

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

Doctorado en Derecho

Del Derecho penal mínimo al Derecho penal  
estratégico una propuesta político, criminal desde el Ecuador

Diego Zalamea León

2014.



## **CLAUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE MONOGRAFÍA**

Yo, Diego Zalamea León, autor de la monografía intitulada “Del Derecho penal mínimo al Derecho penal estratégico una propuesta político, criminal desde el Ecuador”, mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Doctorado en derecho, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra referida, yo asumiré la responsabilidad frente a terceros y la Universidad.

En esta fecha entrego en la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 22 de abril de 2014

Diego Zalamea León

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

Doctorado en Derecho

Del Derecho penal mínimo al Derecho penal  
estratégico una propuesta político, criminal desde el Ecuador

Diego Zalamea León

2014.

Directora de Tesis: PhD. Inés Olaizola Nogales

Quito

## RESUMEN

El presente estudio tienen por *objeto* responder a dos interrogantes: ¿el minimalismo es aplicable a la realidad ecuatoriana? y de haber un problema de incompatibilidad ¿existe un marco conceptual alternativo que permita gestionar la conflictividad criminal de manera efectiva? La importancia de la primera pregunta radica en que esta postura político criminal es la que se ha impuesto dentro del Derecho comparado y en el caso de nuestro país es la postura aceptada en la Constitución, por tanto si la respuesta es negativa, implica que el Ecuador se ha quedado sin un norte para gestionar su criminalidad. La segunda pregunta, conlleva la posibilidad de forjar un esquema conceptual alternativo que permita superar el inmovilismo y populismo en que ha caído la política criminal en las últimas décadas.

Su *estructura* consta de tres libros: *Libro I “El Derecho penal mínimo: análisis conceptual”*, se enfoca en fijar los ejes conceptuales del minimalismo. El *segundo libro “La aplicabilidad del derecho penal mínimo en el Ecuador”*, aborda la primera pregunta planteada. Mediante un conjunto de reformas legislativas que han puesto a prueba la capacidad de los gobernantes de disminuir el ámbito de protección penal, revela que en el caso de las normas estructurales para el funcionamiento de la sociedad ecuatoriana los intentos han fracasado de manera sucesiva. El *tercer libro “El derecho penal estratégico: una propuesta político criminal desde el Ecuador”* aborda la segunda pregunta; sobre la base de una sucesión de rupturas conceptuales se diseña una propuesta político criminal alternativa.

El estudio mantiene un profundo vínculo con la realidad tanto en el diagnóstico como en la propuesta político criminal. Constituye una apuesta por construir un marco conceptual basado en experiencias de las dos últimas décadas de nuestro país, para abordar el problema que hoy más preocupa a nuestra sociedad: la criminalidad.

## Índice

### Libro I

#### El Derecho penal mínimo: análisis conceptual

<b>Introducción</b>	19
<b>Título I</b>	
<b>El Derecho penal mínimo: postura frente al sistema penal</b>	29
<b>Capítulo I</b>	
<b>Pena y sistema penal</b>	31
1. Límites del sistema penal	34
2. Intensidad del control social estatal	44
<b>Capítulo II:</b>	
<b>Creación de la norma</b>	52
1. Fuentes	54
2. Trascendencia	57
3. Crítica	58
<b>Capítulo III:</b>	
<b>Aplicación de la norma</b>	58
1. Fuentes	61
2. Trascendencia	62
3. Crítica	62
<b>Capítulo IV:</b>	
<b>Consecuencias del sistema penal</b>	68
1. Esfera individual	68
2. Esfera social	80
<b>Título II</b>	
<b>Propuesta político criminal</b>	106
<b>Capítulo I</b>	
<b>Principios penales limitadores: Principios para la limitación de la violencia por carencia de requisitos formales</b>	108
<b>Capítulo II</b>	
<b>Principio de intervención penal mínima</b>	110
1. Fuentes	111
2. Trascendencia	113
3. Crítica	114
<b>Balance: Libro I</b>	133

## Libro II

### La aplicabilidad del derecho penal mínimo en el Ecuador

<b>Introducción.....</b>	143
<b>Título I</b>	
<b>El minimalismo y la extensión del sistema penal</b>	146
<b>Capítulo I</b>	
<b>Reducción de la extensión del sistema penal: experiencias de despenalización</b>	147
1. Normas marginales	153
2. Normas estructurales	158
3. Validación de Resultados: las reformas penales desde la vigencia del minimalismo	191
<b>Capítulo II:</b>	
<b>Reducción de la extensión del sistema penal: un ensayo de reforma integral</b>	196
1. La propuesta minimalista: análisis de los textos introductorios del anteproyecto de código de garantías penales	197
2. La propuesta minimalista: análisis normativo del anteproyecto de código de garantías penales	204
<b>Capítulo III:</b>	
<b>Repercusiones conceptuales de los resultados</b>	217
1. Revisión de la tesis relevista originaria de la creación de la norma	219
2. La refutación de la tesis relativista absoluta de la creación de la norma	225
<b>Título II</b>	
<b>Disminución de la sanción: el código de garantías penales y el margen de libertad para graduar la privación de libertad</b>	227
<b>Balance de la aplicabilidad del derecho penal mínimo</b>	235

## Libro III

### El derecho penal estratégico: una propuesta político criminal desde el Ecuador

<b>Título I</b>	
<b>Introducción al Derecho penal estratégico</b>	239
<b>Capítulo I</b>	
<b>Concepto provisional de Derecho penal estratégico: rupturas paradigmáticas</b>	241
1. Ruptura conceptual del objeto de estudio: de una visión parcial a un análisis global del fenómeno criminal	242
2. Ruptura del concepto de política criminal: de una visión restrictiva a una noción amplia	243
3. Ruptura conceptual del abordaje de la criminalidad: de una visión universalista a un enfoque segmentado	249
<b>Capítulo II</b>	
<b>Derecho penal estratégico: factores que condicionan el desarrollo político criminal</b>	252

1. La pena como límite conceptual del desarrollo político criminal	253
2. Postura sobre el origen del delito: la ausencia de una explicación del surgimiento del delito como límite para el desarrollo político criminal	262
<b>Capítulo III</b>	
<b>Derecho penal estratégico: factores que condicionan el desarrollo político criminal</b>	269
1. Postura sobre la tensión entre los intereses de la persona y la sociedad: necesidad de gestionar la conflictividad criminal	269
2. Enfoque político criminal del Derecho penal estratégico	272
<b>Título II</b>	
<b>Políticas criminales exitosas: análisis empírico</b>	275
<b>Capítulo I</b>	
<b>Políticas integrales</b>	
1. Políticas preventivas	281
2. Políticas Reactivas	282
<b>Capítulo II</b>	348
<b>Políticas fragmentarias</b>	381
1. Derechos de la víctima: la experiencia del SOAT	382
2. Derechos del procesado: la unidad de servicios previos al juicio	388
3. La administración de justicia y el manejo de recursos: la experiencia de la unidad de depuración de causas	398
<b>Capítulo III</b>	
<b>Enseñanzas en materia de política criminal</b>	403
<b>Título III</b>	
<b>Derecho penal estratégico: propuesta político criminal</b>	415
<b>Capítulo I</b>	
<b>Derecho penal estratégico: conceptos básicos</b>	416
1. Revisión del concepto de Derecho penal estratégico	416
2. Derecho penal estratégico: objeto de estudio	418
3. Derecho penal estratégico: fuentes	418
<b>Capítulo II</b>	
<b>El Derecho penal estratégico: relaciones con las ciencias penales</b>	422
1. El derecho penal estratégico y la teoría general del delito	423
2. El derecho penal estratégico y la política criminal	431
3. El Derecho penal estratégico y el Derecho penal mínimo	439
<b>Capítulo 3</b>	
<b>El Derecho penal estratégico: riesgos que conlleva</b>	442
1. ¿Dónde queda la certeza de los derechos de la persona procesada?	443
2. ¿Qué posición ocupan los principios de mínima intervención penal y de subsidiariedad en el derecho penal estratégico?	445
3. ¿Toda política social que repercute en un fenómeno delictivo es política criminal?	447
4. ¿Cuáles son los límites para el régimen de excepción en materia procesal?	448
5. ¿El Derecho penal mínimo es una tendencia expansionista o reduccionista del derecho penal?	452
6. ¿El derecho penal mínimo es una propuesta ilimitada?	455

<b>Capítulo 4</b>	
<b>El Derecho penal mínimo y el potencial de implementación</b>	458
<b>Balance de la propuesta del Derecho penal estratégico</b>	460



## Introducción

Esta investigación tuvo su *origen* en la experiencia que significó para el Ecuador intentar cambiar su orientación político criminal. La reforma constitucional del año 2008, trajo como novedad el que por primera vez se había adoptado una filosofía definida. En principio la noticia parecía prometedora, se había escogido una línea conceptual de naturaleza progresista y con amplia aceptación en el mundo académico: el Derecho penal mínimo.

El Ministerio de Justicia a finales del 2008 y durante el 2009 elabora un *proyecto de ley*, el mismo que tiene como uno de sus objetivos centrales consagrar la filosofía minimalista en un texto legal.<sup>1</sup> La elaboración de la reforma normativa y el proceso de implementación se ve cobijado por un *contexto* propicio: en relación a la *capacidad de influjo* de los propulsores; fue elaborado por el movimiento que gobernaba, para ese momento este sector político ya había concentrado el poder en un nivel no visto desde la vuelta a la democracia y además gozaba de un alto grado de legitimidad. Con respecto a los *obstáculos políticos* que el proyecto debía sortear, los partidos de la oposición estaban diezmados, e incluso otros grupos de poder como los sindicatos, gremios y el propio movimiento indígena vieron derrumbarse su capacidad de influencia, en ese contexto no se veía un oponente capaz de cuestionar la propuesta. En cuanto al *ambiente social*, estaba marcado por un espíritu refundacional; la sociedad ecuatoriana estaba abierta a plantearse cambios que en otro momento serían

---

<sup>1</sup> Ministerio de justicia, *Anteproyecto de código de garantías penales. La Constitucionalización del Derecho Penal*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 73-368.

impensables.<sup>2</sup> En relación a la *legitimidad democrática y jurídica*, la Constitución que incluía esta postura acababa de ser aprobada con un respaldo popular aplastante.

La *elaboración de la propuesta* estuvo a cargo de algunos de los representantes más conocidos del minimalismo, quienes habían conseguido llegar a cargos de poder dentro del Ministerio de Justicia.<sup>3</sup> Ubicación que ponía a los defensores de esta tesis en una posición envidiable, este puesto en el gobierno significaba en la práctica tener allanado gran parte del camino para aprobación de la ley.

La filosofía del proyecto sedujo a más de uno de los pensadores de élite mundial. En especial a Eugenio Zaffaroni, el máximo representante de la escuela minimalista en la región. Quien juega un papel relevante durante todo el proceso de elaboración y termina por convertirse en una de las caras visibles del proyecto.<sup>4</sup>

Una vez que el texto está elaborado, el primer tropiezo se presenta apenas se pone a consideración de un número reducido de académicos y funcionarios. Para sorpresa de todos, lejos de las expectativas generadas por los antecedentes del proceso, los comentarios que trascienden apuntan a que existe un problema de compatibilidad entre el texto y la realidad. Se decide no sacar a la luz la primera versión y dar paso a un proceso de depuración integral.<sup>5</sup>

Una vez superados los temas que mayor polémica causaron, se elabora una segunda versión que se sostuvo que tenía las condiciones para hacerlo viable. Cuando se abre el debate público, a la oposición le basta citar unos pocos artículos para generar una indignación popular y un costo político inusitado. Un gobierno progresista que

---

<sup>2</sup> Néstor Arbo, "Presentación", en Ramiro Ávila (edit.), *Anteproyecto de código de Garantías Penales, la constitucionalización del Derecho penal*, Quito, Ministerio de justicia y derechos humanos, 1990, p. 7.

<sup>3</sup> Néstor Arbo, *Presentación*, p. 8.

<sup>4</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*, en Ramiro Ávila editor, *Anteproyecto de código de garantías penales. La constitucionalización del Derecho penal, Serie justicia y derechos humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad*, No. 17, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 36.

<sup>5</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*, p. 29.

había alcanzado logros paradigmáticos a favor de los procesados, como la creación de la Defensa Pública,<sup>6</sup> el indulto a los microtraficantes de drogas y el haber patrocinado un proyecto para terminar con los presos ilegales en las cárceles ecuatorianas.<sup>7</sup> Al verse acorralado, no solo que archiva el proyecto de ley, sino que además da un giro tangible de su postura político criminal. Se vuelve el portavoz de las demandas de seguridad y de las propuestas de “mano dura”.<sup>8</sup> Por primera vez desaparecen las tradicionales diferencias entre derecha e izquierda.

El fracaso del minimalismo por ser la línea de pensamiento más reconocida en la esfera académica y por su adscripción ideológica, conlleva dos efectos dolorosos: se cierra la oportunidad de que una línea de pensamiento moderada y progresista, alcance un influjo en las decisiones diarias,<sup>9</sup> y simboliza la pérdida del espacio ganado para la introducción de un cierto nivel de reflexión en la gestión de la criminalidad.

La encrucijada en la que había caído la política criminal ecuatoriana plantea dos (2) *preguntas*: ¿el minimalismo es aplicable a la realidad ecuatoriana? y de haber un problema de incompatibilidad ¿existe un marco conceptual alternativo que permita gestionar la conflictividad criminal de manera efectiva?<sup>10</sup> Es precisamente el dar respuesta a estas dos preguntas el *objetivo esta investigación*. La primera se aborda en los dos primeros libros y la segunda en el tercero.

