pdf

Ferrajoli, L. (1998). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. (3a.ed.). Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo penal*. México D.F: UNAM.

- Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Mínima Trotta.
- Ferri, E. (1900). *Sociologia criminale*. (4a. ed.). Roma: Fratelli Bocca Editori.
- Foucault, M. (1979). *Microfísica del poder*. (2a. ed.). Madrid: La piqueta.
- Foucault, M. (2002). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Foucault, M. (2007). *Historia de la sexualidad. 1. La voluntad del saber*. (31a. ed.). Buenos Aires: Siglo XXI.
- Foucault, M. (s.f). *Genealogía del racismo*. Argentina: Altamira.
- Freud, S. (1992). *Sigmund Freud. Obras completas XXI*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Gargarella, R. (2005). *El derecho a la protesta social. El primer derecho*. Buenos Aires: Ad-hoc.
- Gargarella, R. (2011). Entre el derecho y la protesta social, en Ecuador. *Rev Especializada en ciencias sociales*, (83.), 78. Recuperado de [http://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/3574/1/RFLAC SO-E83-06-Gargarella.pdf](http://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/3574/1/RFLAC%20SO-E83-06-Gargarella.pdf)
- Garland, D. (2001). *The culture of control. Crime and social order in contemporary society*. New York: Oxford.
- Garland, D. (2012). *La cultura del control*. Barcelona: Gedisa.
- Gracia, L. (2005). Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "derecho penal del enemigo". *Rev de Ciencia Penal y Criminología*, (7.), 12. Recuperado de <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>
- Hegel, G. (2009). *Fenomenología del espíritu*. (2a.ed.). Valencia: Pre-textos.

Hobbes, T. (1993). *El ciudadano*. Madrid: Debate.

Hobbes, T. (1999). *El Leviatán*. Madrid: Alianza.

Organización de las Naciones Unidas. (2012). *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai*. Recuperado el 7 julio de 2017 de http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session20/A-HRC-20-27_sp.pdf

Organización de las Naciones Unidas. (2015). *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai*. Recuperado el 4 de junio de 2017 de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10150.pdf?view=1>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Informe sobre Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos*. Recuperado el 4 de junio de 2017 de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/criminalizacion2016.pdf>

Jakobs, G. y Meliá, C. (Coord). (2006). *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Thomson- Civitas.

Kant, I. (2000). *Crítica de la razón práctica*. Madrid: Alianza.

Kant, I. (2010). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. (16a. ed.). México: Porrúa.

Locke, J. (2006). *Segundo tratado sobre gobierno civil*. Bogotá: Tecnos.

Luhmann, N. (1974). *Grundrechte als Institutions: Ein Geitraa zur Politischen Soziologie*. Berlín: Duncker & Humblot.

Luhmann, N. (1990). *Sociedad y sistema. La ambición de la teoría*. Barcelona: Paidós.

Novena Conferencia Internacional Americana. (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Recuperado el 11 de mayo de 2017 de https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf

- Nuñez, J. (2009). Un análisis abstracto del derecho penal del enemigo a partir del constitucionalismo garantista y dignatario. *Rev Política Criminal*, 4(8.), 386. Recuperado de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992009000200003
- Nuñez, J. (2011). *Crítica a la ideología de la seguridad ciudadana en Ecuador. 91 estrategias contra la violencia*. Quito: Flacso.
- Palerm, A. (2004). *Historia de la etnología. Tylor y los profesionales británicos*. México D.F: Universidad Iberoamericana.
- Pico della Mirandola, G. (1984). *De la dignidad del hombre*. Madrid: Editora Nacional.
- Platón. (1985). *Diálogos vol. 1*. Madrid: Gredos.
- Platón. (2007). *La República*. Buenos Aires: Gradifco.
- Ramírez de Garay, L. (2013). El enfoque anomia-tensión y el estudio del crimen. *Rev Sociológica*, 28(78.), 48. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-01732013000100002
- Real academia española. (2014). *Diccionario de la lengua española*. (23a. ed.). Madrid: Real academia española.
- Rousseau, J. (2006). *El contrato social*. (15a. ed.). México: Porrúa.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal parte general*. Madrid: Civitas.
- Roxin, C. (1962). Zur Kritik der finalen Handlungslehre. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 74(4.), 515-520. doi: <https://doi.org/10.1515/zstw.1962.74.4.515>
- Sánchez, P. (2008). *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*. Montevideo: Bdef.

