

LA RECIENTE POLÍTICA LEGISLATIVA PENAL EN E C U A D O R

PROF. DR. ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL
Catedrático de Derecho Penal. Universidad Católica de Guayaquil



Introducción.-

El proceso de la política legislativa penal en Ecuador no ha estado al margen de las influencias que se vienen dando en la región, y esto para referirnos a esta parte del mundo hispano-parlante. Algunos como el autor de esta ponencia, ya nos hemos venido pronunciado por la conveniencia de alimentar la propuesta de un *discurso penal garantista y liberal*, necesario para la subsistencia de un Estado de Derecho. En esto nos hemos declarado seguidores de

las propuestas de un *derecho penal mínimo* que viene haciendo el profesor LUIGI FERRAJOLI.¹

A contrapelo de lo dicho, en Ecuador se han ido entronizando verdaderas propuestas de *derecho penal máximo*, con un discurso que como veremos ha ido recortando garantías constitucionales, aumentando progresivamente las penas y con propuestas recientes que llegan incluso a presentar como avances legislativas, proyectos de *prisión de por vida* o la llamada comúnmente *cadena perpetua*; alimentada por periodistas y políticos, que encontraron en esta respuesta la solución mágica al incremento de la criminalidad. No negamos que exista tal incremento incluso el de la criminalidad de contenido violento, pero somos por formación, contrarios a responder a la violencia estructural con la violencia oficial, proveniente de las agencias de control social formal. Con esta respuesta sumamos a la creciente *criminalización primaria*, un novedoso proceso de *criminalización secundaria* con publicitadas campañas de *ley y orden*, en que van apareciendo en nuestro país expertos del primer y del tercer mundo para hablarnos de ese creciente discurso de *tolerancia cero* y de máxima seguridad ciudadana.

Las expresiones del prof. RAUL ZAFFARONI en obra reciente tienen gran contenido y significado, pues nos recuerda que, “el poder punitivo en América Latina se ejerce mediante medidas de contención, para sospechosos peligrosos, o sea que se trata en la práctica de un derecho penal de *peligrosidad presunta* que sobre la base de esta impone penas sin sentencia condenatoria formal a la mayor parte de la población prisionizada. Dicho en otros términos mas claros: aproximadamente tres cuartas partes de los presos latinoamericanos están sometidos a medidas de contención por sospechosos (prisión o detención preventiva). De ellos casi un tercio serán absueltos. Esto significa que en una cuarta parte de los casos los infractores son condenados formalmente y se les hace cumplir sólo un resto de pena; en la mitad del total de casos, se verifica que el sujeto es infractor pero se considera que tiene cumplida la pena que se ha ejecutado con el tiempo de la prisión preventiva o medida de mera contención; en la cuarta parte restante, no se puede verificar la infracción y, por ende, el sujeto es liberado sin que se le imponga ninguna pena formal”.²

Recuento de las reformas penales.-

Mediante Ley 99-49 del 25 de enero del 2000, el Congreso de la República creó los Delitos contra el Patrimonio Cultural, así como los Delitos contra el Medio Ambiente, que incluye a los ecológicos. Se ha creado mediante Ley 2000, del 30 de junio del 2000, el delito de Tráfico Ilegal de Migrantes, para tratar de frenar el denominado “coyoterismo” o tráfico de personas que son igualmente estafados. Esto no ha frenado la Migración que se produce por razones eminentemente sociales y económicas, y que se considera como el

¹ FERRAJOLI Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, Madrid , 1997.

² ZAFFARONI Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 69.

primer rubro de ingreso de divisas para el Estado por las remesas o envío de dineros, en un estimado de 1500 millones de dólares por año.

Se limitó el beneficio de la excarcelación en el tráfico ilegal de emigrantes, sin que disminuya la incidencia de la emigración, pues se trata de una de las nuevas formas de la delincuencia organizada en que fallan los niveles de control policial o militar. Hay que pensar en la rentabilidad de este negocio, pues cada emigrante paga aproximadamente 10.000 dólares por la aventura, y una pequeña embarcación puede llevar a no menos de 80 pasajeros, lo cual significa una *utilidad* de 800.000 dólares por viaje.

No existe un proceso de reforma para la *ley sustantiva penal*, aunque hay un proyecto de nuevo Código Penal de mi autoría en el Congreso Nacional desde 1997, del que se ha tomado ya para una reforma parcial, el Capítulo de los *Delitos Ecológicos*. Lo que ha existido es una propuesta ya consolidada, desde el 28 de septiembre del 2001, de aumento de penas para llegar hasta la máxima penalización de 25 años en casos de violación agravada, secuestro agravado con muerte del secuestrado y asesinato. Había la posibilidad de llegar hasta los 35 años en el caso de un concurso ideal de infracciones reprimidas con reclusión mayor especial que es de dieciséis a veinticinco años. Probablemente por un mal manejo de la teoría del delito, se olvidaron los autores de la reforma que existe el concurso real de infracciones penales, caso en el que también debía funcionar la acumulación técnico – jurídica de las penas, del Art. 81 reformado del CP nuestro. No conocemos aún un caso en que se haya aplicado esta penalización máxima.

En materia penitenciaria ha habido un recorte de las conquistas de los internos, pues se suprimió la ley del 2 x 1, y hoy es de 180 días por cada cinco años. Esta reforma se dio igualmente el 28 de sep. del 2001, con la Ley 2001- 47, caracterizada por un aumento de penas mediante la creación de la reclusión mayor especial antes indicada, de un sistema de acumulación reglada de hasta 35 años, y por la reforma al Art. 33 de la Ley de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, que prevenía la rebaja del 2 x 1, misma que fue pulverizada por esta propuesta de derecho penal máximo, propia de políticos y no de juristas, que utilizaron el argumento de que había necesidad de aumentar las penas en delitos sexuales y contra las personas, así como en el caso de secuestro y robo agravados con muerte de las víctimas.

Mediante Ley 2002-75, del 7 de agosto del 2002, se hicieron reformas al Código Penal para convertir en dólares las penas de multas que estaban previstas en sucres.

El *derecho penal del enemigo* seguramente produce mayores réditos políticos y de allí surge su funcionalidad. La propuesta de consulta popular del ex Presidente Lucio Gutierrez para tratar de legitimar la violación de la Constitución Política del Ecuador por parte del Congreso de la República el 8 de diciembre del 2004, es una clara evidencia de la utilización de este discurso maximalista, pues ante la falta de respaldo ciudadano a su propuesta, la reajustó y le agregó, endurecer las penas en los delitos de narcotráfico, secuestro, homicidio,

enriquecimiento ilícito, peculado, cohecho, concusión, desaparición forzada de personas y violación.³

De acuerdo con la Constitución Política vigente, son imprescriptibles las acciones y penas por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia. No cabe en estos casos, el indulto o la amnistía. (Art. 23, numeral 2, último inciso). Son igualmente imprescriptibles, los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, y los procesos se pueden sustanciar hasta su conclusión, aún en ausencia de los acusados (Art. 121 de la Constitución Política).