Al iniciar este estudio se pusieron dos límites que a la postre más bien se convirtieron en *retos*. El primero, construir un análisis apegado a la realidad, debido a

---

<sup>6</sup> Defensoría Pública del Ecuador, *Rendición de cuentas 2007-2011*, Quito, Defensoría Pública del Ecuador, 2011, p. 7.

<sup>7</sup> Defensoría Pública del Ecuador, *Rendición de cuentas 2007-2011*, p. 33-37.

<sup>8</sup> Alfredo del Valle, *Indefensión y auge de la criminalidad*, en Alfredo del Valle coordinador, *Seguridad pública militarización y derechos humanos*, México D. F., Instituto de Estudios de la Revolución Democrática, 1997, p. 37.

<sup>9</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2010, p. 16-17.

<sup>10</sup> Dentro del criterio de efectividad, se halla incluido el objetivo de alcanzar niveles adecuados de respeto de derechos de las personas involucradas.

que el abismo existente entre la academia y las estrategias que a diario se adoptan, es una causa central para la crisis que hoy afronta la política criminal.

El segundo, generar un saber propio que no se vea limitado por los marcos conceptuales dominantes. No se pretende dejar de lado el acervo de cientos de años de conocimiento, la idea es que la estructura central sea dotada por la realidad ecuatoriana, mientras que el acervo conceptual pasa a ser el instrumental para interpretar los hallazgos alcanzados. La apuesta consistía en forjar un estudio con lazos profundos con la vivencia diaria, de manera que el diagnóstico y la propuesta sean fácilmente legibles desde nuestra vivencia diaria.

Se reconoce que en el primer Libro al tener que abordar la esencia de la propuesta minimalista,<sup>11</sup> se tuvo que adoptar un enfoque teórico y se terminó por renunciar a este objetivo. Sin embargo a partir del segundo Libro, donde ya se abordan las preguntas que marcan la investigación, el esqueleto del análisis son vivencias de las últimas décadas de nuestro país. En gran medida el estudio no es más que una revisión sucesiva de experiencias, complementadas con marcos conceptuales explicativos de sus resultados. Es por este compromiso con la realidad social que el *método* predominante es el inductivo; pasajes de nuestra historia reciente son la fuente para determinar el grado de aplicabilidad del minimalismo y construir una propuesta alternativa.

Ecuador a lo largo de este estudio demostró ser un *contexto* único para desarrollar este estudio. Como nunca antes, convergen una serie de factores que le hacen el escenario ideal para valorar el potencial del minimalismo y plantear una alternativa que le permita superar algunas de sus limitaciones.

En primer lugar, Latinoamérica en las últimas décadas se ha convertido en el laboratorio por excelencia del orbe. En razón de que ninguna región del planeta en la

---

<sup>11</sup> Elena Larruani, "Criminología crítica: abolicionismo y garantismo", en Alfredo del Valle coordinador, *Seguridad pública militarización y derechos humanos*, México D. F., Instituto de Estudios de la Revolución Democrática, 1997, p. 73-78

historia reciente ha decidido modificar su sistema penal, hasta el punto de poder en duda la pertenencia a su propia familia del derecho.<sup>12</sup> En este momento se produce un cambio en el modelo de administración de justicia que involucra a las dos corrientes jurídicas más influyentes en el contexto internacional.<sup>13</sup> La mutación radica en un abandono de un esquema predominantemente inquisitivo escrito para adoptar un diseño acusatorio oral. En lo básico, conlleva un distanciamiento de la tradición europeo continental para adoptar un esquema más cercano al del “common law”.<sup>14</sup>

Este cambio de manera inicial fue visto como una reforma legal, luego como una variación de modelo procesal, finalmente terminó por demostrar que implicaba un viraje en la forma de concebir el servicio público de administración de justicia penal.<sup>15</sup> Sus repercusiones fueron tan profundas que terminaron por poner en cuestión el equilibrio de fuerzas entre los actores, el papel de las instituciones, el rol de cada sujeto procesal y hasta el perfil mismo del profesional del derecho.<sup>16</sup> Escenario que para países como Ecuador en un primer momento conllevó un nivel de desconcierto, pero de a poco ha ganado espacio la experimentación y revisión de viejos paradigmas. Este escenario de búsqueda de vías para cumplir los nuevos roles, ha llevado a las instituciones a un momento de rediseño y experimentación, donde se han forjado un conjunto de nuevas experiencias que cuestionan paradigmas centrales de la política criminal tradicional.<sup>17</sup>

---

<sup>12</sup> Cristián Riego, “Presentación”, en *Reformas de la justicia en América Latina. Experiencias de innovación*, Santiago, CEJA, 2010, p. 7.

<sup>13</sup> Ricardo Mendaña, Alicia Arias, “El Ministerio Público y la [Atención primaria] de la conflictividad penal”, en Urbio. Revista Latinoamericana de seguridad ciudadana, No. 3, Quito, FLACSO, 2008, p. 31.

<sup>14</sup> Mauricio Duce, Cristián Riego, *Introducción al Nuevo sistema procesal penal*, sin ciudad, Universidad Diego Portales, 2002, p. 39-43.

<sup>15</sup> Alberto Binder, “¿Qué significa implementar un Nuevo sistema de justicia penal?”, en Fondo Justicia y Sociedad. Fundación Esquel USAID, *La evaluación del sistema procesal penal en el Ecuador*, Quito, Fondo Justicia y Sociedad. Fundación Esquel USAID, 2003, p. 12-13.

<sup>16</sup> Jenny Quirós, “Implementación de la oralidad en materias distintas a la penal en Costa Rica”, en *Reformas de la justicia en América Latina. Experiencias de innovación*, Santiago, CEJA, 2010, p. 305-306.

<sup>17</sup> Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en el Ecuador: experiencias de innovación*, Santiago, CEJA, 2.007, p. 303-304.

El segundo factor, viene dado por un nivel de *producción legislativa* en materia penal sin precedentes. En los últimos años ha existido una cantidad de reformas a nuestra legislación que otorga un sustento empírico envidiable para un estudio político criminal. Resultó una sorpresa agradable el constatar que a pesar de haber reinado una cierta tendencia punitiva, existían una serie de conductas penales que habían sido despenalizadas y que constituían un acervo vivencial de gran riqueza para evaluar la capacidad real que los gobernantes habían tenido para reducir la esfera penal.<sup>18</sup>

Para otorgar una respuesta a las preguntas que quedaron planteadas, este estudio se propone un logro intermedio para luego alcanzar los dos objetivos planteados: el objetivo medio consiste en fijar los pilares básicos de la línea conceptual del Derecho penal mínimo y hacer un análisis crítico de su postura; el segundo, determinar el nivel de aplicabilidad de esta línea de pensamiento a la realidad ecuatoriana y el último, diseñar una propuesta alternativa de política criminal que le permita gestionar la conflictividad con el fin de garantizar la vida en sociedad. La *estructura* del presente estudio se basa en la necesidad de alcanzar estos logros, a cada uno de ellos se dedica respectivamente un Libro:

*Libro I “El Derecho penal mínimo: análisis conceptual”*. Para abordar el pensamiento minimalista, por razones de rigurosidad, ante la diversidad de pensamientos que aglutina esta escuela, se escogió el pensamiento de Zaffaroni como objeto de estudio. El análisis efectuado radica en establecer sus ejes conceptuales, rastrear sus fuentes y someterla a un análisis crítico; en conjunto estos elementos otorgan un bosquejo de esta postura, insumo necesario para abordar los dos grandes cuestionamientos que orientan la investigación.

---

<sup>18</sup> Juan Sotomayor, “Garantismo y Derecho penal en Colombia”, en Juan Sotomayor coordinador, *Garantismo y Derecho penal*, Bogotá, Temis, 2006, p. 113-119.

El segundo libro *“La aplicabilidad del derecho penal mínimo en el Ecuador”* tiene por finalidad responder a la primera gran pregunta: ¿la filosofía del derecho penal mínimo es aplicable a la realidad ecuatoriana? Su desarrollo, en la parte medular, se basa en el análisis de un conjunto de experiencias de reformas legislativas que han puesto a prueba la capacidad de los gobernantes de disminuir la esfera de protección penal y el nivel de punición.

El análisis en cada caso consiste en estudiar el nivel de reacción social que genera la disminución de la esfera punitiva. La contraposición de fuerzas entre los intentos de reducir la esfera penal y la presión social opuesta a este objetivo, moldean los límites que los gobernantes tienen para variar las fronteras del Derecho penal. En concreto el punto de quiebre, la frontera donde es aplicable Derecho penal mínimo a cada sector normativo, viene dado cuando la presión popular se impone y obliga a los gobernantes a abandonar su iniciativa de despenalización. Al realizar este estudio en toda la gama de normas clasificadas según el papel que cumplen dentro del funcionamiento de la sociedad, desde leyes marginales en desuso, hasta normas estructurales nucleares, se consigue un esbozo claro de los márgenes de acción de la filosofía minimalista.

La riqueza de los resultados llevó a un corolario inesperado: revisar una línea conceptual que ha marcado el desarrollo criminológico contemporáneo. Quedó en evidencia la necesidad de precisar la tesis relativista de la creación de la norma,<sup>19</sup> si bien esta premisa es aplicable a todos los casos, no en todos ellos adquiere igual trascendencia. Es cierto que la presión ejercida por los grupos de poder es un factor que siempre moldea la ley,<sup>20</sup> pero no frente a todo tipo de norma consigue el mismo nivel de

---

<sup>19</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, Buenos Aires, Siglo veintiuno, p. 148-165.

<sup>20</sup> Premisa propia del interaccionismo simbólico, que luego con ciertas variaciones ha sido adoptada por escuelas como el abolicionismo y minimalismo

influjo: mientras más estructural es la ley, menor es su impacto. La variación introducida a la tesis original puede ser catalogada como: relativizar el relativismo.

Cuando este hallazgo se ubica en el contexto de las necesidades sociales, sale a relucir las limitaciones que tiene la filosofía minimalista para convertirse en el paradigma que guie la política criminal. La convivencia en sociedad y la calidad de vida de las personas se juegan en el ámbito estructural de las leyes,<sup>21</sup> sin embargo la filosofía minimalista en sus dos grandes esferas de intervención ejerce un influjo mínimo o inexistente en este tipo de regulaciones. En cuanto a la posibilidad de disminuir esferas relevantes de protección de las leyes penales, el poder de influjo de los gobernantes no alcanza a las leyes estructurales. En el caso de la disminución en la intensidad de la pena, si bien los márgenes de libertad en materia son algo mayores, no consiguen configurar una capacidad de influjo relevante sobre este tipo de normas. Los escasos márgenes de acción de esta línea conceptual llevan a la necesidad de buscar una alternativa, objetivo que marca el estudio del último Libro.

El tercer libro *“El derecho penal estratégico: una propuesta político criminal desde el Ecuador”* aborda la siguiente pregunta: ¿existe un marco conceptual alternativo que permita gestionar la conflictividad criminal de manera efectiva? Para construir una propuesta política criminal capaz de gestionar la conflictividad penal, fue necesario tomar distancia de la lógica tradicional. Entre las rupturas generadas por su trascendencia se destacan dos (2): se aceptó un concepto amplio de política criminal y una visión segmentada del fenómeno criminal.<sup>22</sup>

La concepción amplia de política criminal varía de manera radical la potencialidad de este saber, debido a que cuando se lo concibe como el “Conjunto de métodos con los que el cuerpo social organiza las respuestas ante el fenómeno

---

<sup>21</sup> Corporación Latinobarómetro, *Informe 2013*.

<sup>22</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 11-27.



criminal”,<sup>23</sup> se superara la visión de que la ley penal es la herramienta única de intervención y la gama se abre a la totalidad de instrumentos que posee la sociedad.

La visión segmentada por su parte le permite al Derecho penal estratégico superar el paradigma de explicaciones y respuestas únicas para todo el fenómeno delictivo. Esta ruptura le confronta a este saber con la necesidad de hacerse cargo de las particularidades de cada segmento delictivo, demanda que sistemáticamente había sido evadida mediante discursos abstractos y generalizaciones incompatibles con la diversidad delictiva.

En conjunto ambas rupturas le sumergen a la política criminal en un nuevo mundo de oportunidades y desconcierto. Por un lado el potencial de este saber crece de manera exponencial, las oportunidades de intervención en cada esfera delictiva se multiplican con las características que salen a relucir cuando se realiza un estudio detallado; al mismo tiempo surgen un número inimaginable de instrumentos para diseñar nuevas estrategias. El desconcierto es producto de que para todo este nuevo universo de opciones para las cuales el saber político criminal cuenta con pocos referentes.<sup>24</sup>

En un escenario donde los marcos conceptuales desarrollados resultan insuficientes ya que la ruptura conceptual les ha dejado sin insumos para enfrentar la nueva realidad. La guía para construir una nueva propuesta política criminal fue de naturaleza empírica. Resultó una sorpresa constatar que la realidad ecuatoriana había marcado un abismo con la construcción teórica, a pesar de la ampliación extrema del ámbito de aplicación de la política criminal que este enfoque acarrea, fue grato verificar la existencia de experiencias con resultados medibles en la totalidad de las áreas incorporadas.

---

<sup>23</sup> Mireille Delmas-Marty, *Modelos actuales de Política criminal*, Madrid, Centro de Publicaciones Secretaría Técnica, Ministerio de Justicia, 1986, p. 19.

<sup>24</sup> Günter Kaiser, *Introducción a la criminología*, 7a. ed., Madrid, Dykinson, 1988, p. 258.