Sanchez, S. (2008). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (2a. ed.). Buenos Aires: Bdef.

Sartori, G. (1998). *Homo videns. La sociedad teledirigida*. Buenos Aires: Taurus.

Stratenwerth, G. (1993). Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 105(4.), 685. doi: ISSN 0084-5310

Tinoco, H. (2011). *Filosofía del derecho*. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja.

Wolf, M. (1994). *Los efectos sociales de los media*. Buenos Aires: Paidós.

Zaffaroni, E. Alagia, A. y Slokar, A. (2000). *Derecho penal parte general*. Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, E. (1998). *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, E. (2006). *El derecho penal del enemigo*. Madrid: Dykinson.

Zaffaroni, E. (2009). *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, E. (2014). La cuestión criminal. *Rev lus et praxis*, 20(1.), 428.
Recuperado de
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122014000100019

ANEXOS

ANEXO I

Consideraciones críticas acerca de la criminalización de la protesta social. Conversación con el profesor Ramiro Ávila Santamaría.

Fecha: jueves 25 de mayo de 2017, a las 10h30.

Información:

El profesor Ramiro Ávila Santamaría, es jurista y docente del área de derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Abogado y Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Master of Laws, por Columbia Law School, Nueva York; Máster en Sociología del Derecho y Doctor en Sociología del Derecho por la Universidad del País Vasco, Donostia (UPV). Es autor de varias obras y artículos de interés jurídico y social.

El profesor Ramiro Ávila centra su análisis de estudio en la teoría crítica del derecho, neoconstitucionalismo, garantismo penal, derechos humanos y pluralismo jurídico. Varios de sus aportes jurídicos y doctrinarios fueron integrados en la Constitución de Montecristi del 2008, siendo además partícipe en el anteproyecto al Código Orgánico integral Penal (COIP). Ramiro Ávila ha denunciado la criminalización de la protesta social en el Ecuador y ha cuestionado las falencias que posee el COIP. A continuación se detallan las consideraciones del jurista acerca de los tipos penales estudiados en el presente trabajo investigativo, su criterio acerca de la criminalización de la protesta social y el ejercicio del poder punitivo como mecanismo de criminalización selectiva dirigida a miembros de las comunidades indígenas, se abordan las contradicciones entre la Constitución de la República del Ecuador y el COIP, la importancia de la teoría del bien jurídico, su criterio acerca de la escuela dogmática del funcionalismo radical, culminando con un análisis acerca de la tesis del biopoder expuesta por Foucault, como crítica al modelo punitivo ecuatoriano.

Método de entrevista:

Se aplicó el método de entrevista semiestructurada, a fin de que el entrevistado pueda extenderse y profundizar en sus respuestas, para que el lector pueda identificar y analizar con mayor detalle los criterios expuestos.

Preguntas:

- 1. En el ante proyecto del COIP, se generó un proceso de diálogo entre varios grupos sociales, ¿usted como partícipe del proyecto, considera que las recomendaciones de los juristas especialistas en la materia y las inquietudes de la ciudadanía fueron procesadas por la Asamblea Nacional al momento de crear el cuerpo normativo?**

Considero que si existió participación ciudadana y en algunos tipos penales si hubo una influencia, sin embargo en términos generales la elaboración del COIP fue realizada de una forma cerrada y se trató de un proyecto de Alianza País. Una de las mayores deficiencias del COIP se centra en la falta de investigaciones empíricas, puesto que cuando uno averigua el porqué del aumento de las penas y el porqué algunas penas tienen rangos tan pequeños de máximos y mínimos, no hay explicación alguna. Debe existir dosificación en las penas, la inflación punitiva no tiene una base empírica para su sustento, los tipos penales en definitiva fueron realizados más que nada desde la intuición, desde el populismo penal y razones más políticas que técnicas.