Una propuesta de reformas estuvo dirigida al tema de la Pornografía Infantil y de la Prostitución Infantil, habiendo cinco proyectos de distintos legisladores, para octubre del 2004. Estas propuestas pecaban de anti técnicas, porque desconocían que en el nuevo Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador del año 2003, están correctamente definidos, el maltrato de niños y adolescentes, la pornografía y prostitución infantiles, y el tráfico de niños y adolescentes, cuya descripción típica fue en buena medida tomada de ese cuerpo legal, y extrapolada al Código Penal. Una vez que esto se cumplió, poco se discutió la penalización adecuada y justa, en función de la gravedad de los bienes jurídicos afectados. Por lo demás hay que recordar que este tipo de delincuencia organizada transnacional tiene un gran mercado de consumo en el primer mundo, con una economía subterránea que significan algunos miles de millones de dólares, siendo los explotados los países pobres de la periferia, que sufren la depredación de su gran reserva moral que son los niños y adolescentes.

En palabras del profesor RAUL ZAFFARONI, “a partir del reconocimiento de que la actual tendencia globalizante aumenta la conflictividad y los peligros, en lo que se ha llamado la sociedad de riesgo, la teoría que legitima el derecho penal de riesgo, desemboca en un *estado preventivista*, que ahoga al estado de derecho, confundiendo prevención policial con represión penal, reemplazando la ofensividad por el peligro y reduciendo los riesgos permitidos. El derecho penal de riesgo convierte a los delitos de lesión en delitos de peligro, eliminando el *in dubio pro reo* cuando no se puede probar con certeza la producción del resultado, como también la reserva de la ley mediante la administrativización ... a la ley penal no se reconoce otra eficacia que la de tranquilizar a la opinión, o sea, un efecto *simbólico*, con lo cual se acaba en un *derecho penal simbólico*, o sea, que no se neutralizan los riesgos sino que se le hace creer a la gente que ya no existen, se calma la ansiedad o, mas claramente, se miente, dando lugar a un derecho penal promocional, que acaba convirtiéndose en un mero difusor de ideologías”.⁴

Estas propuestas se consolidan con importantes reformas contenidas en la Ley 2005-2, del 23 de junio del 2005, que si bien es verdad fueron trabajadas por legisladores de diferentes tendencias políticas, fueron impulsadas por

³ Diario EL UNIVERSO, edición del jueves 3 de marzo del 2005, sección política, p. 3A.

⁴ ZAFFARONI Eugenio Raúl, Derecho Penal. Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2.000, p. 336-337.

ONG vinculadas con temas de niñez y adolescencia, en que se tipifican y sancionan los llamados delitos de explotación sexual que teniendo como víctimas a mayores de catorce y menores de dieciocho años, sus autores reciban penas de seis a nueve años de reclusión menor ordinaria, y el decomiso de los objetos y de los bienes producto del delito, la inhabilidad para el empleo, profesión u oficio. La penalización está dirigida a quienes produjeran, publicaren o comercializaran imágenes pornográficas, materiales visuales, audiovisuales, informáticos, electrónicos o de cualquier otro soporte físico o formato, u organizare espectáculos en vivo, con escenas pornográficas.

Las mismas sanciones se prevén para quienes distribuyan imágenes pornográficas con la exhibición de mayores de doce y menores de dieciocho años, así como para quienes faciliten el acceso a espectáculos pornográficos. La pena se agrava a reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años, cuando la víctima sea menor de doce años o discapacitado; y en caso de reincidencia la pena será de veinticinco años de reclusión mayor especial. Cuando el infractor de estos delitos sea el padre, la madre, los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, los tutores, los representantes legales, los curadores o cualquier persona del entorno íntimo de la víctima, etc., la pena es de dieciséis a veinticinco años; y, si la víctima fuese menor de doce años, se aplicará el máximo de la pena. Apreciamos que se ha creado en este tipo de criminalidad la penalización máxima como pena fija, rompiendo así el esquema tradicional que permite al juez aplicar una pena que se encuentre entre un mínimo a un máximo, como ocurre por ejemplo en el caso de un asesinato en que la pena imponible es de dieciséis a veinticinco años.

Se dejó fuera del ámbito de la criminalización la conducta de los usuarios de la pornografía infantil, que es una actividad por su alto costo de mayor demanda en el primer mundo. Somos los países pobres de la periferia los que recibimos el mayor impacto, y se producen estas demandas de "justicia" cuando se producen hechos graves como ocurrió en Ecuador, al descubrirse una importante red de pornógrafos infantiles a partir del año 2002.

En este importante paquete de reformas, se tipifica como delito la promoción de actividades turísticas que implican servicios sexuales, con penas que van de los seis a nueve años, aumentada a doce años si la víctima es menor de dieciocho años, o menor de doce años; o cuando el ofensor sea conyugue, conviviente o pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de la víctima, o si es representante legal, padrastro, madrastra o ministro de culto. Otras tipificaciones están referidas a la contratación de actividades sexuales con menores de edad, con sanciones de ocho a doce años. Igual pena se establece para el traslado y entrega de personas para explotación sexual. Se incrementan las penas al máximo si la víctima es menor de dieciocho años de edad. Las penas pueden ser de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años si la víctima es menor de doce años; si hay abuso de autoridad o de situación de necesidad o vulnerabilidad de la víctima; si el ofensor es conyugue, conviviente o pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de la víctima; si el infractor tiene algún tipo de relación de confianza, autoridad, si es representante legal, padrastro o ma-

drastra de la víctima o ministro de culto; y, si la víctima sufre como consecuencia del delito una lesión física o daño psicológico permanente o contrae una enfermedad grave o mortal.

Si se produce la muerte de la víctima por la comisión de cualquiera de los delitos antes mencionados habrá lugar a la pena de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.

En el Capítulo siguiente de las reformas del 2005, hay novedades: en la escala punitiva porque se establece que en caso de concurrencia de delitos sexuales y/ o de trata de personas, las penas se acumularán hasta un máximo de treinta y cinco años. Y en tratándose de la prescripción de la acción penal se establece como tiempo el doble del tiempo de la pena máxima prevista para cada infracción, sin que el plazo pueda exceder de cincuenta años. La pena prescribirá en un tiempo igual al doble de la condena, pero el plazo de prescripción nunca será mayor de treinta y cinco años ni menor de cinco años. Novedad importante y al mismo tiempo contradictoria es la irrelevancia de la víctima menor de edad en los delitos sexuales (Art. 528.18, de las reformas del 2005), pues se dejó vigente la figura del *estupro* como cópula *con una persona* empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento (Art. 509 del Código Penal, vigente).

Ya en las reformas del año 2005 (Art. 528.20) se hacen importantes recortes al tratarse de determinados beneficios de excarcelación, pues se legisló manifestando que: lo relacionado con libertad condicional, reducción de penas, modificación de la pena, suspensión del cumplimiento de la pena, condena condicional y libertad condicional, no se considerarán ni aplicarán para el caso de los delitos contemplados en la reforma, cuando hubiesen sido cometidos en contra de personas menores de dieciocho años de edad.