No sería justo terminar esta introducción sin realizar un reconocimiento: para quien escribe fue complejo someter a la filosofía del derecho penal mínimo a un proceso de revisión. Debido a que es la filosofía a la que ha estado adscrito prácticamente durante toda la vida profesional y, de las posturas vigentes, se la considera la más sólida. De hecho, fue este el motivo por el que se la eligió, se tenía conciencia de que un debate con una construcción tan elaborada, de por sí suponía un avance relevante. A pesar de la dureza que a momentos alcanza la crítica, este estudio no tiene por finalidad el refutar el minimalismo, sino tomar conciencia de sus limitaciones y sobre su legado realizar una propuesta más cercana a las necesidades contemporáneas.

## Libro I

### El Derecho penal Mínimo

#### Introducción

Este libro tiene por *objetivo* fijar la posición conceptual de la propuesta de Zaffaroni. la estructura del estudio se conforma dos (2) títulos: El Título I “El Derecho penal mínimo: postura frente al sistema penal” tiene por finalidad describir la forma como el autor concibe la sistema penal y su funcionamiento, ya que la concepción que el autor tiene sobre elementos tales como: el proceso de creación de la ley penal, la pena, el papel que cumple el sistema penal en la sociedad y los resultados que genera, se convierten el parámetros que guían la construcción de su propuesta político criminal. El Título II “El Derecho penal mínimo: propuesta político criminal” se destina a describir la propuesta concreta de Zaffaroni para plasmar el minimalismo.

De manera adicional a estos dos (2) grandes componentes, se ha introducido el presente apartado introductorio, cuya finalidad es establecer ciertos lineamientos y precisiones que permitan abordar de mejor manera el estudio a realizarse. Su estructura consta de tres (3) componentes: a) enfoque, b) fuentes y c) método utilizado.

#### **a) Enfoque**

La *concepción* minimalista parte de que el sistema penal sufre una crisis estructural de legitimidad,<sup>25</sup> deficiencia que al ser parte de su esencia,<sup>26</sup> impide que

---

<sup>25</sup> Eugenio Zaffaroni, *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, Caracas, Monte Ávila Editores, 1993, p. 12.

<sup>26</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, Bogotá, Temis, 1990, p. 23.

pueda ser relegitimado,<sup>27</sup> su subsistencia se justifica solo en la medida que sea capaz de evitar respuestas sociales más violentas.<sup>28</sup> La propuesta político criminal, consiste en limitar la esfera punitiva de manera integral, esto es, la esfera de conductas sometidas a este tipo de control social, el arbitrio judicial y el nivel aflictivo de las penas.<sup>29</sup>

El ejercicio realizado en el párrafo anterior es una abstracción de la esencia de esta postura, por ello no deja de ser una generalización. Como en todas las escuelas de pensamiento, bajo un mismo paradigma convergen pensadores cuyas posturas presentan múltiples variaciones, motivo por el cual resulta imposible sistematizar su pensamiento en un solo concepto. Ante la imposibilidad de estudiar toda la gama de posturas, se bosquejará algunas de las *modalidades* más representativas. El pensamiento de los tres (3) autores que más han trascendido en la región: Raúl Zaffaroni,<sup>30</sup> Alessandro Baratta<sup>31</sup> y Luigi Ferrajoli,<sup>32</sup> son un referente interesante para visualizar esta diversidad de criterios.

La primera diferencia central, es aquella constituida por una posición netamente minimalista frente a una de carácter instrumental. En la primera línea conceptual se halla enmarcado Ferrajoli, quien cree en la necesidad de reducir el Derecho penal a un mínimo necesario,<sup>33</sup> pero no acepta la posibilidad de prescindir del Derecho penal.<sup>34</sup> En tanto que Zaffaroni<sup>35</sup> y Baratta<sup>36</sup> lo ven como una meta para el presente, sin que renuncien a la idea de que un día es posible que sea abolido.

---

<sup>27</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 73-75.

<sup>28</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho penal mínimo y otros ensayos*, Aguascalientes, Comisión estatal de derechos humanos Aguascalientes, 2008, p. 19.

<sup>29</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho penal mínimo y otros ensayos*, p. 18.

<sup>30</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*.

<sup>31</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, México D. F., Siglo veintiuno, 1986.

<sup>32</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho penal mínimo y otros ensayos*.

<sup>33</sup> Luigi Ferrajoli, "El paradigma del Derecho penal mínimo", en Juan Sotomayor coordinador, *Garantismo y Derecho penal*, Bogotá, Temis, 2006, p. 61-63.

<sup>34</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho penal mínimo y otros ensayos*, p. 18.

<sup>35</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 68-70.

En este sentido, es legítimo cuestionar por qué se incluye al pensamiento de Zaffaroni y Baratta dentro del minimalismo, cuando su tesis se podría calificarse de un abolicionismo gradual. La primera causa se debe a que toda postura minimalista siempre genera una tensión para conseguir limitar en todas las esferas el sistema penal,<sup>37</sup> por lo que la sola presencia de la posibilidad de reducirlo hasta que desaparezca no se considera como definitoria de su naturaleza.

La segunda causa, el alcance de la propuesta, termina por ser la más relevante porque se basa su potencial. Si bien discursivamente estos autores fijan como meta la abolición, en la práctica su postura político criminal y las estrategias que plantean tienen el potencial para reducir el Derecho penal, pero no para prescindir de él. Tanto es así que Baratta<sup>38</sup> y Zaffaroni<sup>39</sup> visualizan que para llegar a la abolición se requiere instaurar un nuevo modelo de sociedad.<sup>40</sup>

A su vez entre Zaffaroni y Baratta hay diferencias relevantes, mientras que el primero acepta su adscripción central a esta tesis,<sup>41</sup> el segundo se autodefine como criminólogo crítico.<sup>42</sup> Esta diferencia no se queda a un nivel de auto concepción, el contraste de algunas de sus propuestas es patente. Por ejemplo, si se analiza la prioridad que Baratta otorga a crear una política criminal de las clases subalternas,<sup>43</sup> es claro que convierte al Derecho penal mínimo simplemente en una herramienta para llegar a una sociedad más justa. Tanto es así que, la reducción del Derecho penal solo es aplicable a las clases subalternas, de manera expresa acepta la necesidad de ampliar y reforzar el

---

<sup>36</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 221.

<sup>37</sup> Luigi Ferrajoli, *El paradigma del Derecho penal mínimo*, p. 61-63.

<sup>38</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 214-215.

<sup>39</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 68-70.

<sup>40</sup> Ruth Morris, "Educación comunitaria una herramienta clave para la abolición de las penas", en *Archivos de criminología neuro-psiquiatría y disciplinas conexas*, No. 30-31, Quito, Facultad de jurisprudencia, ciencias políticas y sociales de la Universidad central del Ecuador, 1993, p. 246-253.

<sup>41</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 194.

<sup>42</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 165-167.

<sup>43</sup> Alessandro Baratta, "Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal", en Juan Bustos, *Prevención y teoría de la pena*, Santiago, Editorial jurídica cono sur, 1995, p. 90.

Derecho penal destinado a los sectores pudientes.<sup>44</sup> Postura que no es compartida por Zaffaroni, quien realiza una dura crítica ante lo que considera desafueros de la nueva tendencia penal conocida como “Derecho penal de enemigo”, corriente que en buena medida se dirige a la criminalidad de los poderosos.<sup>45</sup> Este autor considera que el sistema penal siempre conlleva un “dolor sin sentido” que debe ser restringido.<sup>46</sup>

La diversidad de posturas ejemplificadas en estas 3 concepciones, muestra que por rigurosidad se requiere realizar una *toma de postura sobre el enfoque del estudio*. Ante la necesidad de escoger un referente único que guíe el análisis, se optó como referente por el pensamiento de Zaffaroni.<sup>47</sup> Es una decisión polémica, debido a que su postura tiene caracteres propios que le hacen un representante poco ortodoxo de la línea de pensamiento del Derecho penal mínimo. La trascendencia de estas especificidades radica, en que el análisis crítico al que será sometido, en vastos sectores no es justo que sea generalizado a la mayoría de los autores que conforman esta conceptual. El perder de vista esta *advertencia inicial* conllevaría una repercusión seria al momento de valorar las conclusiones de este primer Título.

Tres (3) son los elementos distintivos centrales que pueden generar esta distorsión: (i) el haber adoptado como meta utópica la abolición del sistema penal, (ii) el haber construido su propuesta desde la realidad latinoamericana y (iii) su adscripción paralela a la filosofía marxista. La repercusión de estos elementos no es despreciable, los dos primeros tienden a generar una postura más radical; el aceptar como meta la abolición y el partir de una realidad especialmente injusta como la latinoamericana, generan que el discurso tome matices más duros que la postura media del

---

<sup>44</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p 213-216.

<sup>45</sup> Eugenio Zaffaroni, *El enemigo en el Derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 74-79.

<sup>46</sup> Eugenio Zaffaroni, *El enemigo en el Derecho penal*, p. 3.

<sup>47</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*.

minimalismo.<sup>48</sup> De la misma forma, su adscripción marxista hace que el sistema penal sea visto como un instrumento de dominación interclasista, enfoque no generalizable.<sup>49</sup>

A pesar de las repercusiones que estas peculiaridades conllevan, la decisión de analizar el pensamiento de este autor, se debe a dos motivos: el primero relacionado con el papel que el pensamiento del autor juega en la región y en particular en el Ecuador. Resulta indiscutible el liderazgo que Zaffaroni ejerce dentro de esta línea conceptual, sería artificial en nuestra realidad plantear un debate basado en un referente, como por ejemplo Ferrajoli, que si bien es más representativo de la postura mayoritaria del Derecho penal mínimo, sin embargo su pensamiento no goza de un arraigo igual de significativo dentro del mundo jurídico de nuestro país.

El segundo motivo es aun más trascendente, al ser el objeto de los dos primeros libros de esta tesis, el analizar la aplicabilidad de la propuesta minimalista en el Ecuador,<sup>50</sup> toma relevancia el influjo que este autor ejerció sobre los actores políticos responsables de un ensayo normativo que constituye un hito para el minimalismo:<sup>51</sup> el anteproyecto de código de garantías penales. La trascendencia de esta iniciativa, se debe a que es el único intento en el contexto internacional donde se ha pretendido introducir la filosofía minimalista de manera integral. Zaffaroni participó en la elaboración de sus artículos,<sup>52</sup> revisó su contenido e incluso fue quien hizo su presentación.<sup>53</sup>

En ocasiones resultó inevitable realizar ciertas precisiones sobre algunas críticas aplicables a Zaffaroni y no trasportables al grueso de los autores pertenecientes al

---

<sup>48</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 96-98.

<sup>49</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 42-43

<sup>50</sup> Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Anteproyecto de código de garantías penales. La Constitucionalización del Derecho Penal*, p. 87-368.

<sup>51</sup> Luigi Ferrajoli, *El paradigma del Derecho penal mínimo*, p. 61-63.

<sup>52</sup> Eugenio Zaffaroni, "Presentación del anteproyecto de código orgánico de garantías penales del Ecuador", en Ramiro Ávila coordinador, *Anteproyecto de Código de garantías penales. La constitucionalización del Derecho Penal, Serie justicia y derechos humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad*, No. 17, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 11.

<sup>53</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*, p. 36.

minimalismo.<sup>54</sup> Para realizar este ejercicio se buscó como referente un autor cuyo pensamiento fuese más representativo de la tendencia general: Ferrajoli. Sin embargo, si el texto no aclara lo contrario, cuando se hable del Derecho penal mínimo o el minimalismo, deberá entenderse esta escuela vista desde la perspectiva de Zaffaroni.

#### **b) Fuentes**

Para efectos de analizar las fuentes del pensamiento de Zaffaroni, se hará referencia a dos fuentes propiamente dichas, (i) escuela de la reacción social y (ii) escuela marxista, y una escuela paralela que ha jugado un influjo importante en el minimalismo,<sup>55</sup> (iii) la escuela abolicionista. El antecedente directo del pensamiento minimalista, se encuentra en la escuela criminológica de la (i) *reacción social*, o denominada también interaccionista simbólica, del etiquetamiento o con su nomenclatura en inglés “labelling approach”.

El punto central de su cosmovisión, consiste en la imposibilidad de comprender la desviación sin referirse a los procesos de definición de la conducta desviada y la reacción social. Pensadores de esta escuela como Howard Becker<sup>56</sup> y Edwin Schur<sup>57</sup> sobre la base del relativismo de Sutherland,<sup>58</sup> plantean que la desviación no es consecuencia connatural al acto, sino un proceso complejo donde influyen visiones, intereses y circunstancias del caso, por ello llegan a cuestionar “¿desviado para quién?, ¿desviado respecto a qué?”.<sup>59</sup> Marca el paso de una visión de delito con un fuerte influjo “ius naturalista” a una visión relativista, donde entre otros factores entran en juego las convicciones reinantes, los intereses y el juego de poder. Fruto de este cambio de

---

<sup>54</sup> Luigi Ferrajoli, *El paradigma del Derecho penal mínimo*, p. 61-63.

<sup>55</sup> Luigi Ferrajoli, *El paradigma del Derecho penal mínimo*, p. 61-63.

<sup>56</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, Buenos Aires, Siglo veintiuno, p. 32.

<sup>57</sup> Edwin Schur, “Reactions to deviance: a critical Assessment, en *American journal of sociology*”, en *The University of Chicago press*, vol. 25, No. 3, Chicago, University of Chicago press, 1969, p. 309-310.

<sup>58</sup> Edwin Sutherland, “Development of the theory”, en Schuessler K. (edit.), *Edwin Sutherland on Analyzing Crime*, Chicago, Univ. of Chicago Press, 1973, p. 13-29.

