



DOI: <http://dx.doi.org/10.23857/dc.v7i4.2437>

Ciencias Sociales y Políticas
Artículo de Investigación

***Derecho Penal del Enemigo Vs Derecho Penal del Ciudadano en el
Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano***

***Criminal Law of the Enemy Vs Criminal Law of the Citizen in the Ecuatorian
Legal Order***

***Direito Penal do Inimigo vs. Direito Penal do Cidadão no ordenamento jurídico
equatoriano***

Manuel Alejandro Romero-Recalde ^I
mromero17@utmachala.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0003-2620-5058>

Ronald Alejandro Torres-Iglesias ^{II}
rtorres2@utmachala.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0002-6073-7376>

Armando Rogelio Durán-Ocampo ^{III}
aduran@utmachala.edu.ec
<http://orcid.org/0000-0002-9524-0538>

Correspondencia: mromero17@utmachala.edu.ec

***Recibido:** 15 de noviembre de 2021 ***Aceptado:** 30 de noviembre de 2021 *** Publicado:** 13 de diciembre de 2021

- I. Universidad Técnica de Machala, Machala, Ecuador.
- II. Universidad Técnica de Machala, Machala, Ecuador.
- III. Doctor en Jurisprudencia, Magister en Derecho e investigación Jurídica, Abogado, Universidad Técnica de Machala, Machala, Ecuador.

Resumen

El presente trabajo tuvo por objeto llevar a cabo el análisis de las normas contenidas en el Código Orgánico Integral Penal que guardan relación con los conceptos dogmáticos de derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo, conceptos desarrollados principalmente por Gunther Jakobs pero que se manifiestan en las legislaciones a nivel internacional, he aquí la importancia de poder establecer con calidad cuáles fueron estas normas. Se pudo constatar que dentro de la legislación ecuatoriana existen normas en las cuales se hace presente tanto el derecho penal del ciudadano, como del enemigo; sin embargo, por cuanto el Ecuador es un estado garantista de derechos y justicia, es precisamente ese garantismo desde la óptica del derecho constitucional y protección de bienes jurídicos protegidos lo que ha generado que exista una bipolaridad del derecho penal, que muchas veces se basa en meros simbolismos y placebos sociales que no contribuyen en nada a la sociedad. Los métodos empleados para la realización de la presente investigación, fueron en base a los enfoques documentales tales como el analítico-sintético, basándose en medios propios de una investigación jurídica como el exegético-analítico consecuencia del análisis de la norma nacional, método deductivo que va desde lo general a lo particular, realizando revisiones y estudios, sin dejar de lado a los aportes realizados por diversos autores en estudios a la misma temática.

Palabras claves: Derecho penal; Dogmática penal; Derecho penal del enemigo; Derecho penal del ciudadano; Código Orgánico Integral Penal.

Abstract

The present work aimed to carry out the analysis of the norms contained in the Comprehensive Organic Penal Code that are related to the dogmatic concepts of criminal law of the citizen and criminal law of the enemy, concepts developed mainly by Gunther Jakobs but which are manifested in legislation at the international level, here is the importance of being able to establish with quality what these standards were. It was found that within Ecuadorian legislation there are norms in which both the criminal law of the citizen and the enemy are present; However, since Ecuador is a state that guarantees rights and justice, it is precisely this guarantee from the point of view of constitutional law and protection of protected legal assets that has generated a bipolarity of criminal law, which is often based on mere symbolisms and social placebos that do not contribute anything to society. The methods used to carry out this research were based on documentary approaches

such as analytical-synthetic, based on means of a legal investigation such as exegetical-analytical consequence of the analysis of the national standard, a deductive method that goes from the general to the particular, conducting reviews and studies, without neglecting the contributions made by various authors in studies on the same subject.

Keywords: Criminal law; Criminal dogmatics; Criminal law of the enemy; Criminal law of the citizen; Comprehensive Organic Criminal Code.

Resumo

O presente trabalho teve como objetivo realizar a análise das normas contidas no Código Penal Orgânico Integral que se relacionam com os conceitos dogmáticos de direito penal do cidadão e direito penal do inimigo, conceitos desenvolvidos principalmente por Gunther Jakobs, mas que se manifestam em legislação a nível internacional, aqui está a importância de podermos estabelecer com qualidade quais foram esses padrões. Constatou-se que na legislação equatoriana existem normas nas quais estão presentes tanto o direito penal do cidadão como do inimigo; No entanto, sendo o Equador um Estado que garante direitos e justiça, é precisamente esta garantia do ponto de vista do direito constitucional e da proteção dos bens jurídicos protegidos que tem gerado uma bipolaridade do direito penal, que muitas vezes se baseia em meros simbolismos e sociais. placebos que nada contribuem para a sociedade. Os métodos utilizados para a realização desta pesquisa basearam-se em abordagens documentais do tipo analítico-sintética, com base em meios de investigação jurídica como a exegetico-analítica consequência da análise do padrão nacional, um método dedutivo que vai do geral ao em particular, realizando revisões e estudos, sem descuidar as contribuições de diversos autores em estudos sobre o mesmo assunto.

Palavras-chave: Direito penal; Dogmática criminal; Direito penal do inimigo; Direito penal do cidadão; Código Criminal Orgânico Abrangente.