Profunda discusión y preocupación motivaron parte de las reformas mediante las cuales se suprimió el *atentado contra el pudor*, más como fruto de una mala técnica de redacción legislativa que como intención inequívoca del legislador, misma que se trató de convalidar con el argumento de que se había refundido el *atentado contra el pudor* en una sui géneris figura llamada; *sanción por obligar a realizar actos sexuales sin acceso carnal*. En verdad se derogaron con las reformas del 2005, los artículos 505, 506 y 507, siendo por ende falso que hayan sido reemplazados por el 504.1 de las reformas. Esto motivó incluso que se haya dispuesto la libertad de quienes se encontraban cumpliendo condena por *atentado contra el pudor*, y para agosto del 2006 se trató de reparar el yerro legislativo con una ley interpretativa que sostenía que el *atentado contra el pudor* estaba vigente y refundido en el cumplimiento para realizar actos sexuales sin acceso carnal. Algunos sectores vinculados a la niñez y adolescencia pidieron que se aplique el principio del interés preponderante previsto en la Constitución de Ecuador de 1998, así como en el Código de la Niñez y Adolescencia del año 2003, que tomó de la Convención de NN.UU ratificada por el Ecuador importantes propuestas con las que se ha pretendido reemplazar en el marco teórico y normativo la doctrina de la *situación irregular* muy propia de los viejos y caducos códigos de menores, por la

doctrina de la *protección integral*. Como bien sabemos esta doctrina de la *protección integral*, en países no desarrollados como Ecuador sigue siendo una quimera.

Niños, adolescentes y sistema penal.-

Ecuador tenía vigente un Código de menores que se inspiraba en la *doctrina de la situación irregular*, no obstante que había ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño, que se inscribe en la *doctrina de la protección integral*, según publicación en el RO 31, del 22 de septiembre de 1992. Con la Ley 2002-100, publicada en el RO 737 del 3 de enero del 2003, se dictó el Código de la Niñez y la Adolescencia, que sigue las nuevas propuestas de la doctrina de la *protección integral* y pretende respetar a niños y adolescentes como sujetos de derechos, y no como objetos del proceso.

En el artículo final del nuevo Código se estableció su plena vigencia, después de ciento ochenta días de su publicación en el Registro Oficial, es decir a partir del 3 de julio del año 2003, por lo que se trata de un modelo aún no trabajado sino en el marco teórico. Es verdad que a partir del nuevo Código, los niños y adolescentes deben ser sometidos a un procedimiento instructorio diferente.

El tiempo previsto para la implementación total del nuevo modelo es de dieciocho meses, por la serie de instituciones como la Comisión Nacional y las Comisiones Cantonales de la niñez y adolescencia que deben crearse. Es prematuro establecer por de pronto un pronóstico de lo que vaya a ocurrir. En el marco teórico se busca crear un modelo de justicia penal juvenil, similar al de Costa Rica, con policía, jueces, fiscales, defensores, y cortes especializadas en el tratamiento de niños y adolescentes infractores, a quienes se les reconocen todas las garantías constitucionales del *debido proceso* y un trato preferencial por mandato constitucional que considera sus derechos preeminentes, PERO sin un estudio de factibilidad previo, no sabemos siquiera cuanto podría costar realmente este nuevo modelo.

No se pueden procesar a niños y adolescentes, y a adultos en una misma causa. Deben ser procesados en diferentes causas y ante diferentes jurisdicciones. El Art. 40 del Código Penal determina la inimputabilidad por minoría de edad, expresando: "Las personas que no hayan cumplido dieciocho años de edad estarán sujetas al Código de Menores". De acuerdo con el Art. 256 del Código de la Niñez y Adolescencia del 2003, hay la propuesta de una Justicia especializada de la Niñez y Adolescencia, cuya gestión debe inspirarse en los principios de humanidad en la aplicación del derecho, priorización de la equidad por sobre la ritualidad del enjuiciamiento, legalidad, independencia, gratuidad, moralidad, celeridad y eficiencia.

Teóricamente y de acuerdo con el nuevo Código de la Niñez y Adolescencia del 2003., se da paso a un fuero especial de menores tanto de las víctimas como de los infractores. La Constitución Política de la República en el Capítulo IV, se refiere a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y entre

estos derechos de nueva generación en la sección 5ta., se refiere a los grupos vulnerables entre los que se menciona a los niños y adolescentes. En el artículo 48 de esta sección se reconoce el principio del interés superior de los niños y de que sus derechos prevalecerán sobre los de los demás. El artículo 259 del Código de la Niñez y Adolescencia insiste en el tema de la justicia especializada.

Se han creado salas especializadas en el nivel de Cortes Superiores para el tema de niñez y adolescencia; y, existen las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia para resolver la casación, también prevista como recurso para la niñez y adolescencia. Se les garantiza el derecho de defensa incluso en mayor medida que si se tratase de un delincuente adulto.

En Ecuador nos encontramos frente a un modelo “por armar”, en el que se insiste mucho en las garantías del debido proceso, estableciendo el Art. 257 del nuevo Código del 2003, que en todo procedimiento judicial que se sustancie con arreglo al Código se asegurará la inviolabilidad de la defensa, la contradicción, la impugnación, la intermediación, el derecho a ser oído y las demás garantías del debido proceso, como el derecho de *hábeas corpus*.

En teoría se puede afirmar que se tiende a proteger el derecho de defensa de niños y adolescentes, incluso en mayor medida que los adultos como cuando se dispone respetar el derecho a la intimidad y a la integridad física y emocional del niño, niña o adolescente. Lamentablemente como expresamos precedentemente, no existe un estudio de factibilidad que permita aproximarnos a los costos reales que debe demandar una empresa de tal magnitud, como es la relacionada con una justicia especializada para niños y adolescentes, que incluye policía, fiscalía y defensoría pública igualmente especializadas, mismas que en puridad no existen. Ni siquiera existen estudios serios para tener idea del tiempo que demandaría la verdadera aplicación del nuevo modelo!

Parece rescatable destacar que el modelo de justicia penal juvenil, contenido en el Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, se aparta de un modelo como el costarricense, en que se aplican verdaderas penas privativas de la libertad para los delincuentes jóvenes bajo la forma de medidas de internamiento de hasta quince años para menores entre los quince y los dieciocho años, y de diez años para menores con edades entre los doce y los quince años, conforme al Art. 131 de la Ley de Justicia Penal de Costa Rica.. Esta sanción de internamiento que es una privación de la libertad de carácter excepcional, procede cuando se trate de delitos dolosos sancionados en el Código Penal o leyes especiales, para mayores de edad con pena de prisión superior a los seis años, y cuando haya incumplido injustificadamente las sanciones socioeducativas o las ordenes de orientación y supervisión impuestas. Es verdad que la legislación de Costa Rica prevé otras formas de internamiento como el **internamiento domiciliario** (Art. 129) con una duración que no supera el año, así como el **internamiento en tiempo libre** (Art. 130) con un tiempo límite de hasta un año.⁵

⁵ TIFFER SOTOMAYOR Carlos, Ley de Justicia Penal Juvenil, San José, Costa Rica. 1996, p. 120-123.