<sup>59</sup> Taylor, Ian, Paul Walton y Jock Young, *La nueva criminología. Contribución a una nueva teoría social de la conducta desviada*, Buenos Aires, Amorrortu, 1990, p. 157.



concepción del delito, el objeto de estudio de la criminología pasa del acto criminal propio de la escuela clásica del Derecho penal y del hombre criminal del positivismo, a la reacción social y en especial a la operatividad de las agencias estatales.<sup>60</sup>

Esta escuela de pensamiento, a pesar de opiniones en contrario,<sup>61</sup> es reconocida por la mayoría de autores y entre ellos los más importantes representantes del minimalismo como el propio Zaffaroni<sup>62</sup> y Baratta<sup>63</sup> como una ruptura conceptual que ha marcado el desarrollo criminológico posterior. Por ejemplo, si se analiza sus obras más representativas tienen reconocimientos expresos referidos a este tema: Zaffaroni la ha calificado como “*el sacudón teórico más formidable*”,<sup>64</sup> “*la función deslegitimante más importante e irreversible respecto al discurso jurídico penal*”,<sup>65</sup> “*constituyen el golpe deslegitimante más fuerte que recibió el ejercicio del poder del sistema penal y del cual ya no podrá reponerse el discurso jurídico penal*”.<sup>66</sup>

En el pensamiento de Baratta es más evidente esta adscripción, una revisión del índice de su obra más influyente, “*Criminología crítica y crítica al Derecho Penal*”,<sup>67</sup> confirma la relevancia que este autor le otorga, por ejemplo: su capítulo 7 se titula, “*El nuevo paradigma criminológico: el labelling approach o enfoque de la reacción social...*”,<sup>68</sup> su primer subtítulo: “*El labelling approach: una revolución científica en el ámbito de la sociología criminal*”,<sup>69</sup> los numerales 4 y 5 capítulo 8 se denominan “*El*

---

<sup>60</sup> Paul Taylor, *La nueva criminología. Contribución a una nueva teoría social de la conducta desviada*, p. 182-187.

<sup>61</sup> Winfried Hassemer y Francisco Muñoz, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1989, p. 59-65.

<sup>62</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 68-69.

<sup>63</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 209-212.

<sup>64</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 23.

<sup>65</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 44.

<sup>66</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 45.

<sup>67</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal* .

<sup>68</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 83.

<sup>69</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 83.

*problema de la definición criminal. El labelling approach: una “revolución científica” en criminología*”<sup>70</sup> e “irreversibilidad del labelling approach”<sup>71</sup>.

En cierta medida el minimalismo y el abolicionismo vienen a constituir un desarrollo de esta línea de pensamiento. Debido a que en la esfera conceptual, los conceptos centrales se construyen a partir del desarrollo de las premisas del interaccionismo simbólico. La diferencia se marca en la propuesta político criminal, la escuela de la reacción social no elaboró un diseño de la forma como la sociedad debía gestionar la criminalidad,<sup>72</sup> en tanto que ambas posturas que le sucedieron vienen a cubrir este vacío.<sup>73</sup> Para efectos de estudiar la escuela de la reacción social se toma como referente a Howard Becker, autor reconocido como quien plasmó la concepción más acabada.<sup>74</sup>

La segunda fuente es la (ii) *escuela marxista*, como se recordará se dejó constancia de que esta no es una fuente general para el minimalismo. Sin embargo, dado el autor tomado como referente, Zaffaroni, resulta inevitable el rastrear su influjo por la trascendencia que adquiere esta concepción.<sup>75</sup>

Se decidió adoptar a Baratta como referente del marxismo, en razón de la influencia que ha ejercido en los lineamientos conceptuales y sobre todo en la propuesta político criminal de Zaffaroni.<sup>76</sup> El pensamiento de Baratta se cimienta en el concepto de que el fenómeno de la desviación, solo puede ser analizado bajo la óptica materialista, en el marco de la estructura socio económica y las diferencias de clase.<sup>77</sup>

---

<sup>70</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 110.

<sup>71</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 114.

<sup>72</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 21-22.

<sup>73</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 68-80.

<sup>74</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*.

<sup>75</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 47-50.

<sup>76</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, Buenos Aires, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1984, p. 458.

<sup>77</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 165.

De hecho, este es el signo distintivo que le sirve para diferenciar la escuela que denomina criminología crítica y es el sustento para refutar a todas las restantes.<sup>78</sup>

Fruto del mismo sismo generado por la teoría de la reacción social que dio origen al minimalismo,<sup>79</sup> surge una escuela paralela con la que comparten los principales ejes conceptuales que sostienen su pensamiento, pero que les diferencia su propuesta criminal: (iii) *el abolicionismo*. Ambas coinciden en que este proceso de deslegitimación es irreversible, pero se diferencian en que mientras que la primera lo acepta como un mal menor para evitar más violencia,<sup>80</sup> la última propone su abolición.<sup>81</sup>

Como referente del abolicionismo se ha tomado a Lock Hulsman, debido a dos motivos: el primero, la relevancia del pensamiento de este autor, Hulsman es considerado dentro de esta línea conceptual como el pensador que más ha trascendido. El segundo motivo, se relaciona con el influjo sobre el pensamiento de Zaffaroni.<sup>82</sup> El nivel de influencia queda patente incluso en el título mismo de su obra más acabada, “En busca de las penas perdidas”, debido a que el autor lo forja sobre la base de un parafraseo del nombre original de la obra más influyente en Latinoamérica del autor holandés, “Peines perdus”. Libro que en la región se difundió como “Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa”.<sup>83</sup>

La postura de este autor consiste en el remplazo del sistema penal por otros medios de solución de conflictos, otras ramas jurídicas y medidas preventivas. Parte de que los distintos grupos sociales para tratar sus diferencias han desarrollado diversas

---

<sup>78</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 165.

<sup>79</sup> Luigi Ferrajoli, *El paradigma del Derecho penal mínimo*, p. 61-63.

<sup>80</sup> Andrew Morrison, Mayra Buvinic, Michel Shifter, “América violenta: factores de riesgo, consecuencias e implicaciones para las políticas sobre la violencia social y doméstica”, en Hugo Frühling, Joseph Tulchin, Heather Golding, *Crimen y violencia en América Latina*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 117-124.

<sup>81</sup> Eugenio Zaffaroni, *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, p. 12.

<sup>82</sup> Eugenio Zaffaroni, *¡Nos faltará Lock!*,

“<http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/homenajehulsman/louk1.pdf>”, (consultado el 1 de noviembre de 2011).

<sup>83</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, Ariel, Barcelona, 1984.

estrategias, donde solo una de ellas es el castigo, pero no necesariamente es la más eficiente ni la que se utiliza para los casos más graves, de hecho existen opciones más efectivas y menos aflictivas.<sup>84</sup> Su propuesta se basa en que el conflicto tiene sus actores y ellos deben ser los protagonistas de su solución, solo en caso de que sea imposible como herramienta del sistema entran en escena otras áreas jurídicas como la civil.<sup>85</sup>

### **c) Método Utilizado**

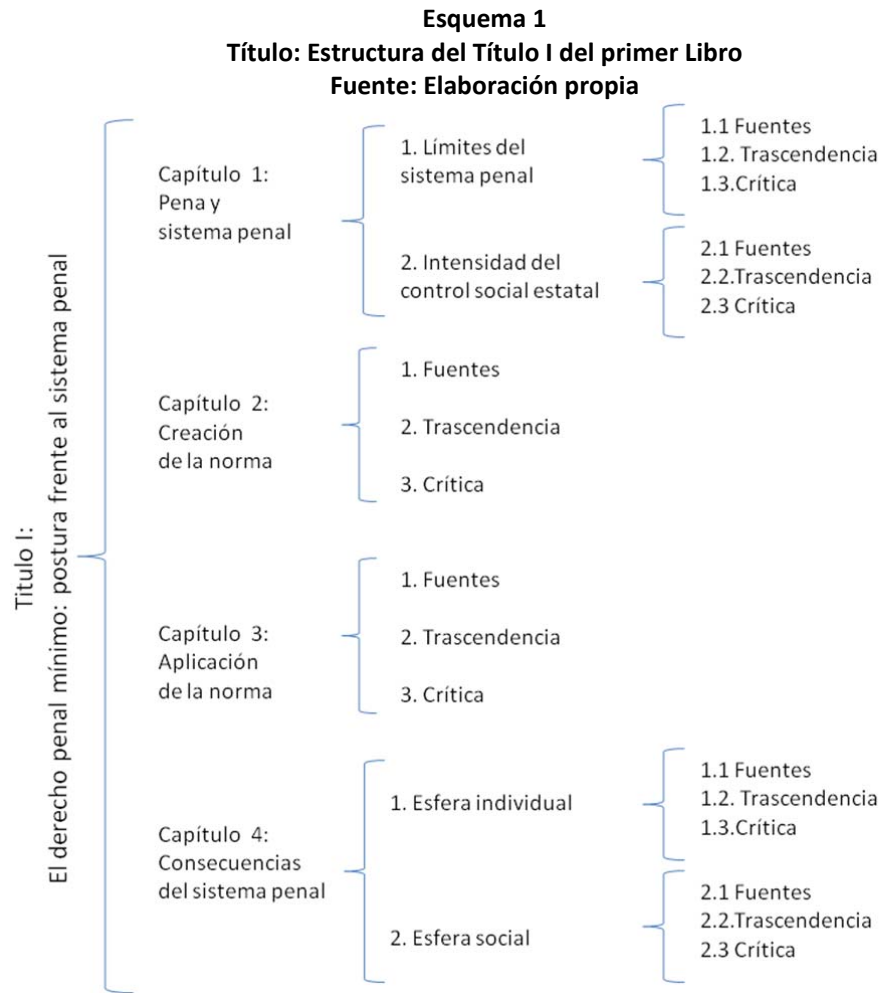
El método predominante en este Libro es el hermenéutico, debido a que se parte de la concepción de la escuela del Derecho penal mínimo se la deconstruye en sus principales pilares conceptuales, se los interpreta sobre la base de sus principales fuentes y se establecen los pilares conceptuales sobre el que se basará el análisis crítico.

---

<sup>84</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 85-90.

<sup>85</sup> Lock Hulsman, *El paradigma abolicionista*,

“[http://www.alfonsozambrano.com/louk\\_hulsman/hulsman.htm](http://www.alfonsozambrano.com/louk_hulsman/hulsman.htm)”, (consultado el 26 de noviembre de 2011).



## Título I

### El Derecho penal mínimo: postura frente al sistema penal

Esta primera parte se destina a analizar la base conceptual que sustenta la filosofía Derecho penal mínimo y sus principales pilares conceptuales. Su *objetivo* es realizar un estudio de su contenido, sobre esta base plantear un análisis crítico que permita extraer sus fortalezas y debilidades.

El obtener las líneas conceptuales del pensamiento de Zaffaroni ha sido una labor compleja. Debido a que si se parte de su obra más representativa en materia de concepción criminológica y propuesta de política penal, “En busca de las penas

perdidas”,<sup>86</sup> se puede constatar que el autor utiliza para fundamentar su tesis una metodología basada en un recorrido por las principales escuelas de pensamiento criminológico y penal, de donde extrae especialmente sus debilidades y recoge sus posturas críticas aplicables a Latinoamérica y los países centrales.<sup>87</sup>

La *metodología* elegida hace que su punto de partida no sea una construcción propia, sino un recorrido por el pensamiento de las principales escuelas.<sup>88</sup> Aproximación que le permite aglutinar las críticas más diversas realizadas al sistema penal y le otorgan una base importante en materia de herramientas para cuestionar su legitimidad. Sin embargo, le resta un cierto nivel de consistencia, debido a que en muchos casos no existe un pronunciamiento sobre los diversos argumentos, en el sentido de que si son aceptados o no por el autor, el peso que adquieren en su propia visión y la forma como se contabilizan unos con otros.<sup>89</sup> Esta realidad incrementa el nivel riesgo de que el análisis no sea justo, debido a que demanda una labor de interpretación adicional de la visión minimalista del autor;<sup>90</sup> motivo por el cual se resolvió explicitar la presencia de este factor desde el primer momento.

Una última dificultad, es consecuencia de la carrera tan fructífera que ha tenido este autor y el desarrollo de su pensamiento marcado por distintas etapas. Zaffaroni sin lugar a dudas es uno de los escritores contemporáneos que más ha producido en materia de Derecho penal, criminología y política criminal, realidad que facilita una variación en su pensamiento a lo largo de décadas de estudios. Por rigurosidad se deba explicitar el *enfoque del análisis* de su pensamiento, este estudio analiza su obra desde la

---

<sup>86</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 32-90.

<sup>87</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 3-51.

<sup>88</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*.

<sup>89</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*.

<sup>90</sup> Luigi Ferrajoli, *El paradigma del Derecho penal mínimo*, p. 61-63.

perspectiva de su libro más acabado en materia de criminología y política criminal: “*En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*”.<sup>91</sup>

La estructura de este Título se basa en cuatro (4) capítulos, donde cada uno de ellos cumple con el siguiente objetivo: fijar el objeto de estudio,<sup>92</sup> analizar la creación de la ley como fundamento del control social,<sup>93</sup> describir el paso del mundo del “deber ser” al “ser” de la norma penal<sup>94</sup> y por último, revisar las repercusiones que el sistema penal conlleva.<sup>95</sup> En un segundo nivel, cuando el tema lo justifica, Capítulo I y IV, se descompone cada uno de estos pilares en subconceptos.<sup>96</sup> Como tercer paso, se detectan sus fuentes, se analiza la trascendencia que tiene para el pensamiento minimalista y por último, se les somete a un análisis crítico.

## Capítulo I

### Pena y sistema penal

Este primer Capítulo tiene por *objetivo* analizar el concepto de pena y sistema penal, como conceptos básicos que bosquejan el objeto de estudio. Zaffaroni concibe al sistema penal como el control social ejercido mediante la imposición de una pena.<sup>97</sup> Donde por pena se debe entender un acto de poder que conlleva una cuota de dolor que no responde a un modelo idóneo para resolver conflictos.<sup>98</sup>

---

<sup>91</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 32-143.