- 2. Al realizar un análisis exegético de los tipos penales que conforman el capítulo sexto del COIP, se identificó que el tipo penal de Rebelión tiene 12 verbos rectores y el tipo penal de insubordinación posee once verbos rectores. Por mencionar solo dos casos. ¿Cuál considera usted que es el objetivo detrás de la integración desmedida de verbos rectores en los tipos penales y que principios doctrinarios considera que se vulneran?**

Los tipos penales con esas características, tal como en el caso de los tipos relacionados con drogas o trata de personas, vulneran el principio de legalidad y de taxatividad en la definición de conductas, sin lugar a dudas tiene una intención política de por medio. Autores como Ferrajoli dan cuenta de cómo debería estructurarse un Código penal, eliminando lo más que se pueda algo que es imposible en el idioma español o cualquier uso del lenguaje “las ambigüedades en los tipos penales” puesto que ellos permiten siempre una interpretación desde el órgano que tiene capacidad

para ejercer poder, que en este caso es el sistema penal a través de la Fiscalía, etc.

Entonces, cuando uno observa tipos penales que integran 12 verbos rectores lo que se está haciendo es ampliar el margen de discrecionalidad, arbitrariedad y de expansión de la capacidad violenta del Estado. Se trata de una estrategia conocida en el derecho penal “cuando se quiere ampliar el poder punitivo, lo que debes poner es tipos penales ambiguos” y una de las formas de la ambigüedad es multiplicar los verbos rectores para que cualquier conducta caiga en un acto punible y quien decide acerca de la conducta es el que tiene poder.

- 3. En la obra “El derecho a la protesta. El primer derecho”, el profesor Gargarella aboga por un proceso integrador que permita a los ciudadanos ser realmente partícipes de la deliberación pública, es aquí cuando el derecho a la protesta social constituye una herramienta que permite a la ciudadanía luchar por los demás derechos y evitar los abusos de las instituciones estatales. En el contexto ecuatoriano, los tipos penales tales como Rebelión, Insubordinación, Sabotaje, Paralización de un servicio público, Incitación a discordia entre ciudadanos y Apología, restringen el libre ejercicio del derecho constitucional a la resistencia. ¿Cuál es su opinión al respecto?**

La resistencia en general siempre está en tensión con la regulación estatal, para mí “la resistencia es una forma antisistémica de ejercer derechos sin el Estado y contra el Estado”. Podemos comprender a la resistencia como una forma privilegiada de auto tutela de derechos, por lo que siempre hay tensión, el punto está en que en una sociedad democrática, esa tensión puede ser mayor si se trata de resolver los problemas políticos a través del derecho penal. La ponderación de los bienes jurídicos debe ser mayor, debieron ponderar y argumentar a la resistencia de forma estricta, cosa que no sucedió en el COIP.

4. A pesar de que la Constitución de la República del Ecuador enuncia un enfoque neoconstitucional garantista de derechos sociales, se evidencia en los últimos años una criminalización selectiva, dirigida a las comunidades indígenas. ¿Cuál es su opinión al respecto?

El informe de la Comisión Ecuménica de Derechos Humanos y Acción Ecológica, de Amnistía Internacional, el informe de Human Rights Watch, el Comité Contra la Tortura, el EPU en el Consejo de Naciones Unidas, evidencian que existe un uso intenso del derecho penal para afrontar conflictos sociales, considero que eso genera efectos en la democracia y al Estado constitucional. En el primero en sentido de que en lugar de propiciar el diálogo y la solución política, se anuló la posibilidad de que los actores políticos como es el caso de las comunidades indígenas, puedan resolver sus conflictos en una arena distinta al derecho penal.

El derecho penal no resuelve el conflicto, lo que hace es suspender o anular a los autores del conflicto, por lo que el actuar es inadecuado y disminuye la democracia. En cuanto a los efectos en el Estado constitucional, uno podría apostar que dentro del modelo neoconstitucional en donde los jueces son los árbitros del poder que tienen los ciudadanos, con respecto a los derechos y el poder que tiene el Estado con la fuerza pública, se podría pensar que esos árbitros deberían estar a favor de los más débiles que son los ciudadanos y por lo tanto esos tipos penales no deberían ser usados por inconstitucionales y en el análisis de los tipos penales con los que se están iniciando juicios, cuando hay ejercicio de derechos, por la antijuricidad las personas no pueden ser penalmente sancionadas.