En Ecuador se mantiene el nombre de medidas socio-educativas, que proceden cuando una autoridad judicial ha declarado previamente la responsabilidad del adolescente en un hecho tipificado como infracción penal (Art. 369 del Código de la Niñez y Adolescencia), siendo lo mas grave el denominado **internamiento institucional** en el numeral 10, mismo que dice: “es la privación total de la libertad del adolescente infractor. Esta medida se aplica únicamente a adolescentes infractores mayores a catorce años de edad y por infracciones que en la legislación penal ordinaria son sancionadas con reclusión. A los adolescentes menores a catorce años, se la aplicará únicamente en los delitos de asesinato, homicidio, violación, plagio de personas y robo con resultado de muerte”. El **internamiento institucional** es hasta por cuatro años, según el Art. 370 ibidem., y en caso de reincidencia se le impone el máximo de la medida o de duración de la misma, al tenor del Art. 372 ibidem.

Quedan por fuera del radio de acción del sistema de justicia penal juvenil en Ecuador, el niño o niña que no ha cumplido doce años de edad; pues el sistema es propio para el adolescente, entendiéndose por tal a la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad. (Art. 4 ibidem.).

El discurso referido a los delincuentes jóvenes no ha cambiado sino en sus códigos, pasando normativamente de un modelo a otro, y los **sistemas penales** a ellos referidos terminan por convertirse en agentes de **desviación primaria**, contradiciendo la ideología legitimadora de su carácter tutelar, defensor de la minoridad y paternalista. Tales **sistemas** en lo que tienen que ver con la administración de justicia de los jóvenes, establecen diferencias por el etiquetamiento de categorías: de **delincuencia juvenil, conducta irregular, menores en estado de abandono**, etc., que son precondicionantes de de carreras criminales, pues desde la imposición de la etiqueta producen estigmatización y amparan la institucionalización de los delincuentes jóvenes, con un efecto probablemente mas nocivo, que el que produce la estigmatización de los delincuentes adultos que son igualmente víctimas de un secuestro institucional.⁶

En el ámbito de la justicia penal juvenil, los jueces que generalmente no son expertos en la materia, al igual que fiscales y policías, a más de la impreparación en una materia especializada como esta, cuentan con un formidable margen de discrecionalidad que se materializa en una práctica arbitraria y abusiva del internamiento, que es simplemente institucionalización, aunque se la trate de maquillar como medida de seguridad o medida socio-educativa que en el fondo es privación de la libertad.⁷

Recordamos aquí, las lapidarias expresiones de EMILIO GARCIA MENDEZ, “estamos convencidos también de que muchos de los juristas que nos acompañaron estarán de acuerdo en esta paráfrasis heterodoxa del gran filósofo del

⁶ ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, Temas de Ciencias Penales, Editorial Offset Graba, Guayaquil, 1996, p. 37-38.

⁷ ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, en ob. Cit. p. 39.

derecho Gustav Radbruch posible de ser expresada en estos términos: si un requisito para ser un buen jurista es tener la conciencia sucia, para ser un buen jurista de 'menores' hay que tener la conciencia muy sucia".⁸

El argumento legitimante de la institucionalización, es que no se trata de una privación de la libertad, sino de una medida de seguridad para proteger al niño o al adolescente del contagio social⁹. La realidad es otra, porque en las circunstancias que vive el sistema de justicia penal en Ecuador, aun no se consolida la Ley Orgánica de la Defensa Pública Nacional, por lo cual un joven afectado en sus derechos y garantías no cuenta con mecanismos mínimos de defensa frente al abuso que conlleva la institucionalización. La desprotección al joven es un tema recurrentemente reconocido, pues como nos dice AZAOLA GARRIDO, "en muchas ocasiones la puesta en práctica de una política que se erige en defensa del menor, termina paradójicamente colocándolo en posición de desventaja con respecto al adulto"¹⁰. Un sistema aparentemente protector puede también convertirse en un instrumento de desviación secundaria, porque el internamiento de jóvenes "por su propia seguridad" en reclusorios juveniles sin ninguna separación; con una abierta promiscuidad entre jóvenes calificados de conducta irregular, de delincuentes o de niños y adolescentes en situación de abandono o desamparo; les brinda la oportunidad de pasar de una categoría menor a una mayor.

RAUL ZAFFARONI denunciaba ya hace algunos años el discurso perverso de carácter tutelar y paternalista de este tipo de sistemas penales y en abierta crítica a jueces, justicia e instituciones, expresaba: "prosiguiendo ese derrotero, las facultades omnímodas de tales magistrados, combinadas con una global despreocupación administrativa respecto de la creación de una infraestructura básicamente apta para el desenvolvimiento de un patronato digno, condujo a la implementación de un tratamiento temporalmente indeterminado, impuesto a los menores ineluctablemente, irrespetuoso de las garantías procesales mas elementales y ahogado, en punto a las medidas extremas de internación en una hojarasca de eufemismos, 'fundaciones', 'hogares escuelas', 'institutos', 'reformatorios', encubridores de una dantesca realidad".¹¹

Política Penal antidrogas.-

Esta tendencia que marca la dialéctica moderna de los procesos de legislación, *derecho penal mínimo vs. derecho penal máximo*, tiene otros ejemplos en el Ecuador con la Ley de Drogas de 1990 y con la reciente codificación o reciclaje

⁸ GARCIA MENDEZ Emilio, Infancia Adolescencia y Control Social en América Latina. Primer Informe. Depalma, 1990, p. 9.

⁹ TOCORA Fernando, señala " las garantías procesales que suelen reconocerse en el proceso liberal, son muchas veces desconocidas en los procesos de menores, bajo el argumento de preservarlos de la estigmatización y del escarnio público, así como por la confianza incontestada en un juez – padre sabio y competente, que resolverá infaliblemente el conflicto". Política Criminal en América Latina, ediciones L.P. Bogotá- Colombia, 1990, p. 88.

¹⁰ GARRIDO Azaola. La Ilusión de la "verdad" en la investigación de menores delincuentes. Doctrina Penal, año 12, abril-sep. 1989, No. 46-47. Depalma, Buenos Aires, pág. 241.

¹¹ ZAFFARONI Eugenio Raúl. Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. Informe Final. Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 242.

de la misma del 2004¹². Este fenómeno no es aislado y forma parte de una estrategia de transnacionalización del control aunque la política sobre drogas acusa un innegable fracaso, dando lugar desde principios de siglo a dos tendencias contrapropuestas.¹³

La Ley de Drogas ecuatoriana fiel a las directrices de la Convención de Viena de 1988 ha ampliado el objeto material incluyendo a los precursores químicos, a los equipos y materiales destinados a fines de cultivo, fabricación o tráfico de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, con una marcada preeminencia del elemento subjetivo. Igualmente se ha ampliado el objeto material para incluir a los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de las actividades del tráfico ilícito.