Introducción

El Derecho Penal del Enemigo y del Ciudadano son dos conceptos dogmáticos desarrollados principalmente por el catedrático de la Universidad de Bonn Gunther Jakobs, quien ha manifestado que el Derecho Penal posee dos perspectivas de las personas al momento de intervenir con la aplicación del *Ius Puniendi*, una orientada hacia las personas que infringen la norma y por ende

merecen una pena denominados “ciudadanos”, y otra para aquellas personas que contravienen el ordenamiento jurídico de tal forma que son considerados enemigos.

Estos importantes conceptos dogmáticos tienen como antecedente a las obras desarrolladas por grandes pensadores como Rosseau y Hobbes, quienes ya abarcaban conceptos similares, pero desde una perspectiva más sociológica. El Ecuador se ha visto influenciado por el garantismo penal, siendo ésta la corriente que opera desde la óptica que ha tenido el legislador constituyente al momento de crear la Constitución de Montecristi del 2008, no obstante, las necesidades sociales han provocado la necesidad de un Derecho Penal que deba declararle la guerra al enemigo del Estado, para poder frenar el elevado crecimiento del índice de criminalidad en nuestro país.

Cabe destacar que estos conceptos poseen gran influencia en la legislación ecuatoriana actual, por lo que el presente trabajo tiene por objeto identificar para analizar las normas del Código Orgánico Integral Penal que contengan rasgos del Derecho Penal del Enemigo y del Ciudadano con la finalidad de poder determinar si dentro de nuestro sistema jurídico impera un Derecho Penal orientado a castigar enemigos o ciudadanos.

Desarrollo

Antecedentes históricos del Derecho Penal del Enemigo y Derecho Penal del Ciudadano.

Es importante, previo a hacer un análisis normativo de estos conceptos dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, llevar a cabo una revisión histórica de la evolución de estos conceptos que surgen a partir de la dogmática penal. Debemos partir refiriendo que el concepto de “Derecho penal del Enemigo” (de ahora en adelante DPE) surge a partir de los estudios realizados por el profesor de Universidad de Bonn, Günther Jakobs; este gran maestro alemán no hizo más que analizar e interpretar estos dos conceptos de “enemigos” y “ciudadanos” en el marco del derecho penal, empero, existen muchas personas que le atribuyen a Jakobs la creación de estas figuras, lo cual constituye un error, pues, desde hace siglos ha imperado dentro de los ordenamientos jurídicos una perspectiva orientada a dirigir la aplicación del poder punitivo del Estado a dos tipos de personas: ciudadanos y enemigos.

En mérito de lo expuesto, es importante llevar a cabo un análisis histórico de estos conceptos, para comprender de dónde surgen estas perspectivas, de qué manera han sido aplicadas a lo largo de la

historia, y, sobre todo entender de qué manera debe responder el Estado ecuatoriano frente al elevado índice de criminalidad que prolifera hoy en día.

Derecho Penal del enemigo y del ciudadano en el siglo XVIII.

En la historia, siempre se han dado rasgos de DPE, siendo que el ser humano por naturaleza es competitivo, y se ve obligado a enfrentar a sus “enemigos” para poder sobrevivir como cualquier otro animal; no obstante, es la capacidad de razonamiento lo que diferencia al ser humano del resto de animales. A pesar de aquello, es pertinente que el análisis sea contemporáneo, comprendiendo al DPE y DPC desde los aportes de grandes filósofos y juristas que provienen de la ilustración.

“Todo malhechor, atacando el derecho social, conviértase por sus delitos en rebelde y traidor a la patria, cesa de ser miembro de ella al violar sus leyes y le hace la guerra. La conservación del Estado es entonces incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y al aplicarle la pena de muerte al criminal, es más como a enemigo que como a ciudadano. El proceso, el juicio constituyen las pruebas y la declaración de que ha violado el contrato social, y, por consiguiente, que ha dejado de ser miembro del Estado.” (ROSSEAU, 1992).

El Contrato Social, representa una obra que sentó las bases del actual sistema “constitucionalista”, el autor expresa claramente lo que debe ser considerado como una perspectiva de DPE, ya que plantea que la conservación del Estado debe primar frente a cualquier amenaza, ante lo cual podemos concluir que ROSSEAU plantea que quienes atenten contra el Contrato Social deben ser considerados como enemigos y ser tratados como tal.

El gran maestro inglés Hobbes, ya hablaba del DPE, expresándose de la siguiente manera:

Dañar a súbditos rebelados se hace por razón de guerra, no por vía de castigo. En último lugar, el daño infligido a quien se considera enemigo no queda comprendido bajo la denominación de pena, ya que si se tiene en cuenta que no está ni sujeto a la ley, y, por consiguiente, no pudo violarla, o que habiendo estado sujeto a ella y declarando que ya no quiere estarlo, niega, como consecuencia, que pueda transgredirla, todos los daños que puedan inferirsele deben ser considerados como actos de hostilidad.

Ahora bien, en casos de hostilidad declarada toda la inflicción de un mal es legal. De lo cual se sigue que si un súbdito, de hecho o de palabra, con conocimiento y deliberadamente, niega la autoridad del representante del Estado (cualquiera que sea la penalidad que antes ha sido establecida para la traición), puede legalmente hacersele sufrir cualquier daño que el representante

quiera, ya que al rechazar la condición de súbdito, rechaza la pena que ha sido establecida por la ley, y, por consiguiente, padece ese daño como enemigo del Estado, es decir, según sea la voluntad del representante. En cuanto a los castigos establecidos en la ley, son para los súbditos, no para los enemigos, y han de considerarse como tales quienes, habiendo sido súbditos por sus propios actos, al rebelarse deliberadamente niegan el poder soberano.