<sup>92</sup> (Capítulo I) Pena y sistema penal.

<sup>93</sup> (Capítulo II) Creación de la norma.

<sup>94</sup> (Capítulo III) Aplicación de la norma.

<sup>95</sup> (Capítulo IV) Consecuencias del sistema penal.

<sup>96</sup> Solo en 2 de los 4 conceptos fue necesario.

<sup>97</sup> Eugenio Zaffaroni, *Criminología: aproximación desde un margen*, Vol. I, Bogotá, Temis, 1988 p. 15.

<sup>98</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 164-165.

Parte de que el concepto de sistema penal no puede depender de la ley, debido a que su definición debe estar vinculada a su esencia y no a una decisión política. Propone adoptar una concepción óptica de pena que le otorgue similar calidad a la noción de sistema penal, el legislador puede decidir en qué casos aplica la sanción y con qué intensidad, pero no tiene la capacidad para determinar a su arbitrio su naturaleza.<sup>99</sup>

Critica el saber tradicional, por haber tomado a la ley como parámetro para fijar los límites de la pena y el sistema penal. La norma no es un referente válido, no solo que no pertenece al mundo naturalista, sino que es una construcción cultural generada por una de las partes interesadas: las agencias políticas.<sup>100</sup> El sesgo generado por un enfoque parcial, ha permitido a las construcciones teóricas tradicionales disimular una doble debilidad: en primer lugar, sostiene que (a) el Derecho penal se basa en un discurso falso, el Derecho penal no cumple la tarea que en teoría dice cumplir. En segundo lugar consigue (b) enmascarar la función que cumple en realidad.<sup>101</sup>

#### **a) El Derecho penal se basa en un discurso falso**

La falsedad del discurso la deduce del análisis de la doble función que se le ha asignado: desde la perspectiva futura, es un instrumento para (i) prevenir nuevos delitos; desde el enfoque del caso concreto es un (ii) instrumento de solución de conflictos.

Con respecto a la labor de (i) *prevenir nuevos delitos*, su análisis se centra en la existencia de un abismo entre el discurso y la práctica. Mientras que en el “deber ser” infla los tipos penales y multiplica los bienes jurídicos que dice proteger, en la práctica su incidencia real es absolutamente marginal.<sup>102</sup> El número ínfimo de conductas que realmente llegan al sistema penal y de estas las que reciben una respuesta, hace imposible sostener que el sistema penal cumpla una función de prevención de la

---

<sup>99</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 12.

<sup>100</sup> Eugenio Zaffaroni, *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, p. 13

<sup>101</sup> Eugenio Zaffaroni, *Criminología: aproximación desde un margen*, p. 15.

<sup>102</sup> Eugenio Zaffaroni, *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, p. 43.



criminalidad.<sup>103</sup> Dado que el análisis de este tema demanda de un estudio asentado en la realidad, se reserva un espacio exclusivo para su desarrollo en los dos próximos libros.

Critica el haber considerado al sistema penal como un *(ii) instrumento de solución de conflictos*. Al confrontar los actores que intervienen en el proceso penal frente a los que protagonizan un conflicto, llega a la conclusión de que es imposible que este control social pueda ser considerado un método de solución de controversias. Resulta forzado sostener que se puede resolver una disputa al tiempo que se margina a uno de los involucrados: la víctima.<sup>104</sup> Hace notar que la supresión de este actor no es un tema coyuntural, una revisión histórica, permite constar que el Derecho penal surge ante la necesidad de evitar la venganza privada. La expropiación del conflicto a la víctima no se trata de un problema incidental que pueda ser superado, es connatural a su esencia.<sup>105</sup>

El descarte realizado le permite concluir que en la esfera óptica, no existe ninguna función lógica que pueda ser asignada a la pena,<sup>106</sup> de hecho el único denominador común es el tratarse de un acto de poder y conllevar un dolor que no responde a un método de solución de conflictos.<sup>107</sup>

#### **b) Enmascarar la función que cumple en realidad**

Cuando profundiza el análisis óptico de la pena, observa que el incumplimiento de las funciones declaradas, no conlleva que el sistema penal carezca de influjo en la realidad social.<sup>108</sup> Existe una función no declarada: es una herramienta de sumisión de

---

<sup>103</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 19.

<sup>104</sup> Alberto Bovino, "La víctima como preocupación del abolicionismo penal", en *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992, p. 173-174.

<sup>105</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 148.

<sup>106</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 166-167.

<sup>107</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 3.

<sup>108</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 17-18.

los sectores desposeídos y las personas consideradas “diferentes”.<sup>109</sup> Donde el sistema penal reconocido sirve de coartada, para esconder dos esferas de ejercicio: un uso desentendido del de las garantías que le son propias por haber sido disfrazado de otra rama jurídica,<sup>110</sup> y un ejercicio paralegal y criminal efectuado por las agencias ejecutivas.<sup>111</sup>

Para analizar ésta noción es necesario referirse a dos elementos que caracterizan su concepción: (1) límites del sistema penal e (2) intensidad del control social.

### **1. Límites del sistema penal**

La concepción óptica de sistema penal conlleva una revisión de sus fronteras. Labor que demanda detectar todas aquellas esferas donde existe una imposición efectiva de una pena. Al implicar esta tarea una revisión total del objeto de estudio, el autor opta por realizar una esquematización completa del control social punitivo o sistema penal.

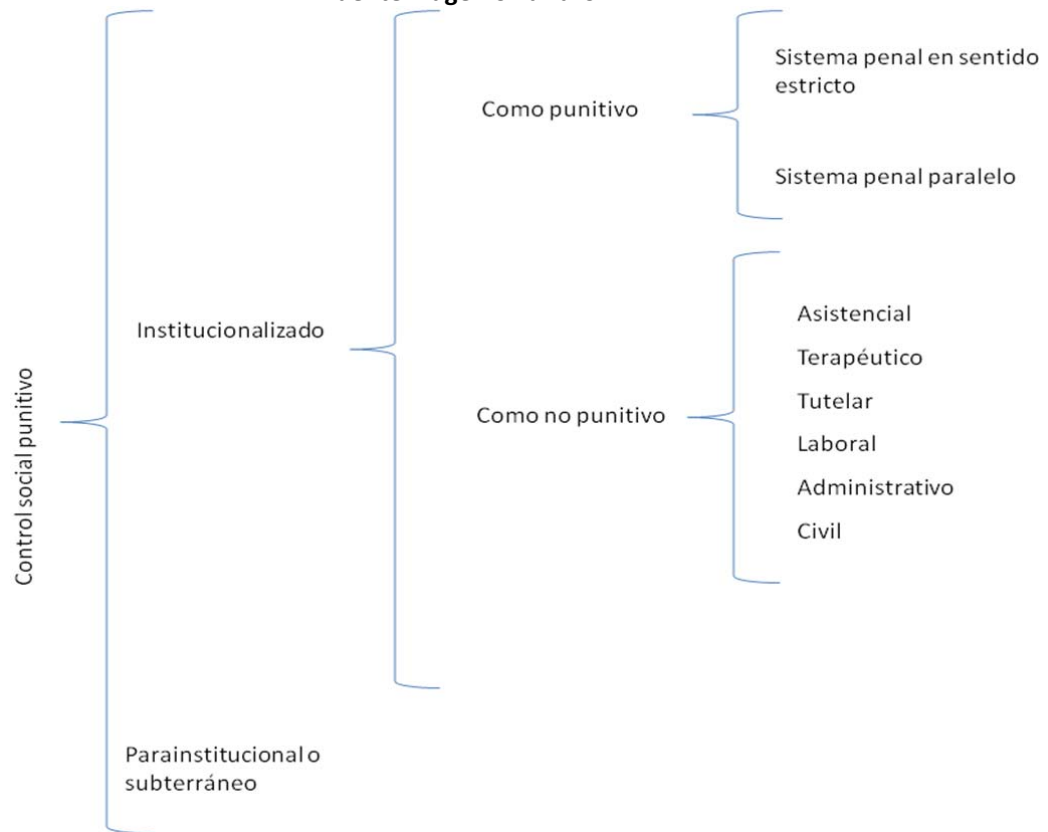
---

<sup>109</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 14.

<sup>110</sup> Luigi Ferrajoli, “El garantismo y el Derecho penal”, en Miguel Rujana, *Derecho penal contemporáneo*, Bogotá, Universidad libre, 2002, p. 24-27.

<sup>111</sup> Eugenio Zaffaroni, *Criminología: aproximación desde un margen*, p. 15.

**Esquema 2**  
**Título: Estructura del control social punitivo**  
**Fuente: Eugenio Zaffaroni<sup>112</sup>**



El esquema introducido da cuenta de la esfera marginal que alcanza el Derecho penal reconocido por el discurso oficial, en relación a la realidad magnitud de la maquinaria punitiva.<sup>113</sup> Visto el mismo fenómeno del modo inverso, deja en evidencia que el saber tradicional oculta la mayor parte del andamiaje represivo.<sup>114</sup> Para el autor este resultado no es ingenuo, la labor de ocultación es funcional a los detentadores del poder, les permite ejercer una labor de contención sobre las grandes mayorías.<sup>115</sup> Donde el discurso legitimador consigue convertir al sistema penal formal en coartada para

<sup>112</sup> Eugenio Zaffaroni, *Criminología: aproximación desde un margen*, p. 15.

<sup>113</sup> Eugenio Zaffaroni, *Criminología: aproximación desde un margen*, p. 17.

<sup>114</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 12-13.

<sup>115</sup> Robert Merton, *Teoría y estructura sociales*, México D. F., Fondo de cultura económica, 1992, p. 124-131.

encubrir el real funcionamiento represivo, además de lograr que sus destinatarios acepten y hasta demanden el ejercicio de este poder.<sup>116</sup>

Si la labor de ocultación es analizada desde sus repercusiones prácticas, conlleva ventajas nada despreciables. Por ejemplo, el no incluir dentro del Derecho penal a esferas punitivas paralelas como el Derecho contravencional, permite al Estado montar un régimen de excepción donde las garantías de las personas se ven reducidas;<sup>117</sup> el introducir penas en el área administrativa permite de manera directa dejarlas fuera del control de los jueces; por último, sobre la base del sentimiento de inseguridad sembrado por las agencias de publicidad,<sup>118</sup> se ha montado un ejercicio abiertamente ilegal ejercido por las instancias ejecutivas, donde para realizar una labor pautadora de los desposeídos, no duda en cometer burdas violaciones a los derechos humanos.<sup>119</sup>

Es importante precisar el alcance de tres (3) categorías de control social punitivo no convencionales que son trascendentes dentro de su desarrollo conceptual: el (i) *sistema penal paralelo*, donde a pesar de reconocerse su naturaleza punitiva existe una ilegítima disminución de garantías bajo el discurso de que solo se trata de injustos menores,<sup>120</sup> en esta categoría incluye el área “contravencional, menor cuantía, infracciones administraciones, de peligrosidad, de sospecha, etc.”.<sup>121</sup> (ii) *Institucionalizado con discurso no punitivo*, donde a pesar de no existir un reconocimiento de su naturaleza, al ser una imposición de dolor que no tiene una finalidad distinta que la mera contención de la conducta, en la práctica conlleva una

---

<sup>116</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 18.

<sup>117</sup> Luigi Ferrajoli, “El papel de la Función judicial en el Estado de Derecho”, en Luís Reina, Gustavo Arocena, Dvid Cienfuegos coordinadores, *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, Lima, Jurista, 2007, p. 22-24.

<sup>118</sup> Ileana Arduino, “La reforma procesal penal en Bolivia”, en Cristián Riego coordinador, *Reformas procesales penales en América Latina: Resultado del proyecto de seguimiento, IV etapa*, Santiago, CEJA, 2007, p. 96-97.

<sup>119</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 12-13.

<sup>120</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 176-180.

<sup>121</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 15.

naturaleza punitiva; dentro de esta categoría se encuentra áreas tales como la: “asistencial, terapéutica, tutelar, laboral, administrativa, civil, etc.”.<sup>122</sup> Por último, el (iii) *control social parainstitucional* constituido por conductas ajenas a la ley y frecuentemente ilícitas como: secuestros, homicidio, torturas<sup>123</sup> y corrupción.<sup>124</sup>

Para efectos del estudio posterior, va a resultar trascendente tener presente dos aspectos distintivos del pensamiento anotado. El primero, consiste en haber agregado dentro del sistema penal áreas jurídicas tan diversas como la materia civil, administrativa, laboral, tutelar, asistencial y terapéutica.<sup>125</sup> A pesar de que el autor introduce una aclaración referida a que no todas estas materias en su integralidad pertenecen al sistema punitivo,<sup>126</sup> e incluso, ejemplifica unas ciertas áreas donde estas ramas jurídicas no son punitivas, sin embargo no alcanza un nivel adecuado de certeza sobre sus límites.<sup>127</sup> Sobre este tema se volverá en la segunda parte de este Libro.

El segundo elemento peculiar se relaciona con el control parainstitucional,<sup>128</sup> donde se concibe a delitos individuales de los integrantes de las agencias ejecutivas no como distorsiones anómalas, sino como un elemento central del sistema penal.<sup>129</sup> Es importante notar la inexistencia de un requerimiento de que estén vinculados a mandatos o estructuras institucionales.<sup>130</sup>

## 1.1 Fuentes

### Escuela de la reacción social

---

<sup>122</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 15.

<sup>123</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 26-27.

<sup>124</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 6.

<sup>125</sup> Eugenio Zaffaroni, *Criminología: aproximación desde un margen*, p. 17.