Hoy se encuentran despenalizadas las conductas encaminadas al uso personal, pues encontrábamos la paradoja de que la tenencia para consumo estaba prevista como delito (Art. 62), pero si la droga ya había sido consumida se enervaba la responsabilidad penal y el drogodependiente debía ser conducido a una casa asistencial (Art. 32), esto significaba no otra cosa que una ilógica punición de actos preparatorios pues la posesión o tenencia tiene un fin que es impune , pero sus actos previos no. Coincidimos con JOSE LUIS DIEZ RIPOLLES de que tal política criminal resulta inadmisibile: implica una flagrante violación de la libertad personal en un contexto pervertido de protección de la salud de un modo difícilmente compatible con importantes preceptos constitucionales, " supone perseguir un objetivo imposible, con los consiguientes efectos negativos sobre la conciencia de validez de las normas jurídicas; va a causar, con diferencia, más daños que ventajas, en oposición al principio de **ultima ratio** que debe inspirar la legislación penal; y contradice el precepto de la propia Convención, que taxativamente establece que las medidas tendientes a eliminar o reducir la demanda ilícita, deberán tener como mira destacada la de reducir el sufrimiento humano ".¹⁴

El radio de aprehensión de la Ley de Drogas de 1990 reciclada el 2004, contempla comportamientos específicos de ejecución imperfecta, y de autoría y participación, como cuando se hace referencia a la fabricación, transporte o distribución de materiales, equipos o precursores químicos con el conocimiento de que se pretende utilizarlos con fines de cultivo, producción o fabricación ilícitos de las drogas ilegales. Debemos reconocer que se están tipificando y sancionando actos preparatorios de una eventual participación en un delito. Así

¹² Promulgada en el suplemento del Registro Oficial No. 490 de 27 de diciembre de 2004.

¹³ DIEZ RIPOLLES José Luis, Alternativas a la actual legislación sobre drogas, en Nuevo Foro Penal, No. 54, Temis, Bogotá, 1991, p. 467, al referirse a estas tendencias contrapropuestas expresa: " la primera de ellas insiste en la necesidad de exacerbar la persecución, singularmente penal, de esas conductas, atribuyendo los resultados negativos obtenidos hasta ahora a no haber agotado plenamente el modelo elegido. La segunda cuestiona la política represiva desde muy diversos puntos de vista, entre los que se destacan recientes razonamientos sobre su nula eficacia, sus contraproducentes efectos colaterales y su distorsionada consideración de la protección de la salud y la libertad de los ciudadanos adultos".

¹⁴ DIEZ RIPOLLES José Luis, op. cit., p. 470. Cfr. Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, El discurso de la droga o el juego de la doble moral, en Libro Homenaje al Dr. Jorge Zavala Baquerizo, Edino, Guayaquil, 1992, p. 249-250.

mismo se sancionan penalmente la instigación o inducción públicas, y la asociación y confabulación para cometer una serie de conductas calificadas como delictivas, con lo cual se estarían tipificando actos preparatorios que se incluyen en los conceptos de conspiración o provocación.

Creemos que un examen de la ley vigente nos permite encontrar la punición de supuestos de autoría mediata, inducción o cooperación necesaria tipificándose diferentes formas de autoría y participación referentes a la organización, gestión o financiación de conductas básicas e incluso de conductas preparatorias. Se hace referencia así a la participación, asistencia, incitación, facilitación y asesoramiento de diferentes conductas sancionadas. El encubrimiento se sanciona tanto para conductas realizadas como para actos preparatorios con lo que se pretende sancionar la conversión o transferencia de bienes para ocultar su origen, o para eludir las consecuencias jurídicas de los responsables, la ocultación o encubrimiento de tales bienes, así como la adquisición, posesión o utilización de bienes cuyo origen ilícito se conozca en el momento de recibirlos. Vale decir que se ha introducido un elemento subjetivo en el tipo que sería el conocimiento del origen de tales bienes por parte del encubridor, que va a responder por un delito autónomo. Conviene aclarar que para el año 2005 se dictó como ley autónoma, la llamada *Ley para reprimir el lavado de activos*.

En esta propuesta expansiva del derecho penal en materia de drogas ilegales se hace referencia al encubrimiento, y se alude también a supuestos de receptación, con lo cual se pretende sancionar el aprovechamiento para sí como para un tercero, llegándose a penalizar el encubrimiento de partícipes y hasta conductas preparatorias de un acto de receptación o favorecimiento real. DIEZ RIPOLLES al analizar el contenido de la Convención de Viena de 1988 que contiene el germen de esta propuesta de derecho penal máximo, expresa " se ha producido un desmesurado avance en el ámbito de la criminalización de comportamientos relacionados de alguna manera con el tráfico y consumo de drogas: se aspira a una punición absoluta, claramente incompatible con los actuales principios jurídico penales de intervención mínima y de seguridad jurídica".¹⁵ Estas afirmaciones surgen por la punibilidad de conductas preparatorias en grados de autoría y participación, incluido el encubrimiento, o a la inversa por el encubrimiento de actos preparatorios, o porque se considere delito el encubrimiento de actos de participación en conductas ejecutivas o preparatorias.

Como hemos expresado en otros documentos, la penalización por drogas en el caso ecuatoriano llegó a ser la más alta en nuestro país (25 años); caracterizada por un recorte de garantías constitucionales, con una inversión de la carga de la prueba afectándose así el principio de inocencia. Aunque se declaró la inconstitucionalidad del Art. 116 de la Ley de Drogas, se le sigue otorgando valor probatorio a las actuaciones policiales generalmente reñidas con un discurso respetuoso de los derechos humanos y garantías mínimas, y se llega a utilizar a los delincuentes delatores, favoreciendo su situación, etc.¹⁶

¹⁵ DIEZ RIPOLLES José Luis, op. cit., pp. 471-472.

¹⁶ ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, Las drogas, nuevas iniciativas : extradición, hábeas corpus, pena de muerte y los derechos humanos, en Criminología y Derecho Penal, año 2, enero-diciembre

Como se ha dicho con acierto en referencia al tema del derecho penal frente a la problemática de la droga, " si la historia del derecho penal es la historia de un fracaso, nada mejor para demostrarlo que el fracaso de la política penal seguida a escala internacional desde la famosa Convención de la ONU de 1961, en relación con el tráfico de drogas. Ninguna de las soluciones técnico legislativas adoptadas hasta la fecha ha servido para combatir adecuadamente el fenómeno. Más bien ha sucedido lo contrario".¹⁷

Política penal en lavado de activos.-

A lo dicho agregamos que mediante Ley 12-2005, el Congreso Nacional dictó la llamada *Ley para reprimir el lavado de activos*, publicada en el Registro Oficial No. 127 de 18 de octubre del 2005. Este cuerpo legal se consolida, una vez que se discutió y aprobó un proyecto relacionado con propuestas para tipificar y penalizar el LAVADO DE ACTIVOS o BLANQUEO DE CAPITALS, provenientes de cualquier actividad ilícita, tomando en cuenta el avance del crimen organizado y de la delincuencia organizada transnacional, que según parte de los considerando: afectan a la economía, a la administración de justicia, a la gobernabilidad de los Estado, y gravemente a la democracia. Se tomaron en cuenta sugerencias de la ONU, de la OEA y el GAFISUD según los mismos considerando.