La revolución francesa que se dio entre el 05 de mayo de 1789 al 9 de noviembre de 1799, trajo consigo una nueva visión acerca de cómo debía ser la relación Estado-ciudadanos, este acontecimiento histórico trajo consigo la caída de la Monarquía para contribuir a la creación de un Estado en dónde se respeten los derechos de los ciudadanos, y que se fundamenta en una Constitución. En el marco de la revolución francesa se dio el denominado el Reinado del Terror (1793-1794) liderado por Maximilien Robespierre, en dónde se produjeron miles de ejecuciones en la guillotina de ciudadanos considerados “contrarrevolucionarios”, y, por ende, considerados enemigos.

Dentro del “reinado del terror” murieron muchas personas inocentes, sin embargo, los revolucionarios consideraban que era un precio al que la nación debería estar dispuesta a pagar, de esta manera evidenciamos un DPE exacerbado producido por el sentimiento “revolucionario”. Pese a que estas ejecuciones constituyeron un ejemplo de lo terrible que puede ser la extralimitación del poder punitivo del Estado, el punto más alto de un DPE exagerado hasta el punto de la completa aniquilación y exterminio de “enemigos” se dio en el siglo XX.

Derecho Penal del Enemigo en la Alemania Nazi.

Para poder comprender de qué manera operaba el DPE dentro del régimen Nacionalsocialista dirigido por Adolf Hitler debemos entender de dónde surge esta ideología, y su concepción del “enemigo”. Debemos tener en cuenta que el régimen nazi era totalitario, inspirado en un profundo sentimiento nacionalista que derivaba en la ideología antisemita sustentada en la creencia de la existencia de una raza superior. Después de la primera guerra mundial, el pueblo alemán se encontraba destruido, las penalidades impuestas en el Tratado de Versalles implicaron que Alemania se encuentre destinada al atraso y al sometimiento de potencias europeas. Adolf Hitler surge como el héroe que Alemania necesitaba para superar la humillación que representó el Tratado de Versalles, prometiendo al pueblo alcanzar la gloria basándose en el sentimiento nacionalista. El antisemitismo promovido por los Nazis no hizo otra cosa que considerar a la raza judía como

enemiga del pueblo alemán, Hitler se atrevió a decir lo que muchos alemanes pensaban pero que no se atrevían a decir.

Los planes de Hitler, consistían en expandir el territorio alemán hacia el Este conquistando Polonia pero con el principal objetivo de invadir la Unión Soviética por considerar a su territorio como fundamental para el desarrollo del pueblo alemán bajo la política del *Lebensraum* o “espacio vital”, la cual consistía en la conquista de territorios para alcanzar la grandeza de la nación alemana.

Además de extender el poder punitivo del Estado hasta el punto del exterminio de los “enemigos” del pueblo alemán, entre los cuales se encontraban judíos, gitanos, homosexuales, discapacitados, entre otros. Hitler también ansiaba destruir a su enemigo ideológico: el comunismo por lo que declaró que los bolcheviques y la raza judía debían ser aniquiladas. Cuando Alemania invadió la Unión Soviética en 1941, muchos soviéticos -sobre todo ucranianos- veían a los alemanes como salvadores frente al régimen comunista de Stalin, no obstante, los planes de Hitler estaban orientados a la eliminación total del bolchevismo y los judíos, por lo que ocurrieron miles de asesinatos de soviéticos.

En el análisis del régimen nazi podemos evidenciar que la brutalidad con que utilizaron el *Ius Puniendi* haya sus raíces en el componente ideológico altamente nacionalista y antisemita, estos crímenes de lesa humanidad dieron cabida para el fortalecimiento de lo que se conoce como garantismo penal. Aquí debemos tomar en consideración a los Juicios de Nuremberg, un claro ejemplo de DPE en donde nuevamente se violentaron las garantías básicas de personas consideradas como “enemigos”, siendo que ahora los nazis pasaron a ser víctimas del exceso del poder punitivo.

Los Juicios de Nuremberg constituyen un gran antecedente que permitió el fortalecimiento de lo que denominamos garantismo penal, pues, en mérito de las arbitrariedades desarrolladas en estos juicios, surgió la necesidad de establecer un derecho penal garantista en donde se promulgue el respeto a las garantías necesarias dentro de un juicio, teniendo en claro que para muchos garantistas el respeto al debido proceso debe imponerse frente a cualquier otra situación, por lo que las garantías deben ser aplicadas incluso a enemigos. Así se genera esta contraposición entre dos posturas: El Derecho Penal del Enemigo y el Garantismo Penal.

Derecho Penal del Enemigo en el régimen soviético de Stalin.