<sup>126</sup> Eugenio Zaffaroni, *Criminología: aproximación desde un margen*, p. 15.

<sup>127</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 165-166.

<sup>128</sup> Eugenio Zaffaroni, *Criminología: aproximación desde un margen*, p. 18.

<sup>129</sup> Eugenio Zaffaroni, *Criminología: aproximación desde un margen*, p. 17-18.

<sup>130</sup> Eugenio Zaffaroni, *Criminología: aproximación desde un margen*, p. 14-15.

El interaccionismo simbólico parte de que toda sociedad establece reglas de comportamiento,<sup>131</sup> cuya finalidad es diferenciar aquellas actuaciones apropiadas de las inapropiadas.<sup>132</sup> Cuando se violenta una norma, la sociedad buscará mecanismos para hacerla cumplir,<sup>133</sup> siendo estos métodos los que componen la *reacción social*.<sup>134</sup>

El interaccionismo simbólico sitúa su noción de reacción social en la esfera netamente sociológica. Problematiza el concepto de norma social, labor que lo lleva a relativizar la diferencia entre normas formalmente reconocidas de aquellas que no han alcanzado dicho estatus. El sistema legal no es más que una herramienta de la gama de recursos que la sociedad posee para imponer sus pautas de conducta.<sup>135</sup>

El adoptar una visión centrada en la esencia de las reglas y no en la validez jurídica, le lleva a un concepto de norma bastante más amplio que el de ley y tipo penal utilizados en la rama del derecho.<sup>136</sup> Si se compara los contenidos de los términos propios de las ciencias penales: delito, delincuente, sistema penal y agente del sistema penal; es fácil constatar que guardan una relación de parte al todo con respecto a los conceptos de: conducta desviada, persona desviada, reacción social y aplicador de la norma.<sup>137</sup>

## 1.2 Trascendencia

Con respecto al *aporte* de la escuela del interaccionismo simbólico, la noción de reacción social otorga la esencia del concepto de control social del Derecho penal mínimo. El dejar de lado el reconocimiento legal y tomar como referente la norma en

---

<sup>131</sup> Thomas Hobbes, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica civil*, 2a. ed., México D. F., Fondo de cultura económica, 1980, p. 42.

<sup>132</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 21.

<sup>133</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 23.

<sup>134</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 21.

<sup>135</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 23-24.

<sup>136</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 21.

<sup>137</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 21.

general, en el caso de la teoría del etiquetamiento, y la pena, en el minimalismo, obliga a ambas escuelas a redimensionar su objeto de estudio.

Para efectos del minimalismo la lógica adoptada conllevó la inclusión de dos (2) esferas relevantes:<sup>138</sup> la primera, relacionada con ciertas áreas punitivas que hoy se hallan incluidas en otras materias jurídicas como el Derecho contravencional, tutelar, laboral, administrativo o civil,<sup>139</sup> y la segunda, referida al control social parainstitucional que a la larga se convierte en pilar central de su construcción.<sup>140</sup>

En relación a las *diferencias*, es importante anotar que el interaccionismo simbólico sobre la base de la norma social construyó una postura netamente sociológica, en tanto que el minimalismo a pesar de intentar lograr un efecto similar sobre la base de la pena, afronta un panorama bastante complejo porque por un lado pretende eliminar cualquier elemento jurídico y por otro incidir en el sistema penal. El problema consiste en que así consiguiese estructurar una tesis purista en cuanto a su objeto, su propuesta de política criminal se centra en una esfera determinada por el mundo jurídico.<sup>141</sup>

### 1.3 Crítica

La tesis que se defiende consiste en que la postura de Zaffaroni presenta problemas de coherencia entre el concepto de sistema penal y los límites que fija para esta área dentro de su estudio. Se utiliza como herramienta de análisis la confrontación de estos conceptos mediante casos que ponga en tensión su compatibilidad.

Zaffaroni al rechazar la ley como referente para limitar el control social punitivo,<sup>142</sup> al momento de deslegitimar el sistema penal utiliza el siguiente concepto de pena: “*es todo sufrimiento o privación de algún bien o Derecho que no resulte*

---

<sup>138</sup> Luigi Ferrajoli, *El paradigma del Derecho penal mínimo*, p. 61-63.

<sup>139</sup> Eugenio Zaffaroni, *Criminología: aproximación desde un margen*, p. 17.

<sup>140</sup> Eugenio Zaffaroni, *Criminología: aproximación desde un margen*, p. 15.

<sup>141</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 147-229.

<sup>142</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 12.

*racionalmente adecuado a alguno de los modelos de solución de conflictos de las restantes ramas del Derecho*".<sup>143</sup> El análisis de coherencia de esta noción con respecto a su naturaleza esencialista, resulta impecable, no existe elemento jurídico alguno.

Surge el problema cuando este concepto es tomado como referente para poner en tensión sus límites sobre la base de casos concretos. Por ejemplo, un padre llega su casa y ante una mala nota en sus estudios le profiere una golpiza a su hijo, ¿esta conducta es una pena?, ¿será imputable al funcionamiento de sistema penal? Si se observa los límites planteados por el concepto no existe ningún elemento que excluya esta hipótesis.

El autor parece tener cierta conciencia de esta desconexión de su concepto con la realidad, porque a medida de que avanza en su estudio, en algunos pasajes donde aplica su concepto a casos prácticos, se advierte de manera reiterada la introducción de un elemento adicional no escrito, el ser ejercido por un funcionario de las agencias del sistema penal y en especial del ejecutivo.<sup>144</sup> En un primer momento por razones de coherencia no revisa su definición, porque la noción de "funcionario del sistema penal" es de naturaleza jurídica.<sup>145</sup> Pero como contrapartida la mayoría de sus ejemplos, ante el absurdo que sería imputar al sistema penal cualquier acto de un particular que produzca dolor y no solucione el conflicto, de facto incluye este elemento.

En este escenario, la mejor interpretación posible consistiría en que al ser un elemento obvio no demanda su inclusión, por ello se podría entender que siempre estuvo implícito en la definición.<sup>146</sup> A pesar de que este enfoque conlleva un progreso innegable, resulta problemático porque no solo que le quita coherencia a su discurso esencialista, sino que aún es insuficiente en materia de fijar límites compatibles con la naturaleza del sistema penal. Si varía el ejemplo y a la calidad de padre se agrega el ser

---

<sup>143</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 166.

<sup>144</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 18.

<sup>145</sup> La calidad de funcionario de una agencia estatal es de naturaleza jurídica.

<sup>146</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 17-18.



legislador, juez penal o policía, parece que sigue sin sentido el que esta golpiza se le conceda la calidad de pena y esta conducta esté incluida en el sistema penal.

Sin embargo en esencia este comportamiento no es más que un acto de violencia privada realizado por un funcionario de una agencia penal, a pesar de que existe la tendencia a descartar este supuesto por absurdo, el panorama se vuelve complejo cuando se constata que muchos de los ejemplos citados por Zaffaroni dentro de su esfera del control social parainstitucional,<sup>147</sup> coinciden con esta esencia e imputa al sistema penal.<sup>148</sup> Dado lo delicada de la crítica, por razones de rigurosidad, se ha preferido reproducir un extracto que recoge este patrón de comportamiento:

Basta revisar cualquier informe serio de organismos de derechos humanos para comprobar el increíble número de secuestros, homicidios, torturas y corrupción, cometidos por agencias ejecutivas del sistema penal o por su personal.

A esto debemos agregar la corrupción, las actividades extorsivas y la participación en los beneficios de actividades tales como el juego, prostitución, el contrabando, el tráfico de tóxicos prohibidos lo que no suele ser registrado en los informes de derechos humanos.<sup>149</sup>

Es importante precisar que el contenido de este fragmento no puede ser justificado como una simple imprecisión en el texto, a lo largo de la propuesta minimalista se puede constatar que la violencia privada efectuada por personas pertenecientes a las estructuras del sistema penal, de manera reiterada se imputa al sistema penal.<sup>150</sup> Por ejemplo, si se revisa el extracto que se reproduce en el numeral dos (2) del Capítulo IV del presente Título, se encuentra que al momento de imputar muertes al sistema penal agrega hipótesis de este tipo: lo responsabiliza por los decesos

---

<sup>147</sup> Luís Rodríguez, "Control social en América Latina", en *Criminología y Derecho penal*, No. 1, Guayaquil, Edino, 1991, p. 107-108.

<sup>148</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 6.

<sup>149</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 18.

<sup>150</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 4.

producidos a causa del: “*incumplimiento de palabras dadas en actividades ilícitas cometidas por personal de esas agencias del sistema penal*”.<sup>151</sup>

Si se analiza con detenimiento de manera integral ese extracto reproducido más adelante, se puede constatar un problema más profundo, ni siquiera el ser producido por un funcionario público es en realidad un elemento necesario, hay casos en que el vínculo para imputar el resultado muerte al sistema consiste en: que el arma haya sido provista por la agencia estatal, que el arma que la produjo se haya adquirido fruto de la promoción que se realiza para que la población adquiera estos artefactos, estar en prisión cuando es fruto de una riña entre internos, ser personal de las instituciones penales sistema en los casos de suicidios, que el sistema no haya prevenido el deceso, etc.<sup>152</sup> Existe un uso en extremo flexible de los límites de sistema penal, donde ni siquiera la participación de un funcionario o un accionar estatal son límites ciertos.

Se puede cuestionar este análisis porque al final de la misma obra, cuando plantea su propia propuesta, introduce un concepto diferente.<sup>153</sup> Por pena se debe entender: “*las consecuencias jurídicas que implican privación de derechos o sufrimiento y que no quepan en los otros modelos de solución de las otras ramas del Derecho*”.<sup>154</sup> Este concepto acota los márgenes concedidos a la pena y aporta un objeto razonable para el sistema penal, elementos que otorgan solidez a su propuesta.<sup>155</sup>

Sin embargo, no deja de ser problemático en el contexto de su argumentación porque como se puede observar, el punto de partida de pena en esta nueva cosmovisión es el de “*consecuencia jurídica*”,<sup>156</sup> elemento que implica que su esencia pasa a

---

<sup>151</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 97-98.

<sup>152</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 97-98.

<sup>153</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*.

<sup>154</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 167.

<sup>155</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 121.

<sup>156</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 167.

depender de manera directa del mundo del Derecho. Toda la crítica a la criminología tradicional y a la manipulación del saber por haber aceptado el concepto de pena decidido políticamente quedaría en nada.

De manera adicional, se debe destacar que desde el punto de vista de las fronteras del sistema penal esta postura tampoco es congruente. Si se observa toda la variedad de conductas de violencia privada que el propio autor agregó en su crítica al Derecho penal, resulta que no se encasillan en el concepto de “consecuencia jurídica”.<sup>157</sup> La mayoría de los ejemplos que le sirven para deslegitimar el Derecho penal serían ajenos a su concepto. La confrontación analizada con detalle es aún más gruesa, porque no pasa solo por casos ejemplificativos, el concepto de control social parainstitucional que es piedra angular de su análisis de ilegitimidad del sistema penal también quedaría excluido, al ser un ejercicio fuera de la legalidad no es una “consecuencia jurídica”.<sup>158</sup>

A la par esta postura pendular le permite obtener beneficios relevantes, como por ejemplo marcar diferencias y refutar todas aquellas posturas que no adoptan un enfoque óntico del sistema penal como objeto de estudio, sin embargo adoptar una postura con similar naturaleza al momento de fijar las bases para su propia propuesta político criminal.<sup>159</sup> Incluso hay una ventaja más trascendente, cuando elabora su crítica, la esfera del Derecho penal parainstitucional es la que le permite asestar los mayores golpes a la legitimidad del sistema penal. Sin embargo cuando plantea su propuesta político criminal, el haber acogido para ese momento una concepción restrictiva, le

---

<sup>157</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 167.

<sup>158</sup> Eugenio Zaffaroni, *Criminología: aproximación desde un margen*, p. 15.

<sup>159</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 164.

permite no ocuparse de esta área. No introduce estrategia alguna para hacerse de cargo de esta esfera fáctica del funcionamiento institucional.<sup>160</sup>

La crítica realizada no debe conllevar el olvido de un *aporte* relevante del pensamiento de Zaffaroni, la advertencia que hace sobre la imposición de las penas mediante otras áreas jurídicas y la disminución de garantías que conllevan,<sup>161</sup> en especial en la esfera administrativa y contravencional.<sup>162</sup> Si bien la postura netamente crítica y su propuesta de desaparición de esta esfera no se comparten, es importante rescatar esta concepción porque sobre ella se volverá en el tercer Libro al momento de plantear la propuesta de política criminal acorde a la realidad ecuatoriana.<sup>163</sup>

## 2. Intensidad de control social estatal

La concepción de Zaffaroni sobre la intensidad del control social, se caracteriza por configurar un ejercicio marcado por límites extremos. En su horizonte más bajo alcanza un nivel de sutileza que le permite permear incluso la vida privada,<sup>164</sup> factor clave para entender la (i) visión omnipresente que le confiere.<sup>165</sup> En su esfera más elevada se ejerce con una (ii) intensidad extrema, ejercicio realizado al margen de la ley y que no respeta límites tan elementales como los derechos humanos.<sup>166</sup>

La (i) *visión omnipresente* parte de la concepción maximalista del sistema penal que fue analizado en el numeral anterior, donde sus límites se amplían y abarcan una variedad de hipótesis de conductas estatales y privadas.<sup>167</sup> Estos amplios contornos se

---

<sup>160</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 191-209.

<sup>161</sup> Luigi Ferrajoli, *El garantismo y el Derecho penal*, p. 24-27.

<sup>162</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 11-15.