Las formas ampliadas de adecuación son parecidas a las que constan en la Ley de Drogas de Ecuador, pero los casos que se han conocido a partir de la vigencia de la nueva ley, siguen relacionados o conexos con los delitos de drogas ilegales.

Algunas reflexiones de trasfondo ideológico.-

A raíz de hechos repudiables como el asesinato de una niña pequeña de tres o cuatro años de edad, ocurrido en abril del 2006, medios de comunicación, conocidos políticos, y hasta sectores ciudadanos que fungen como representantes de la moral pública, han emprendido una verdadera cruzada por el aumento de penas; llegando incluso a presentar proyectos de *cadena perpetua* o de *prisión de por vida*, para sancionar a asesinos y a violadores, a secuestradores y a responsables de robos agravados por la muerte de las víctimas.

Los medios de comunicación y sectores políticos interesados empujan mucho el tema de la *prisión de por vida* a raíz del suceso reseñado, lo cual es lamentablemente una mala copia de respuestas ocurridas en otras latitudes, como el "caso Dutroux" en Bélgica en 1996, que impuso la reactivación de proyectos

1992, Edino, Guayaquil, Nos. 3-4, pp. 255 - 281.

¹⁷ MUÑOZ CONDE Francisco y AUNION ACOSTA Bella, Drogas y derecho penal, en Nuevo Foro Penal, No. 54, Temis, 1991, p.505.

de legislación con penas mas duras que habían estado *dormidos* durante años¹⁸; o lo que ocurre con el “caso Blumberg” en Argentina.

Bien sabido es que la transformación de la legislación penal en un arma de lucha contra el enemigo, al que hay que enfrentar socavándole sus garantías procesales, le desconoce hasta el derecho al reclamo mediante instituciones como las del *amparo de libertad*. El *derecho penal de la emergencia* termina por legitimar el abuso frente a lo que se considera una situación excepcional, que creada por el *enemigo* es castigada de inicio con la propia renuncia a sus garantías personales. Como dice el profesor CARLOS PARMA, “la rapacidad fagocitadora típica de las culturas autoritarias, ponen como principal argumento, la emergencia para poder violentar derechos humanos”¹⁹ El recorte de garantías y beneficios de excarcelación se trasladan al propio derecho procesal penal, con la creación de institutos como la prisión preventiva no excarcelable ni sustituible frente a cierto tipo de delitos como los de criminalidad organizada, terrorismo, delincuencia macroeconómica, tráfico de drogas ilegales, pornografía infantil, etc., en estos casos se pretende encontrar su legitimación a partir de la necesidad de la eliminación de un peligro potencial o futuro, la punibilidad se adelanta y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros. Claro que sabemos anticipadamente que *no va a disminuir la tasa de criminalidad* no obstante la gigante maquinaria de demolición de garantías propias de un Estado de Derecho, pero esta es la propuesta retroalimentada a raíz de sucesos que conmovieron a la comunidad internacional como el atentado a la Torres Gemelas del 11 de septiembre del 2001 en Nueva York, o el perpetrado el 11 de marzo del 2004 en Madrid.

Ante la aprobación del anteproyecto de ley orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas que aprobó el Gobierno español, el profesor FRANCISCO MUÑOZ CONDE²⁰, catedrático de la Universidad de Sevilla, expresaba que este “constituye probablemente uno de los cambios mas espectaculares que se ha producido en la política penal española de los últimos cincuenta años. Ni siquiera en las épocas mas oscuras y duras de la dictadura franquista o en los años mas inseguros y difíciles de la transición democrática se llegó a proponer una prolongación de la duración de la pena de prisión a 40 años, y mucho menos a obligar que esos 40 años se tengan que cumplir íntegramente, sin ninguna posibilidad de reducción temporal a límites mas soportables humanamente y compatibles con la idea de reinserción social”. Una de las propuestas de este nuevo *derecho penal del enemigo* es que deja abierta la posibilidad de algún tratamiento de beneficio si hay alguna colaboración activa mas allá del arrepentimiento, exigiendo un cambio ideológico y hasta la *delación* de sus compañeros en actos de terrorismo, cuando se sabe que la figura del “arrepentido” tiene generalmente una

¹⁸ Cf. *La Política Legislativa Penal en Occidente*, Editores DIEZ RIPOLLES José Luis, PRIETO DEL PINO Ana María, SOTO NAVARRO Susana, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 181, p. 189.

¹⁹ PARMA Carlos, en documento *El enemigo del derecho penal del enemigo*, 2.005, pág. 6

²⁰ MUÑOZ CONDE Francisco, *¿Hacia un derecho penal del enemigo?*, publicado en el País, el 15 de enero del 2003.

repulsa incluso de parte de quienes no comparten la *ética* o la *moral* del terrorismo.

MUÑOZ CONDE nos recuerda que según JAKOBS, en *el derecho penal del enemigo*, el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas, recortando las garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico. El problema que plantea este derecho penal del enemigo es su difícil compatibilidad con los principios básicos del derecho penal del Estado de derecho, porque ¿dónde están las diferencias entre ciudadano y enemigo?, ¿quien define al enemigo y como se lo define?, ¿es compatible esta distinción con el principio de que todos somos iguales ante la ley? Por nuestra parte agregamos que esta es una propuesta de *derecho penal de autor* pues se etiqueta al ciudadano como *enemigo* y luego se lo va a liquidar por su calidad de *enemigo* aunque no fuese responsable ya de ningún acto. El catedrático de Sevilla, MUÑOZ CONDE, expresa su preocupación porque este *derecho penal del enemigo* es una amenaza para los principios y garantías del Estado de Derecho.

Como expresa otro catedrático español LUIS GRACIA MARTIN, ya la propia expresión “Derecho penal del *enemigo*” lleva una fuerte carga ideológica y emocional, pues su solo pronunciamiento suscita prejuicios, agregando el catedrático de Zaragoza que “el debate sobre un derecho penal del enemigo, pues sólo puede plantearse y tiene sentido en relación con el Derecho de sociedades democráticas que reconocen y garantizan derechos y libertades fundamentales y que depositan el poder en auténticos Estados de Derecho”²¹. Expresamos por nuestra parte, que en un Estado totalitario que es Estado de negación del derecho, sin duda su legislación será la mejor expresión del Derecho penal del *enemigo*, listo a acabar con sus opositores en defensa del abuso del poder y del autoritarismo.