La revolución rusa de octubre de 1917 implicó la llegada al poder el primer régimen socialista basando en una ideología Marxista, Lenin se proclamó líder de la revolución y dirigió al partido bolchevique para alcanzar lo que el denominaba “la dictadura del proletariado” teniendo como finalidad lograr una sociedad comunista. La toma del poder de los bolcheviques generó una sangrienta guerra civil entre los que luchaban a favor de un régimen comunista y quienes lo rechazaban. En 1924 muere Lenin, y Stalin toma el poder, es en este punto dónde inicia uno de los regímenes más sangrientos de toda la historia en dónde imperó un gobierno totalitario que se enfocó en generar terror a través de lo que se considera como un sistema político y jurídico completamente vinculado al Derecho Penal del Enemigo.

Debemos partir analizando al Marxismo como una teoría dogmática que se basa en el establecimiento de un claro enemigo: el capitalismo; pero desde una perspectiva ideológica, sin embargo, considera a la burguesía como la clase social a la que se le debe considerar enemiga por cuánto es la que se ve beneficiada del sistema capitalista en base a la explotación del obrero. Partiendo de las premisas planteadas por Marx, evidenciamos que su teoría consiste en el establecimiento de un enemigo, consecuentemente aquello derivará en el asesinato de millones de personas bajo el justificativo de “combatir la burguesía y acabar con el capitalismo”.

Stalin llevó al concepto de enemigo a tal punto de llevar a cabo grandes purgas para eliminar a cualquier amenaza que pudiera atentar contra la ideología comunista, estableció un nuevo concepto “Los enemigos del Pueblo”, éstos eran aquellos ciudadanos a los que el régimen consideraba enemigos por cuanto constituían una amenaza para la sociedad. Los cargos que se les imputaban era los de espías, llevar a cabo actividades anti- soviéticas, traición, entre otros.

En la Unión Soviética se estableció un régimen jurídico inquisitivo, en el que los procesados no gozaban de garantías, incluso eran sometidos a fuertes torturas para que confesaran y fueran fusilados. El Artículo 58 del código criminal de la RSFS de Rusia, era la norma jurídica que para detener a las personas sospechosas de actividades contrarrevolucionarias.

De esta manera podemos evidenciar que el régimen soviético impulsado por la ideología marxista estableció al propio pueblo como enemigo, miles de personas inocentes fueron ejecutadas como un mal necesario a fin de que Stalin se afanzara en el poder y que nadie pueda desestabilizar el partido. En este caso, observamos un DPE orientado a generar terror a la población para proteger un ideal,

es decir, la concepción del enemigo proviene de la iniciativa de establecer un régimen comunista en base a la ideología marxista que únicamente podía ser preservada por la fuerza, el terror, y el Derecho Penal del Enemigo.

¿Qué es Derecho Penal del Enemigo y del Ciudadano?

“Es el Estado quien decide mediante su ordenamiento jurídico quién es ciudadano y cuál es el status que tal condición comporta: no cabe admitir apostasías del status de ciudadano. La mayor desautorización que puede corresponder a esa defección intentada por el "enemigo" es la reafirmación de la pertenencia del sujeto en cuestión a la ciudadanía general, es decir, la afirmación de que su infracción es un delito, no un acto cometido en una guerra, sea entre bandas o contra un Estado pretendidamente opresor.”. (Meliá M. C., 2003).

Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del DPE, Jakobs plantea dos posibles limitaciones, a saber, que el Estado no excluye al enemigo sometido a custodia de seguridad de su condición de propietario de cosas, y que asimismo puede contenerse en su libertad de hacer todo lo que puede en su contra, dejando abierta la posibilidad de un acuerdo de paz. (Álvarez, 2012).

Como escribe JAKOBS, las diferencias entre su visión del problema y la mía no se refieren tanto a la constatación de la realidad del fenómeno, sino están sobre todo en qué es lo que significa el diagnóstico realizado. De hecho, como puede observarse, aquí se parte del planteamiento de JAKOBS respecto del concepto de Derecho penal del enemigo y se sitúa la cuestión en el marco más amplio de la teoría de la pena, precisamente desde la teoría de la prevención general positiva. (Meliá & Jakobs, 2003).

Según la tesis Jakobsiana, cuando a un individuo se le criminaliza por actos de barbarie, bien sea por actos de terrorismo o por formar parte de la criminalidad organizada, o bien sea por contrariar el sistema y por violentar los derechos humanos, el desarrollo de este tipo de conductas no permite que en el sistema se le trate como ciudadano sino como a un enemigo. (Valencia, 2006).

Según (Palacios, dspace.ucuenca.edu.ec, 2016) desde una perspectiva general, se podría decir que el Derecho Penal del Enemigo sería una clara manifestación de los rasgos característicos del llamado Derecho Penal Moderno, es decir, de la actual tendencia expansiva del Derecho Penal que da lugar formalmente a una ampliación de los ámbitos de su intervención y materialmente a una flexibilización de los principios y garantías jurídico-penales del Estado Constitucional de Derecho; y que tiene como antecedente un grave problema social: la inseguridad ciudadana.

Tal como acota el Dr. Alfonso Zambrano Pasquel por tipos de peligro, se consideran aquellos en los que la vulneración al bien jurídico es protegida, frente a la posibilidad o riesgo que potencialmente se destruya el bien jurídico por determinados comportamientos, como en los delitos contra la salud pública en los que se incrementa y se sanciona la posibilidad de que se altere la salud, mediante la mezcla de sustancias capaces potencialmente de lesionar la salud, (p. 500) .