5. Si partimos de la tesis del biopoder explicada por Foucault y la analizamos desde el contexto político ecuatoriano ¿podríamos manifestar que la política de represión a los grupos sociales encaminada por el gobierno en los últimos años, responde a un proceso de domesticación social propio de un Estado biopolítico?

Estoy de acuerdo con la tesis de Foucault sobre la biopolítica, pero considero que el sistema penal no es el único instrumento de control

social, puesto que hay varios instrumentos para este fin, entre los que se encuentran los censos, los procesos de cedulaación, las cámaras en las calles, por lo que hay varios mecanismos de control, entre los cuales el derecho penal es el más severo.

Me llama la atención como el derecho penal tiene la capacidad de traducir un conflicto político-social en un conflicto individual, personal-penal, lo que sin duda constituye biopolítica, el hecho de que una persona en vez de salir a la calle a protestar, tenga que estar yendo a audiencias en un juzgado penal o eventualmente tener una vida con el temor permanente de ir a la cárcel, evidencia como el sistema está diseñado para controlar los cuerpos y la psiquis de los seres humanos. El control del conflicto se concibe a través de la amenaza penal. Por lo que considero Renato que has utilizado una tesis adecuada, que es aplicable.

- 6. En el funcionalismo radical el ejercicio del poder punitivo constituye un mecanismo de protección de la estructura social sistémica. Aquí la pena se despoja de la finalidad social y se limita estrictamente a la autoconservación del sistema social. En esta escuela dogmática se considera a la teoría del bien jurídico irrelevante ¿al observar tipos penales como *apología*, se puede manifestar que no se genera realmente una lesión al bien jurídico *seguridad pública*, se podrá decir entonces que en el Ecuador tenemos un modelo punitivo que encuentra relación con el funcionalismo radical?**

Considero que las escuelas dogmáticas en general como lo son el finalismo, el funcionalismo y el garantismo, no son malas ni buenas per se, el funcionalismo puede eventualmente, proponer herramientas para resolver casos, lo mismo sucede con el finalismo o el garantismo.

El funcionalismo es justo para analizar el crimen organizado y para averiguar la responsabilidad penal en delitos contra la lesa humanidad. Sin embargo la teoría del bien jurídico protegido puede ser aplicado para cualquier tipo penal, cuando tengo un delito de mero peligro como es en el caso de la asociación ilícita, la tenencia de armas, drogas o por la tenencia de objetos “considerados peligrosos” como en el caso 10 del Luluncoto,

me parece que la teoría del bien jurídico protegido ayuda en cualquier caso y en cualquier tipo penal a visibilizar el daño que se produce en un tipo penal específico y percatarnos si se está vulnerando o no derechos fundamentales, en el caso de que no se vulneren derechos fundamentales, por el principio de derecho penal mínimo no debería operar la acción penal, excluyéndose el juzgamiento punitivo.

Considero que todavía existen tipos penales que pueden ser utilizados de forma funcionalista en el sentido de la mera protección a la gente que tiene poder, considero que ahí, los actores como los fiscales, juristas, jueces y abogados pueden utilizar la teoría del bien jurídico, puesto que ayuda a ver la legitimidad, la lesividad, la legalidad y los derechos, entonces me parece que siempre hay que usarla.

ANEXO II

Tabla 1.

Axiomas del garantismo penal

Axioma	Principio
<i>A.1. No hay pena sin delito</i>	retributividad
<i>A.2. No hay delito sin ley penal</i>	legalidad
<i>A.3. No hay ley penal sin necesidad</i>	necesidad
<i>A.4. No hay necesidad sin lesión</i>	lesividad
<i>A.5. No hay lesión sin acción</i>	materialidad
<i>A.6. No hay acción sin culpa</i>	culpabilidad
<i>A.7. No hay culpa sin juicio</i>	jurisdiccionalidad
<i>A.8. No hay juicio sin acusación</i>	acusatorio
<i>A.9. No hay acusación sin prueba</i>	carga de la prueba
<i>A.10. No hay prueba sin defensa</i>	contradicción

Penal

Procesal

Nota: Esquema de mi autoría adaptado de Ferrajoli, L. (1998). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. (3a.ed.). Madrid: Trotta, pp. 91-116.