El tema no es nuevo, el profesor CLAUS ROXIN al defender el fortalecimiento de un *derecho penal de acto* frente a los abusos de un *derecho penal de autor*, recuerda la ley de delincuentes habituales de 1933 en Alemania, atribuyéndole a MEZGER haber sostenido la “**culpabilidad por la conducción de la vida**” que debía añadirse a la culpabilidad por el hecho concreto, decisiva para la mayoría de los delitos, porque solo aquella parecía en condiciones de explicar las consecuencias jurídicas de los citados preceptos como “pena”, es decir como respuesta a la culpabilidad.²²

Sostenemos que hay que evitar la presencia de un derecho penal autoritario y abusivo, pues sus efectos son de pronóstico reservado y conllevan un ejercicio abusivo del poder de definición que en un momento determinado tiene quien o quienes dirigen el Estado, que pueden liquidar a sus opositores con la manipulación de un *derecho penal de la emergencia*. Personalmente nos parece

²¹ GRACIA MARTIN Luis, *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”*, publicado en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECP) 07-02 (2005), p. 4. <http://criminet.ugr.es/recpc>.

²² ROXIN Claus, en ob. cit. p. 180.

tan repudiable el abuso en las cárceles en Iraq que constituyeron una vergüenza para la humanidad por la ausencia del respeto mínimo a la persona y a su dignidad, como lo que ocurre con los presos en la base militar de Guantánamo que es *la cárcel del enemigo*, o lo que ocurre en las cárceles cubanas con los presos de conciencia, que son para el régimen de Fidel Castro el *enemigo*.

En palabras del profesor RAUL ZAFFARONI, “a partir del reconocimiento de que la actual tendencia globalizante aumenta la conflictividad y los peligros, en lo que se ha llamado la sociedad de riesgo, la teoría que legitima el derecho penal de riesgo, desemboca en un *estado preventivista*, que ahoga al estado de derecho, confundiendo prevención policial con represión penal, reemplazando la ofensividad por el peligro y reduciendo los riesgos permitidos. El derecho penal de riesgo convierte a los delitos de lesión en delitos de peligro, eliminando el *in dubio pro reo* cuando no se puede probar con certeza la producción del resultado, como también la reserva de la ley mediante la administrativización ... a la ley penal no se reconoce otra eficacia que la de tranquilizar a la opinión, o sea, un efecto *simbólico*, con lo cual se acaba en un *derecho penal simbólico*, o sea, que no se neutralizan los riesgos sino que se le hace creer a la gente que ya no existen, se calma la ansiedad o, mas claramente, se miente, dando lugar a un derecho penal promocional, que acaba convirtiéndose en un mero difusor de ideologías”.²³

En la búsqueda de respuestas, nos ayudan las reflexiones del catedrático de la Universidad de Málaga, JOSE LUIS DIEZ RIPOLLÈS²⁴ quien nos recuerda la *crisis contemporánea de los modelos de intervención penal* tomando como referente la política criminal española reciente, a la que califica como *política criminal oportunista*, misma que aunque rechazada en los círculos académicos goza de aceptación ciudadana “y de un impulso político de amplio espectro ideológico”. Muy a nuestro pesar el modelo penal garantista tiende a ser superado, aunque a lo largo del siglo pasado - como nos recuerda DIEZ RIPOLLES- tiende a desarrollar una estructura de intervención penal autolimitada, llegándose a denominar por derecho propio como “derecho penal mínimo”.

En expresiones del profesor DIEZ RIPOLLES, podemos sintetizar los principios del modelo penal garantista de la siguiente manera: 1.- La atribución de una eficacia limitada a sus genuinos instrumentos de intervención, la norma y la sanción penales. Estos formarían parte del control social en general, como un subsistema del mismo junto a otros subsistemas de control social como la familia, escuela, comunidad, opinión pública, etc. La interacción con los mismos garantizaría que la intervención penal pudiera condicionar los comportamientos sociales. 2.- Deliberada reducción de su ámbito de actuación a la tutela de los presupuestos más esenciales para la convivencia. Frente a las tendencias expansivas de otras áreas del ordenamiento jurídico, “el derecho penal garantista considera una virtud, además de un signo inequívoco de una

²³ ZAFFARONI Eugenio Raúl, ob. cit. p. 336-337.

²⁴ DIEZ RIPOLLES José Luis, *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, publicado en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECP) 06-04 (2004). <http://criminet.ugr.es/recpc>.

sociedad bien integrada, que su área de intervención sea la mínima posible”²⁵. Se acepta la propuesta de que derecho penal actúe frente a las infracciones más graves a los bienes jurídicos más importantes, y a falta de otros medios más eficaces. Esto consolida una propuesta de *última ratio*. 3.- Profunda desconfianza hacia un equilibrado ejercicio del poder sancionador por parte de los poderes públicos. De esta desconfianza deviene como una de las principales tareas la de defender al ciudadano sin importar si fuese o no delincuente, estando alerta frente a cualquier abuso del poder punitivo del estado. 4.- Se establecen límites a las sanciones penales, reclamándose la *humanidad de las sanciones* desterrando por principio formas de ejecución incompatibles con la dignidad humana. Se debe respetar el *principio de proporcionalidad* de manera que la pena se ajuste en su gravedad a la del comportamiento delictivo. Finalmente, la pena debe fomentar la *reintegración en la sociedad del delincuente*, como el derecho que le asiste por ser ciudadano, admitiendo la cuota de responsabilidad de la sociedad en la aparición del comportamiento delictivo.

Las propuestas fundamentales de un *modelo resocializador del delincuente*, pueden ser resumidas como sigue: 1.- La pauta de actuación es la búsqueda de la reintegración del delincuente en la sociedad. Se trata de lograr un efecto de *prevención general de los delitos* “mediante el aprovechamiento de los efectos intimidatorio, corrector de socializaciones defectuosas, o reforzador de la adhesión a los valores sociales, que se suscitan en los ciudadanos que perciben la reacción social negativa que el delincuente sufre tras la comisión de un delito”²⁶. 2.- La obtención de ese objetivo resocializador, exige desconocer ciertas cautelas propias del derecho penal clásico, llegándose a promover las *penas indeterminadas* con el argumento de que la misma debía estar condicionada por la evolución registrada en el proceso de reintegración en la sociedad del delincuente. 3.- La pena de prisión es valorada bajo un doble concepto, por una parte se afirma que debe primar un criterio reeducador, lo cual significa un apartamiento de los componentes aflictivos, y por otra parte en la segunda mitad del modelo resocializador se buscan penas alternativas a la prisión, permitiendo que se cumpla el fin de reeducar en pleno goce de la libertad. 4.- La delincuencia es vista como tarea de expertos que incluye no solo a policías y jueces sino inclusive a profesionales del comportamiento, que aportan sus conocimientos en el momento de la determinación de la pena y durante su ejecución.

Este modelo resocializador se derrumba a mediados de los años 70 del siglo XX, entre otras, por las siguientes razones: 1.- Se produce un desánimo entre sus seguidores ante el fracaso del tratamiento. 2.- Se reconoce que la propuesta de la reeducación del delincuente fue una especie de cortina de humo, para encubrir la responsabilidad de la sociedad en su conjunto y de los sectores privilegiados de la misma, que tienen la capacidad de definir que debe ser o no delito. Sin duda el aporte de la criminología crítica ha sido fundamental en éste ámbito. 3.- Se reaviva el modelo garantista que cuestiona la legitimidad de llevar a cabo ingerencias sobre los derechos y la personalidad del in-

²⁵ DIEZ RIPOLLES José Luis, en op. cit. p. 2-3.