Como protector de bienes jurídicos debe utilizarse el Derecho Penal como la *ultima ratio*. La tendencia es a la decriminalización de la mayoría de las conductas que implican un bajo coste social, y la criminalización por excepción de aquellas identificadas con los grupos de poder. (Zambrano Pasquel, 2017, p. 810) .

El Derecho Penal del Enemigo es una denominación creada –este nombre específico- por el catedrático de la Universidad de Bonn, Gunther Jakobs. El catedrático alemán realizando un análisis normativo de la legislación alemana y de las instituciones de Derecho Penal vigentes en los ordenamientos jurídicos de otros países, determinó que en el mundo existen dos regímenes penales fusionados visiblemente en uno solo, es decir, que si bien se maneja al Derecho Penal como un sistema punitivo de aplicación directa a todos los habitantes de un territorio de igualdad de condiciones, en realidad existen dos sistemas, un sistema penal para ciudadanos y otro para enemigos (RODRIGUEZ, 2014, p. 57).

Por cuanto existe cierta relación entre los dos regímenes penales expuestos debido a que comúnmente estos funcionan en conjunto dentro de las sociedades; pero es un poco contradictorio que a pesar de ser un solo sistema penal aplicado a una sociedad en la cual aparentemente todos gozan de las mismas garantías la normativa se muestra distinta a partir del enfoque se le esté dando a la misma.

Enemigo es quien, incluso manteniendo intactas sus capacidades intelectual y volitiva, y disponiendo de todas las posibilidades de adecuar su comportamiento a la norma, decide motu proprio autoexcluirse del sistema, rechazando las normas dirigidas a las personas razonables y competentes, y despersonalizándose o, por mejor decir, despersonalizándose a sí mismo mediante la manifestación exterior de una amenaza en forma de inseguridad cognitiva, que precisamente por poner en peligro los pilares de la estructura social y el desarrollo integral del resto de ciudadanos “personas en derecho”- ha de ser combatida por el ordenamiento jurídico de forma especialmente drástica, con una reacción asegurativa más eficaz. Esta reacción se circunscribe a garantizar y

restablecer el mínimo de respeto para la convivencia social: el comportamiento como persona en Derecho, el respeto de las demás personas y –en consecuencia- la garantía de la seguridad cognitiva de los ciudadanos en las normas (POLAINO-ORTS, 2009, p. 214).

Es preciso determinar que la condición de enemigo es dada por el mismo sujeto, porque como se menciona con anterioridad, independientemente de la tentativa capacidad que tenga el sujeto para caer en la comisión de un delito esto no lo convertiría aún en enemigo, sino que pasaría a serlo en el momento en el que ejecute estos actos, desalineándose de la recta normativa preventiva de la cual es característica el derecho penal del enemigo.

El Derecho Penal del Enemigo es un sistema legal, legítimo y necesario. Lo peligroso no es tener en nuestro ordenamiento Jurídico un Derecho Penal del Enemigo legalmente reconocido con la finalidad de combatir la delincuencia, sobre todo la organizada, sino tener un Estado de Derecho que repudia al Derecho Penal del Enemigo pero lo utiliza al margen de la ley (RODRIGUEZ, 2014, p. 67).

La peligrosidad eminente que tiene el derecho en general y consecuentemente la sociedad de llevar un derecho penal del enemigo a raja tabla es visible, pero a lo largo del desarrollo del presente trabajo, se ha podido evidenciar como de una u otra forma el derecho penal siempre va a requerir cierta inclinación de la normativa hacia esta dirección; ahora lo esencial en esto es que los estados de derecho sepan delimitar como y hasta que punto deberían entrometer el derecho penal del enemigo en la normativa; consideramos que una característica principal para poder delimitar esta situación es que la libertad de las personas no se vea bajo ninguna circunstancia coartada de forma excesiva, es decir que se limite o se restrinja actos siempre bajo el amparo constitucional para el pleno ejercicio de todas sus garantías.

El artículo 342 del COIP sanciona el levantamiento en armas de integrantes de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, siempre y cuando tengan el objetivo doloso de impedir el libre funcionamiento del régimen constitucional. Ahora bien, técnicamente los integrantes de las fuerzas de seguridad del Estado son ciudadanos, pero son ciudadanos con una carga de deberes superior a la de derechos, por cuanto son ellos las herramientas del régimen constitucional para mantener el férreo control del Contrato social; entonces, si uno de ellos se revela, se estaría deslegitimando el mismo muro de contención del Estado legalmente constituido, acto que ya de por sí lo convierte en enemigo (RODRIGUEZ, 2014, p. 207).

En el polo opuesto está otra posibilidad, casos en los cuales el mismo estado asigne de forma especial deberes a ciudadanos que estén por encima de sus derechos; es decir se les da una libertad especial para casos especiales. Pero en estos casos en concreto existe la posibilidad que el sujeto al gozar de este privilegio de excesiva libertad la aproveche de manera dolosa para otros objetivos, estas posibilidades también deben consideradas por la norma y es justamente aquí en donde entre nuevamente en juego el derecho penal del enemigo, previniendo que la correcta libertad no se convierta en abuso de la misma; como muy acertadamente se explica a continuación.