<sup>163</sup> Alberto Binder, "Principios fundamentales del proceso penal acusatorio", en *Justicia y derechos humanos, sin ciudad*, ALDHU, sin año, p. 113-129.

<sup>164</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 14.

<sup>165</sup> Eugenio Zaffaroni, "Derechos humanos y sistemas penales en América Latina", en *Criminología crítica y control social*, Rosario, Juris, 2000, p. 65.

<sup>166</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 97-98.

<sup>167</sup> Eugenio Zaffaroni, *Criminología: aproximación desde un margen*, p. 17.

complementan con la potencialidad de intervenir con efectividad en las diversas áreas de la vida social y privada. Con el objeto de ser fiel, se recoge un párrafo que da cuenta del atributo concedido al sistema penal y de su capacidad de intervención:

Las agencias del sistema penal controlando cualquier conducta realizada en lugar público o privado (abrazar a otra persona, vestir de modo diferente, beber con amigos, caminar de madrugada, pasear un perro, procurarse un objeto sexual, recoger cosas de residuos acumulados en la vía pública, sentarse en una esquina o un parque, usar cabellos largos, raparse la cabeza, usar barba, disfrazarse, tocar un instrumento musical o cantar, expresar sus ideas o discutirlos, requerir a las autoridades, etc.).

Prácticamente no hay conducta que no sea objeto de vigilancia por parte de las agencias del sistema penal o de las que se valen de la ejecutividad de las penas para realizar o reforzar su control.<sup>168</sup>

La capacidad real para intervenir las esferas descritas en el párrafo anterior, solo se explica sobre la base de un entramado institucional enraizado en toda la sociedad, niveles de efectividad en extremo elevados para cumplir un rol no declarado y estándares de sutileza que le permitan realizar este tipo de intervención sin que buena parte de la sociedad tenga conciencia de su ejercicio.<sup>169</sup>

A página seguida, configura un control social con *(ii) intensidad extrema*,<sup>170</sup> para el efecto fija un límite máximo con un nivel también superlativo, en esta esfera le imputa un nivel de violencia, con actos tales como ejecuciones, secuestros, corrupción, etc.<sup>171</sup> De hecho, sobre este carácter el discurso de Zaffaroni luego toma matices dramáticos, donde llega a imputar al sistema penal un ejercicio que ha configurado un

---

<sup>168</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 14.

<sup>169</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 26.

<sup>170</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 15.

<sup>171</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 27.

genocidio en acto. El cual será objeto de un análisis diferenciado, por ahora basta con notar la característica de la intensidad que adquiere.<sup>172</sup>

Un sistema penal bosquejado por límites vastos, una gama de intensidad amplia y un ejercicio que de manera mayoritaria se desarrolla en un ámbito extralegal, bosquejan un sistema penal con caracteres temibles.<sup>173</sup>

## 2.1 Fuentes

### Reacción social

Una de las características de la concepción referida a la magnitud de la reacción social de Becker, hace referencia a la existencia de un alto nivel de variación en su intensidad. Su postura relativista afecta al tipo de respuesta que una sociedad adopta, un conglomerado frente a una violación de una norma adopta conductas dispares que pueden ir desde un una actitud bastante condescendiente, hasta un etiquetado integral de desviado que marque el futuro de la persona.<sup>174</sup>

En esta volatilidad de respuesta juega un influjo trascendente el tipo de violación de que se trate. Por ejemplo, las infracciones de tránsito son percibidas por un sector mayoritario con cierto nivel de normalidad; el infractor no es visto por la mayoría de la sociedad como “distinto” y hasta de cierta manera se identifican con la violación cometida, por tanto el grado de marginalidad con la que se le concibe es mínimo.<sup>175</sup> Existen conductas intermedias como el robo, que son vistas por el ciudadano promedio como menos compatibles con su autoimagen y suelen dar lugar a la utilización de etiquetas de desviados específicos, esto es en relación solo a la infracción cometida:

---

<sup>172</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 97-98.

<sup>173</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 163-166.

<sup>174</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 22.

<sup>175</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 31-32.

“ladrón”. En tanto que otros comportamientos como la violación y el homicidio suelen generar un etiquetado integral de “criminal”.<sup>176</sup>

Si bien reconoce el influjo del tipo de delito, destaca que la intensidad de la reacción también es relativa y se ve afectada por factores como: la sensibilidad que en ese momento existe en el contexto social con respecto a ese tipo de delito, el hecho de que alguien haga público lo sucedido y demande una sanción, los valores predominantes en la sociedad y en especial en los juzgadores, la situación social del infractor y ciertas consecuencias aleatorias que influyen en el resultado.<sup>177</sup>

Grafica la trascendencia de estos factores, sobre la base de un ejemplo. Toma como referente la realidad de una sociedad poco desarrollada desde el punto de vista occidental ubicada en las islas Trobriand, analiza la regla vigente referida a la exogamia, describe un contexto donde sus integrantes de manera sistemática han optado por ignorar su violación, salvo que sea tan patente que no puedan disimular su quebrantamiento.<sup>178</sup> En esta realidad un joven que infringe esta norma es denunciado por un competidor por el afecto de la chica, el rechazo social es tan fuerte que opta por una salida reconocida como honorable: el suicidio. Este ejemplo grafica la relevancia que adquiere un factor tan simple como el interés de alguien en hacer pública la desviación y demandar una sanción; en este caso concreto implicó pasar de ser objeto de unos chismes en la intimidad de algunos miembros de su comunidad, a un ostracismo social que condujo al suicidio.<sup>179</sup>

---

<sup>176</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 22.

<sup>177</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 31-33.

<sup>178</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 29-31.

<sup>179</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 29-32.

## 2.2 Trascendencia

El *aporte* del interaccionismo simbólico al minimalismo,<sup>180</sup> se hace patente en dos esferas: la primera referida a los márgenes de intensidad, donde la reacción social es tan mutable que adquiere niveles de sutileza importante, en tanto que en otras ocasiones realiza intervenciones en extremo profundas. Una segunda coincidencia, está marcada por la inclusión esferas de respuesta ajenas al área jurídica, una visión amplia de reacción social les lleva a incorporar respuestas sociales.<sup>181</sup>

También existe una *diferencia* relevante, el aplicar una lógica forjada en un escenario, a una realidad diversa, de por sí implica una variación trascendente. Becker advierte que su propuesta no es jurídica, tiene por objeto explicar la reacción social frente a un quebrantamiento de una norma social general, incluso de manera expresa aclara que en el casos de las leyes la reacción es más precisa y obedece a una lógica que es diversa.<sup>182</sup> En tanto que la recepción minimalista aplica esta visión de reacción social al área jurídica sin que se verifique ningún esfuerzo por contextualizarla o matizarla.<sup>183</sup>

Este traslado de la esencia de la noción de la “reacción social” al concepto de “control social” ejercido por el sistema penal, conlleva repercusiones nada despreciables. Debido a que si el análisis se enfoca desde los *actores* que ejercen la vigilancia y la aplicación de la norma, en el caso del interaccionismo simbólico será la sociedad en su conjunto, en tanto que en el sistema penal es una fracción mínima de ella, constituida tan solo por la institucionalidad del sistema penal.<sup>184</sup>

En el *trámite* también hay una divergencia. En el primer caso se trata de una reacción informal ejercida por conglomerados difusos, cuya acción suele ser muy fácil de gatillar y sin la presencia de filtros capaces de verificar de la desviación. En tanto

---

<sup>180</sup> Luigi Ferrajoli, *El paradigma del Derecho penal mínimo*, p. 61-63.

<sup>181</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 21.

<sup>182</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 152.

<sup>183</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 44-45.

<sup>184</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 28-29.



que el sistema penal, salvo en la concepción de Zaffaroni del control parainstitucional, cuenta con trámites que cumplen la función de tamices sucesivos destinados a garantizar niveles de certeza.<sup>185</sup> Factor como marca un nivel de penetración diversa.

### 2.3 Crítica

El presente análisis intenta justificar dos (2) tesis: (i) la crítica de Zaffaroni se centra en el sistema penal parainstitucional esfera cuya inclusión en el sistema penal está cuestionado. Las objeciones apuntan a los extremos máximo y mínimo de la intensidad del control social, esferas de ejercicio que solo encuentran cabida al margen de la legalidad.<sup>186</sup> (ii) La intensidad del ejercicio de control social no es compatible con la realidad; la capacidad real de influjo del control social descrito por Zaffaroni no es compatible con la cotidianidad de la sociedad ecuatoriana.

#### **(i) La crítica de Zaffaroni se centra en el sistema penal parainstitucional.-**

Si se visualiza los límites mínimos y máximo del control planteado por el propio autor, es evidente su adscripción al sistema penal parainstitucional.<sup>187</sup> En el caso del *límite mínimo* los ejemplos del propio Zaffaroni justifican dicha adscripción, si como muestra se toma el extracto transcrito con el objeto de graficar el nivel de sutileza que alcanza el sistema penal,<sup>188</sup> resulta llamativa la dificultad que entraña el solo imaginar un ejercicio del control social formal sobre actividades como: pasear a un perro, sentarse en un parque o usar cabellos largos. En caso de existir este tipo de represión, parece que el medio idóneo sería mediante actos individuales de agentes policiales, por ello, salvo alguna excepción que se puede hallar en disposiciones arcaicas en las contravenciones, son incompatibles con el marco legal ecuatoriano. En el *límite máximo* es más clara la

---

<sup>185</sup> Günter kaiser, *Introducción a la criminología*, p. 146-150.

<sup>186</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 13-15.

<sup>187</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 13-14.

<sup>188</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 14.

adscripción extralegal, actos como la tortura, corrupción, extorción o ejecuciones extraprocesales no pueden concebirse como consecuencias jurídicas.<sup>189</sup>

Es interesante notar que ambos supuestos son los que mayores dudas traen en materia de legitimidad del control social.<sup>190</sup> Debido a que en el caso del límite mínimo, es el ámbito que permite incidir sobre la esfera más íntima de la vida personal; en tanto que aquellas conductas ubicadas en el extremo más elevado, por el daño que producen son las que afectan a bienes sociales más relevantes.<sup>191</sup> En resumen, el sector donde se ubican las mayores críticas al sistema penal, es precisamente aquel cuya inclusión dentro del sistema penal esté cuestionada.

**(ii) La intensidad del ejercicio de control social no es compatible con la realidad.-** Este segundo nivel de análisis, se destina a constatar si el nivel de intensidad descrito es compatible con el sistema penal ecuatoriano. A primera vista parece exagerada la imagen proyectada, hipótesis tan extremas como el que una persona sea objeto de represión por la compra por un juguete sexual o abrazar a alguien, se concede que podría llegar a darse, pero en todo caso serían casos anecdóticos.<sup>192</sup> No parece justo considerarlos como un referente funcional del sistema penal.<sup>193</sup>

Dado que se trata de conductas extralegales, que salvo casos muy excepcionales no llegan al control de las agencias judiciales, se acepta la imposibilidad llegar a una demostración estadística de su incidencia, sin embargo hay elementos de juicio que son válidos para plantear una discusión. En el caso del control en intensidad mínima existen buenas razones para creer que en Ecuador la situación es la contraria. Existen constantes

---

<sup>189</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 97-98.

<sup>190</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 13-14.

<sup>191</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 12-13.

<sup>192</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 14.

<sup>193</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 14-15.

demandas de mayor presencia policial y control de los espacios públicos. La deficiencia tiende a ubicarse más bien en un control social de intensidad exigua.<sup>194</sup>

Podría sostenerse que el sentimiento de indefensión es generado por los medios de comunicación,<sup>195</sup> por tanto no es un referente válido; Zaffaroni utiliza este argumento de manera expresa.<sup>196</sup> En el Ecuador esta fue la postura oficial por un tiempo,<sup>197</sup> hasta que estudios nacionales e internacionales revelaron que había buenas razones para la creciente preocupación. En este momento hasta las instancias más reaccionarias del gobierno reconocen la legitimidad de la demanda ciudadana.<sup>198</sup>

En el extremo máximo de represión, no se niega la existencia de prácticas violentas en las agencias de la fuerza pública de nuestro país; sin embargo es exagerado el otorgarle el carácter definitorio y estructural de su funcionamiento.<sup>199</sup> En este caso hay una fuente estadística que permite valorar un elemento central en la argumentación de Zaffaroni, como es las muertes atribuidas al sistema penal. Los datos se introducen en el Capítulo IV del presente título y muestran la distancia que existe para que este resultado pueda ser visto como un referente del sistema penal ecuatoriano.<sup>200</sup>

Para terminar, es importante confrontar la imagen de control social del minimalismo con la operatividad de nuestro sistema penal, debido a que es difícil conciliar un control social con límites hipertróficos y una intensidad extrema en su ejercicio, con una debilidad institucional endémica de los sistemas de justicia de la

---

<sup>194</sup> Ralph Dahrendorf, *Ley y Orden*, Madrid, Editorial Cívitas, 1994, p. 48-50.

<sup>195</sup> Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, Montevideo, Bdef, 2006, p. 302-303.

<sup>196</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 101-102.

<sup>197</sup> Thomas Hobbes, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica civil*, p. 138-139.

<sup>198</sup> Philip Alston, *Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, "[http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A-HRC-17-28-Add2\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A-HRC-17-28-Add2_sp.pdf)", (consultado el 3 de marzo de 2012).

<sup>199</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 12-15.