²⁶ DIEZ RIPOLLES José Luis, en op. cit., p. 4.

dividuo delincuente. Se reclama el restablecimiento de las garantías individuales de manera que la responsabilidad derive del hecho concreto a penas de duración determinada, limitando el arbitrio judicial y penitenciario. 4.- La prevención general a base de la intimidación recupera prestigio. Se cree intimidar a la sociedad con penas que guarden proporción con los delitos imputados, al margen de las características del delincuente. No obstante para inocular a los delincuentes reincidentes se olvida la exigencia de la proporcionalidad, y se da paso a condenas largas ajenas incluso a la evolución del interno.

Epílogo.-

Ya en Ecuador se han producido las denominadas “marchas blancas” a partir de la trágica e injustificada muerte de la niña Fabara en el 2006, en algunas ciudades. En Guayaquil se afirma que la misma congregó a más de cien mil ciudadanos, y otro tanto ocurrió en Quito, Cuenca, etc. Este “movimiento blanco” en Bruselas en 1996 congregó a 300.000 personas, y al igual que lo que ocurrió en Ecuador estuvo promovido por los medios de comunicación, grupos políticos no progresistas, y contó con la presencia de los padres de la víctima. En Ecuador los atribulados padres presentaron el proyecto de *cadena perpetua*, que fuera incluso entregado a la legislatura ecuatoriana, al tiempo que se clamaba por alimentar un discurso de seguridad ciudadana y de *tolerancia cero* como combate a la delincuencia. Para esto existe un proyecto no consolidado de seguridad pública y ciudadana, lo que nos hace temer mucho por la entronización de un Estado gendarme o policíaco frente a la necesaria supervivencia de un Estado de Derecho.

Recordemos que en Argentina habían ocurrido movimientos ciudadanos y de medios de comunicación con el llamado “caso BLUMBERG”, cuyo padre don Juan Carlos Blumberg sumido en el dolor por el asesinato de su hijo, para el año 2004 había sostenido en el Congreso de la República Argentina, que los organismos de derechos humanos defendían los derechos humanos de los delincuentes.

En Ecuador para octubre 18 del 2006, se reconoce de manera pública el poco respaldo que ha recibido la oficina del subsecretario de Seguridad Ciudadana, por parte del Estado. Han transcurrido cien días desde su creación y ha recibido ningún apoyo, aunque la misma nació al calor de la “marcha blanca” de Guayaquil y los reclamos ciudadanos por el alevoso asesinato de la niña Fabara. Las reuniones del subsecretario con organizaciones ciudadanas, jefes policiales, alcaldes y otras autoridades, han servido únicamente para estudiar y elaborar proyectos, cuya ejecución depende de los recursos que proporcione el Estado²⁷. Se sigue pensando en planes para mejorar la cárcel llamada Penitenciaría del Litoral que alberga a un total de 6000 internos, 5400 varones y 600 mujeres con una capacidad rebasada en un 300%. No se consiguió el incremento de patrulleros policiales, ni la zonificación real de la ciudad en los 38 cuadrantes diseñados, y está pendiente el enlace entre la Policía, Registro Civil, Corte de Justicia de Guayaquil y la Penitenciaría del Litoral. Se contrató fuzamente un experto israelí de nombre Daniel Adler para capacitar

²⁷ Diario EL UNIVERSO, Guayaquil, 18 de octubre del 2006, sección B, p. 9B.

a la Policía en un plan que el experto llamó *Guerra Urbana*, mismo que fue desestimado y motivó el despido del israelita. Ahora se está pensando en un Ministerio de Seguridad Ciudadana independiente del Ministerio de Gobierno, aunque el Ecuador no tiene aun un Ministerio de Justicia!

Debemos concluir recordando lo dicho por RAUL ZAFFARONI: “la función del derecho penal de todo estado de derecho (de la doctrina penal como programadora de un ejercicio racional del poder jurídico) debe ser la *reducción y contención del poder punitivo dentro de los límites menos irracionales posibles*. Si el derecho penal no logra que el poder jurídico asuma esta función lamentablemente habrá fracasado y con él habrá caído el estado de derecho”²⁸.

En otros momentos y de nuestra propia cosecha hemos afirmado, que dentro de una política criminal verdaderamente alternativa, debe analizarse la función de la opinión pública que alimenta la ideología de un derecho penal que es desigual, pero al que se legitima como la respuesta social adecuada frente a la criminalidad. La opinión pública es también portadora de la ideología que pretende legitimar al sistema penal, y reproducir la imagen falsa de la igualdad. No es aventurado decir que determinados medios de comunicación social, provocan la "**alarma social**" y el "**caos ciudadano**", que se convierten en estereotipos manejados políticamente para dar nacimiento a las campañas de ley y orden, en las que se violan sistemáticamente los derechos humanos de los destinatarios de esas campañas antidelinquenciales. Esos mismos medios acallan la información relacionada con el fraude financiero y en general la criminalidad de los grupos de poder que cuenta con respaldo oficial.

La contracción del derecho penal, debe ser interpretada como la superación del sistema penal con una menor utilización del derecho penal y de la pena. La pena por ser un mal debe ser utilizada en casos de excepción, y sólo cuando sea socialmente útil y necesaria. Lo anterior no significa la renuncia a defender el régimen de las garantías legales y constitucionales que son propias de la función penal en un Estado de Derecho, pero la vigencia de una mejor democratización conlleva como consecuencia lógica, una menor utilización del aparato represivo punitivo del Estado que es el sistema penal. La posibilidad de cumplir con la aspiración del pensador social demócrata, *Gustav Radbruch*, de sustituir al derecho penal por algo mejor que el derecho penal, debe llevarnos a reflexionar si es posible en el sistema actual de las relaciones de producción y de desigualdad social, cumplir con esa aspiración. Si ya es de por sí difícil una reforma democrática del derecho penal, es mayor el escepticismo de encontrar algo mejor que el derecho penal.

Lo menos que debe proponerse de inmediato, es la discusión en torno al rol que cumple el Derecho Penal en un sistema de producción y de relación social, desenmascarando a los ideológicos del reformismo que son tributarios de los propietarios de los medios de producción, que encuentran en el derecho penal y en los procesos de criminalización, mecanismos disuasores y de sometimiento de las clases subalternas.

²⁸ ZAFFARONI Eugenio Raúl, en *El enemigo en el Derecho Penal*, ob. cit. p. 168.

No puede tratarse privadamente la deslegitimación del derecho penal ni pretender la imposición de un nuevo Código Penal sino es discutido públicamente. Esto permitirá conocer a través de su contenido, si la delincuencia de mayor costo social propia de los sectores hegemónicos sigue siendo privilegiada por la falta de señalización normativa.²⁹

IUSPENALISMO. www.iuspenalismo.com.ar, Revista Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología. Director: **Matías Bailone**. Buenos Aires. Argentina.

²⁹ ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Derecho Penal. Parte General*. Editorial ARA, Lima, Perú, 2006, p. 432.