El derecho penal es una forma de control social formal, a la cual el Estado confía los bienes jurídicos más importantes de la sociedad, al menos los que el consenso social considera como de mayor valía, y ello lo hace, sin duda, porque sabe que quien se atreve a atentar contra tales valores está consciente de que la reacción del sistema jurídico será la más severa y que, por ende, enfrentará graves consecuencias. (Marcena, 2012)

Como ya bien se conoce, el derecho en general se lo considera de la forma mas primitiva como un conjunto de normas que busca regular las sociedades; la especificación del derecho penal surge por la necesidad de proteger de entre todos los derechos y bienes jurídicos de la sociedad los más importantes, creando normativa de carácter sancionador mucho más rigurosas, para que de esta manera la idealización de romper las bases constitucionales sea menos probable.

El Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico. Ambas perspectivas tienen, en determinados ámbitos, su lugar legítimo, lo que significa al mismo tiempo que también pueden ser usadas en un lugar equivocado (Jackobs & Cancio, 2003, p. 47).

La diferenciación entre el derecho penal del enemigo y el derecho penal del ciudadano es esencialmente la manera en como se considera al individuo; y a partir de que ideología de tome para un estado viene el desarrollo de la normativa correspondiente a cada una dependiendo de la circunstancia.

El Derecho Penal Ecuatoriano en este contexto dentro de su normativa tiene innegablemente la concurrencia de dos tendencias plenamente diferenciadas: una referida a los ciudadanos en general, y otra, a los no ciudadanos o enemigos en particular. Ello, a partir de la distinción entre las formas de actuación ya sea en cuanto a la intensidad punitiva, la restricción de garantías, la flexibilización

de los límites establecidos por el principio de legalidad y la diversificación de las funciones vinculadas con la pena (Palacios, Universidad de Cuenca Repositorio Institucional, 2016, p. 11). La forma final en la cual se ve reflejada las distinciones del derecho penal es ya meramente dentro de la normativa, y la forma de identificar los casos concretos en donde existen es por ejemplo cuando se ve una elevada pena privativa de libertad, establecida con la finalidad de proteger anticipadamente un bien jurídico considerado muy importante; en estos casos se ve la aplicabilidad del derecho penal del enemigo.

¿Cuáles son las principales diferencias dogmáticas entre el derecho penal del enemigo y el derecho penal del ciudadano?

Tal como acota Jakobs, el derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, mientras que el derecho penal del enemigo combate peligros. Las diferencias dogmáticas surgen de la percepción que tendría el Estado frente al ciudadano que comete un delito, existiendo personas que cometen delitos de forma incidental sin ánimo de pretender derrumbar a la sociedad, en donde lo que se castiga es el quebrantamiento de la norma, a esto se le denomina derecho penal del ciudadano, mientras que el Estado frente a delincuentes que tienen por finalidad causar un grave daño a la comunidad, los considera como un “peligro”, convirtiéndose en un “enemigo”, y, por ende el Estado buscará combatirlo, de modo distinto.

Otra diferencia es que, en el derecho penal del enemigo la punibilidad aumenta respecto del derecho penal del ciudadano, por cuanto las concepciones de “ciudadano” y “enemigo” acarrearán percepciones distintas, el “enemigo” será castigado con penas más graves, mientras que el ciudadano, recibirá un castigo por haber irrespetado las normas penales.

Como otro aspecto que distingue estos conceptos es que, en la dogmática penal, se ha establecido que el Estado busca aislar a aquellos individuos que se consideran como un peligro para la sociedad, es decir, “enemigos”, mientras que, en cuando se hace referencia a derecho penal del ciudadano, se castiga a la persona que ha incurrido en el quebrantamiento de una norma penal con una pena, concibiéndose la pena como un resultado del irrespeto del ordenamiento jurídico, por lo que, se procura la reinserción de este sujeto a la sociedad una vez cumplido su castigo.

Derecho Penal del Enemigo y del Ciudadano en el Código Orgánico Integral Penal.

Para poder analizar las normas del Código Orgánico Integral Penal que contienen elementos del DPE y DPC, primero es preciso tener en consideración la óptica que el legislador constituyente ha

tenido para crear la Constitución de Montecristi de 2008, siendo que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, lo cual implica que el Ecuador es un país garantista que incluso incurre en hiper garantismo según varios constitucionalistas. Sobre el garantismo Andrea Cajas (2015), afirma que “Como filosofía política, el garantismo busca someter la política al derecho, mediante las garantías primarias y secundarias. Como teoría del derecho, el garantismo nos permite comprender el papel de la Constitución en la reproducción del sistema jurídico.” (p. 11). Pese a ser un Estado constitucional garantista, en nuestro país existen manifestaciones del DPE que se evidencian en el Código Orgánico Integral Penal, ya sea en la creación de tipos penales -con la utilización de la política criminal-, en normas de derecho sustantivo e incluso en normas de derecho adjetivo contenidas en el Libro II del COIP, las cuáles revisaremos a continuación:

Tipos penales creados en mérito del Derecho Penal del Enemigo.

Los tipos penales son normas jurídicas que contienen la descripción típica de una conducta punible, los mismos son elaborados en función de un ejercicio de política criminal, poseen dos elementos: objetivo y subjetivo. “El elemento objetivo abarca el lado externo de la conducta, y está integrado por un elemento normativo, sujeto activo, sujeto pasivo, bien jurídico lesionado y nexo causal entre acción y resultado.” (Bucheli, 2015).

Existen múltiples clasificaciones de los tipos penales, en el contexto del Derecho Penal del Enemigo es preciso analizar a los denominados tipos de peligro, pues, éstos contienen grandes rasgos del DPE, ya que se faculta la intervención del *Ius puniendi* frente a un peligro más no a la causación de un resultado.

Tal como acota el Dr. Alfonso Zambrano Pasquel (2015) por tipos de peligro, se consideran aquellos en los que la vulneración al bien jurídico es protegida, frente a la posibilidad o riesgo que potencialmente se destruya el bien jurídico por determinados comportamientos, como en los delitos contra la salud pública en los que se incrementa y se sanciona la posibilidad de que se altere la salud, mediante la mezcla de sustancias capaces potencialmente de lesionar la salud, (p. 500).

En ese contexto, debemos enunciar al tipo penal de “grupos subversivos” contenido en el artículo 349 del Código Orgánico Integral Penal, en este delito el verbo rector es “promover”, lo cual evidentemente no implica que se produzca un resultado sino que se juzga la mera “intencionalidad” del sujeto activo en esta infracción.

El solo hecho de promover, es decir de estar en la frase de resoluciones manifestadas del *iter criminis*, ya representa para el Estado un “peligro”, lo que conlleva que se imponga una pena de cinco a siete años, sin considerar que el solo hecho de promover ni siquiera significa “ejecutar”, por lo que en el fondo no estamos ante un acto subersivo, sino ante una idea subersiva; idea que debe ser neutralizada por provenir de un enemigo. (Moreno, 2014, p. 209).

El autor Felipe Rodríguez Moreno es muy crítico de estos tipos penales en su obra “La bipolaridad del Derecho Penal” y cita al delito de “incitación a discordia entre ciudadanos” como un delito propio del DPE, que incluso podría ser mal interpretado para persecuciones con fines políticos, por lo que su criterio es muy acertado ya que de los elementos del tipo penal se vislumbra que ciertos términos como el de “ciudadano” pueden derivar en ambigüedades y malas interpretaciones.

Otros tipos penales que provienen del DPE son aquellos vinculados al terrorismo- no únicamente en el Ecuador sino también a nivel general en latinoamérica- Diego Palacios Moreno (2016), respecto del delito de terrorismo y su relación con el DPE, refiere: Es en este contexto de sistemática violación de los derechos individuales y desprecio a la ley, que el Estado en su afán de conseguir la máxima eficacia en la prevención y en el castigo de la actividad delictiva, ha introducido reformas sustanciales a partir de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal con respecto del tipo penal terrorismo, reformas que se caracterizan por establecer penas cada vez más elevadas, por penalizar la puesta en peligro de determinados bienes jurídicos y relativizar las garantías procesales del acusado. (p. 3).

Derecho Penal del Enemigo en las actuaciones y técnicas especiales de investigación:

Efectivamente, en el caso de las denominadas “Técnicas especiales de investigación”, podemos constatar la presencia manifestación de lo que la doctrina ha llamado *Derecho Penal del Enemigo*, específicamente en el caso de las *operaciones encubiertas*, figura contemplada en el artículo 483 del Código Orgánico Integral Penal, en donde aparece el *agente encubierto*: un agente de la Fiscalía se introduce en una organización criminal con el objetivo de reunir elementos de convicción para fines investigativos. Resulta que el *agente encubierto* tiene la potestad de cometer acciones delictivas quedando exento de responsabilidad penal e incluso civil, en ese contexto, es importante destacar de qué manera interviene el *Derecho Penal del Enemigo* en esta técnica especial de investigación. La norma establece que las operaciones encubiertas se realizarán de “manera excepcional”, en ese sentido, el COIP no define con precisión en qué situaciones procedería este

tipo de operaciones, por lo que existe subjetividad por parte del agente fiscal al momento de determinar esa “excepcionalidad” dentro de un caso en concreto. El agente encubierto, interviene -generalmente- en casos de delincuencia organizada, narcotráfico, y, en denominados delitos a gran escala – que se considera constituyen un gran peligro para la sociedad- frente al peligro que representa este tipo de conductas, se genera un “enemigo”, ante el cual el legislador ha optado por una técnica de investigación que le faculta a uno de sus agentes cometer delitos sin responsabilidad alguna, en ese sentido, ¿Cómo podemos determinar si los delitos que cometió el agente fueron en función de su objetivo, o, si los cometió valiéndose de su calidad de agente encubierto para obtener un beneficio propio? Pues frente a esta problemática se genera una eventual situación de riesgo de que el agente cometa delitos ajenos a los fines investigativos y pueda salir impune. En síntesis, las *operaciones encubiertas* son una materialización del DPE, por cuanto, el Estado (a través del poder legislativo) genera resultados que pueden afectar a la sociedad (que un agente cometa delitos sin responsabilidad alguna) para combatir a los “enemigos”.

A su vez también podemos mencionar a las escuchas telefónicas, a la cooperación eficaz, las entregas vigiladas, y a los informantes o ciudadanos delatores. Todas estas actuaciones especiales de investigación poseen elementos del DPE, debido a que se restringen garantías a un determinado grupo de personas (enemigos), al requerir ciertos presupuestos normativos a fin de que se ejecuten dichas técnicas especiales. Por lo que se evidencia que en el Libro II del Código Orgánico Integral Penal existen normas que provienen del concepto del Derecho Penal del Enemigo, pero a su vez, cabe recalcar que también existe un trato hacia personas considerados ciudadanos, aquello lo podemos notar cuando analizamos el trato que se le otorga a quienes cometen delitos con penas privativas de libertad inferiores a 5 años, pudiendo gozar de aquellas garantías y de un trato de un Derecho Penal del Ciudadano más que del enemigo, aquello se vincula con la perspectiva del legislador al momento de tipificar infracciones y sus correspondientes penas.

Derecho Penal del Enemigo y del Ciudadano en las medidas de seguridad y medidas cautelares

Debemos destacar que existen medidas de seguridad pre-delictuales y post-delictuales, mientras que las medidas cautelares poseen como principal finalidad la de garantizar la comparecencia de la persona procesada al juicio; en ese contexto, podemos concluir que las medidas cautelares se aplican tanto a enemigos como a ciudadanos mientras que las medidas de seguridad se aplican

únicamente a enemigos. Las medidas de seguridad tienen por objeto frenar la peligrosidad de un ciudadano, es decir, evitar que éste siga delinquir hasta que llegue a la etapa de juicio y se emita una sentencia, en otras palabras, se busca neutralizar a un “enemigo” por su peligrosidad. Las medidas cautelares -hablando desde una perspectiva dogmática- no pueden ser consideradas como aplicables únicamente a enemigos, sin embargo, en la práctica medidas como la prisión preventiva han sido utilizadas de manera desproporcionada a fin de neutralizar enemigos, sobre todo políticos, por lo que evidenciamos rasgos de Derecho Penal del Enemigo tanto en las medidas de seguridad como en las medidas cautelares dentro del Código Orgánico Integral Penal.

Conclusión

Por cuanto nuestra Carta Magna posee un enfoque garantista, que incluso es considerado por muchos como un hiper- garantismo, aquello significa que el derecho penal del enemigo se contrapone a la óptica que le ha dado el legislador constituyente a nuestra norma suprema. En nuestra Carta Política, se ha plasmado un derecho penal garantista, pues, encontramos varias garantías, además de las del debido proceso que son inherentes a todos los procesos judiciales y administrativos, también encontramos garantías exclusivas del derecho penal, recogidas en el artículo 77. Sin embargo, si existen rasgos del funcionalismo que podrían considerarse como derecho penal del enemigo en nuestra Constitución, por ejemplo en lo que respecta a la prisión preventiva, se ha establecido que la privación de libertad “no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del acusado o imputado al proceso”, lo cual implica que se pretendan evitar peligros a través de la aplicación de lo que muchos autores denominan una “*pena anticipada*”.

Pese a aquello, la Constitución de Montecristi aboga por un sistema estrictamente garantista que antepone los derechos por encima de cualquier otra cosa, el derecho penal del enemigo no armoniza con la Constitución, sino que confronta su enfoque, ya que las garantías que se encuentran plasmadas abogan por un derecho penal garantista.

Referencias

1. Álvarez, R. R. (2012). El Derecho penal del enemigo. El problema de su legitimidad a luz de algunos defensores y detractores. Dialnet, 150. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3975800>
2. Bucheli, M. E. (25 de junio de 2015). Derecho ecuador. Obtenido de <https://www.derechoecuador.com/estructura-del-tipo-penal-una-resena-de-los-elementos-que-componen-el-delito>
3. Córdova, A. C. (2015). El garantismo en el constitucionalismo ecuatoriano. . Universidad Andina Simón Bolívar, 11.
4. Jackobs, G., & Cancio, M. (2003). Derecho Penal del enemigo. Madrid: Civitas.
5. Marcena, M. (2012). ¿DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN MÉXICO? UNAM.
6. Meliá, M. C. (2003). "Derecho penal del enemigo". En M. C. Meliá, Derecho penal del enemigo (pág. 32). Madrid: Civitas.
7. Meliá, M. C., & Jakobs, G. (2003). Derecho penal. Madrid: Civitas Ediciones, S. L. .
8. Moreno, D. P. (2016). <http://dspace.ucuenca.edu.ec/>. Obtenido de <http://dspace.ucuenca.edu.ec/handle/123456789/23318>
9. Moreno, L. R. (2014). La bipolaridad del derecho penal. Quito: Cevallos.
10. Palacios, D. (2016). dspace.ucuenca.edu.ec. Obtenido de <https://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/23318/1/TESIS.pdf>
11. Palacios, D. (2016). Universidad de Cuenca Repositorio Institucional. Obtenido de Universidad de Cuenca Repositorio Institucional: <http://dspace.ucuenca.edu.ec/handle/123456789/23318>
12. Paquel, A. Z. (2015). Derecho Penal Parte General. Fundamentos del Derecho Penal y Teoría del Delito. Guayaquil: Murillo .
13. Pasquel, A. Z. (2017). Derecho Penal Parte General. . Guayaquil: Murillo .
14. POLAINO-ORTS, M. (2009). Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo. Huánuco: Grijley .
15. RODRIGUEZ, F. (2014). La Bipolaridad del Derecho Penal. Quito: Cevallos.
16. ROSSEAU, J.-J. (1992). El Contrato Social. Obtenido de elaleph.com.

17. Valencia, Y. P. (2006). Existencia del Derecho Penal del Enemigo en el Derecho Internacional. . Revista Latinoamericana de Derechos Humanos, 22.

©2021 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).