<sup>200</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 96-98.

región.<sup>201</sup> La única explicación que se encuentra para una distorsión tan relevante, es que ella se generó por tomar la noción de “reacción social” propia del interaccionismo simbólico y transmutarla sin un adecuado proceso de compatibilización a la esfera jurídica. Una imagen de reacción social con márgenes tan amplios, solo tiene sentido cuando es ejercida por toda una sociedad, pero no puede ser trasmutada a otra esfera como la jurídica, en especial, cuando es ejercida por estructuras burocráticas débiles.<sup>202</sup>

El cambio conceptual que propone el autor al definir el sistema penal desde la existencia de la pena, conlleva un aporte interesante que es recuperar para el análisis criminológico y para la discusión social, todas aquellas áreas jurídicas donde de facto se imponen sanciones, de hecho, de manera parcial se recogerá esta idea en el Libro III.<sup>203</sup> Bajo la nomenclatura de Zaffaroni este giro conlleva la introducción del debate sobre el (i) sistema penal con discurso no punitivo.<sup>204</sup>

## Capítulo II

### Creación de la norma

El minimalismo concibe la norma penal como un mero hecho de poder, donde la libertad de sus detentadores no tendría límites durante el proceso de creación de la ley.<sup>205</sup> En consecuencia, el poder político cuenta con una capacidad ilimitada para moldear los márgenes de las conductas sometidas al control penal, así como la intensidad de la pena.<sup>206</sup>

---

<sup>201</sup> CEJA, *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*, Santiago, CEJA, 2005, p. 71-79.

<sup>202</sup> Mauricio Duce, “El Ministerio Público en la reforma procesal en América Latina: visión general acerca del estado de los cambios”, en *Sistemas Judiciales*, No. 8, Santiago, CEJA, 2005, p. 76-77.

<sup>203</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 3-4.

<sup>204</sup> Eugenio Zaffaroni, *Criminología: aproximación desde un margen*, p. 15.

<sup>205</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 201.

<sup>206</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 16.

A esta conclusión arriba sobre la base de dos componentes: (i) la ausencia de un denominador común capaz de otorgar coherencia a la selección de conductas que han sido introducidas en el sistema penal, factor del que deduce un elevado nivel de arbitrariedad al crear la norma y una capacidad ilimitada del poder político para fijar los límites de la esfera penal. El segundo (ii) la falta de una definición de delito, elemento que da cuenta del agrupamiento arbitratorio de entidades de distinta naturaleza.<sup>207</sup>

Para fundamentar (i) *la imposibilidad de encontrar un denominador común a todos los delitos* se basa en la observación de ciertas realidades. Una lectura de la parte especial de cualquiera de los códigos regionales, basta para constatar que la cantidad de hipótesis conflictivas recogidas no poseen un elemento aglutinador.<sup>208</sup>

Esta tesis se confirma con otras vivencias cotidianas. Cita que con frecuencia cuando en la región se discute de la razón de la existencia de un tipo penal, es común que se llegue a un punto donde la respuesta suele ser: “así dice la ley”<sup>209</sup> o “lo hace porque quiere el legislador”.<sup>210</sup> Para el autor estas expresiones implican una “abierta confesión del fracaso de cualquier tentativa de construcción racional”.<sup>211</sup>

Zaffaroni parte de la (ii) *inexistencia de un concepto de delito*,<sup>212</sup> cada vez que se quiere elaborar una definición, lo que se hace es una recopilación de requisitos para que proceda una acción penal en un caso concreto.<sup>213</sup> Para sostener que este conjunto de requisitos no constituyen un concepto, plantea un símil: así como los requisitos para

---

<sup>207</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 200-201.

<sup>208</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 201.

<sup>209</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 8.

<sup>210</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 8.

<sup>211</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 8.

<sup>212</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 200.

<sup>213</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 200.

pasear un perro, esto es, vacuna, bozal y patente, no constituyen un concepto de perro, así mismo un acto, típico, antijurídico y culpable no es un delito.<sup>214</sup>

La falta de coherencia entre las conductas seleccionadas con un concepto o siquiera con algún elemento de su naturaleza, impide que desde el punto de vista esencial pueda encontrarse un elemento que diferencie el “delito” del “no delito”. La única explicación lógica es la voluntad política; su postura adopta matices relativistas absolutos.<sup>215</sup> La determinación del delito en razón del mero deseo de la clase poderosa,<sup>216</sup> es un elemento central para la tesis de Zaffaroni,<sup>217</sup> porque así como ha sido el elemento que ha forjado el Derecho penal, un cambio en la intencionalidad posibilitaría su disminución e incluso la misma abolición.<sup>218</sup>

Zaffaroni de manera expresa plantea la posibilidad de que cualquier conducta, sin límite alguno, pueda ser extirpada de esta esfera jurídica: “no sabemos que quedaría sometido al sistema penal si se aplicase en toda su extensión el segundo orden de principios que propone, pues prácticamente no hay materia que la imaginación sociológica no pueda sustraer al sistema penal y hallarle solución por otras vías”.<sup>219</sup>

A manera de conclusión, de este título se recogen tres (3) ideas centrales: la tipificación de una conducta es un mero acto de poder; los detentadores del poder poseen márgenes extremos de libertad para fijar los límites e intensidad de la esfera punitiva, y no existe ninguna conducta que no pueda ser extirpada del sistema penal.

---

<sup>214</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 201.

<sup>215</sup> Eugenio Zaffaroni, “Criminología como curso”, en *Política criminal, derechos humanos y sistemas jurídicos en el siglo XXI*, Buenos Aires, Depalma, 2001, p. 926.

<sup>216</sup> Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, p. 247.

<sup>217</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 283-289.

<sup>218</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 50-51.

<sup>219</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 75.

## 1. Fuentes

Para el estudio de este tema, se analizará este mismo concepto en la visión de:

(a) la escuela de la reacción social, (b) el marxismo y (c) el abolicionismo.

### 1.1 Escuela de la reacción social

Becker rompe con la visión tradicional de que la creación de la norma es una consecuencia necesaria y hasta natural de valores superiores, debido a que constata que son fruto de trámites complejos y problemáticos. Toma como ejemplo el proceso de elaboración de la ley que crea tributos para la marihuana en Estados Unidos, para mostrar como su trámite de aprobación conllevó un recorrido cruzado por una serie de cosmovisiones, intereses, manipulaciones y circunstancias coyunturales que marcaron su resultado.<sup>220</sup>

Al profundizar sobre el tema, determina que hay normas que podrían obtenerse de los mismos valores y que no han sido creadas, hay otras que no responden a valores sino que simplemente legalizan viejas prácticas, algunas se forjan para legitimar determinada conducta de una persona concreta, por último existen leyes que de manera clara responden a intereses concretos de grupo.<sup>221</sup>

En una sociedad compleja existen distintos círculos sociales, como por ejemplo músicos y consumidores de marihuana, que poseen valores diversos a los dominantes.<sup>222</sup> Realidad que implica que la reacción social se ejerza sobre determinados extractos, sobre la base de normas que les son ajenas.<sup>223</sup> Desarrollos posteriores de esta escuela basados en lo que ya había delineado en su momento Sutherland,<sup>224</sup> han mostrado como la creación de leyes está vinculada a los intereses de los sectores de poder,<sup>225</sup> un claro

---

<sup>220</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 152-153.

<sup>221</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 152-153.

<sup>222</sup> Robert Merton, *Teoría y estructura sociales*, p. 511-513.

<sup>223</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 99-121.

<sup>224</sup> Edwin Sutherland, *Development of the theory*, p. 13-29.

<sup>225</sup> Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, p. 247.

ejemplo se halla en las deficiencias legislativas que en ese tiempo había sobre todo en los denominados crímenes de cuello blanco.<sup>226</sup>

## 1.2 Marxismo

Esta escuela centra su interés en demostrar que la creación de la norma, o lo que es lo mismo la selección de las conductas que se deciden punir, no es un proceso aséptico, está marcado por el juego de poder.<sup>227</sup> En la práctica existe una diferencia evidente entre la tipificación de conductas que son típicas de una clase social y otra.<sup>228</sup> Por ejemplo, en delitos contra la propiedad, existe una prolija protección; hecho que confronta con los vacíos recurrentes en la criminalidad propia de los poderosos,<sup>229</sup> como los delitos económicos, políticos y atentados al medio ambiente.<sup>230</sup>

Baratta concibe al Derecho penal como una herramienta de imposición clasista. Donde para la consecución de una sociedad más justa es necesario ocuparse de limitar su papel controlador de las clases desposeídas,<sup>231</sup> pero de ser necesario no descarta la posibilidad de ampliar la punición de conductas de las clases poderosas.<sup>232</sup>

## 1.3 Abolicionismo

El abolicionismo coincide con Becker en que la creación de la norma depende de “una decisión humana modificable”.<sup>233</sup> Sostiene la elección de una conducta es un acto enteramente artificial:

No hay nada en la naturaleza del hecho, en su naturaleza intrínseca, que permita reconocer si se trata o no de un crimen o un delito. ¿Qué hay en común entre un comportamiento agresivo en el interior de una familia, un acto de violencia cometido en

<sup>226</sup> Edwin Schur, *Reactions to deviance: a critical Assessment*, p. 310-313.

<sup>227</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 283-289.

<sup>228</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 283-289.

<sup>229</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 235.

<sup>230</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 209-210.

<sup>231</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 283-289.

<sup>232</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 214-215.

<sup>233</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 52.



el contexto anónimo de la calle, el robo con fractura en un domicilio privado, la fabricación de moneda falsa, el encubrimiento de personas, la detentación y aprovechamiento de cosas robadas, una tentativa de golpe de Estado, etc.<sup>234</sup>

Sobre la base de la diversa naturaleza de las infracciones construye el criterio de que el crimen es una construcción cultural y como tal está influenciada por las variables de espacio y tiempo. Por ejemplo, cita en ese momento estaba penalizada en unos países y en otros no la homosexualidad, el consumo de drogas y la bigamia. De manera similar en la variable tiempo, recuerda que en el pasado estuvieron tipificadas conductas como la blasfemia y brujería que hoy han sido derogadas.<sup>235</sup>

Sobre la posibilidad de que los conflictos puedan ser llevados a otras esferas de solución, Hulsman consecuente con su postura abolicionista no solo que admite la posibilidad, sino que como en la segunda parte de este Libro se analizará con más detalle, introduce una propuesta para efectuar este traspaso. Como regla general propone soluciones “cara a cara”<sup>236</sup> y de forma subsidiaria el empleo de la rama civil.<sup>237</sup>

## 2. Trascendencia

Las diversas escuelas han prestado su *aporte* para la construcción minimalista. El relativismo de la escuela de la *reacción social* que a su vez tuvo como antecedente el pensamiento de Shuterland,<sup>238</sup> rompe con la idea tradicional que los delitos son una consecuencia natural de valores superiores e introduce el influjo de factores tales como cosmovisiones e intereses.<sup>239</sup> El *marxismo* aporta la visión del uso de poder de acuerdo

---

<sup>234</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 52.

<sup>235</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 51.

<sup>236</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 119-120.

<sup>237</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 120-122.

<sup>238</sup> Edwin Sutherland, *Development of the theory*, p. 13-29.

<sup>239</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 152-153.

a las conveniencias de clase.<sup>240</sup> Para terminar, la *visión abolicionista* de la creación de la norma prácticamente coincide con la de Zaffaroni,<sup>241</sup> ambas parten de que se trata de una “decisión humana modificable”,<sup>242</sup> la falta de un denominador común entre todas las conductas penalizadas y la posibilidad de extraer todos los conflictos penales; las variaciones tienden a ser más bien terminológicas.

### 3. Crítica

Esta crítica se basa en el proceso de recepción de la visión relativista de creación de la norma propia de Becker es imperfecto. Mientras que en la tesis original, el relativismo se alimenta de diversos factores, tales como: cosmovisiones, intereses, manipulaciones y circunstancias coyunturales;<sup>243</sup> en la postura de Zaffaroni existe un reduccionismo a los intereses de los centros de poder y las minorías proconsulares en los países marginales.<sup>244</sup> La visión materialista es insuficiente para explicar la creación de la ley penal, la mayor parte de las esferas de delitos que no guardan relación con el factor económico, por tanto esta reducción distorsiona la riqueza inicial del concepto.<sup>245</sup>

Si bien se acepta el aporte relativista de Becker, dada la trascendencia que tiene para determinar la aplicabilidad de la propuesta minimalista,<sup>246</sup> es fundamental determinar: ¿cuál es el ámbito de libertad que tienen los detentadores del poder para trazar los límites del Derecho penal? Al ser este un pilar básico de toda la investigación, se reserva su estudio para el Libro II cuando se introduzca datos de la realidad ecuatoriana.

---

<sup>240</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 235.

<sup>241</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 119-124.

<sup>242</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 52.

<sup>243</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 152-153.

<sup>244</sup> Eugenio Zaffaroni, “Minorías y poder punitivo”, en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, No. 7, San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología, 1994, p. 84.

<sup>245</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 152-153.

<sup>246</sup> Luigi Ferrajoli, *El paradigma del Derecho penal mínimo*, p. 61-63.

## Capítulo III

### Aplicación de la norma

La aplicación de la norma en la visión minimalista responde a dos (2) *caracteres* cuya aplicación es sucesiva, una (i) ideología clasista e (ii) ideología discriminatoria.<sup>247</sup>

El carácter predominante es el *clasista*, en razón de que en esencia el sistema penal es una herramienta de contención de las clases desposeídas.<sup>248</sup> Esta característica se complementa con un nivel elevado de *discriminación*, debido a que entre los pertenecientes a la clase elegida para su represión, en razón de la ínfima capacidad de impacto real, se escoge unos pocos destinatarios por su nivel de vulnerabilidad.<sup>249</sup>

**(i) Ideología clasista.-** En la cosmovisión de Zaffaroni este carácter de selectividad no es una distorsión sino parte de su esencia.<sup>250</sup> Sostiene que para la recepción de esta noción que había sido trabajada por el marxismo dentro del saber de los países ubicados en la esfera central del poder planetario, se requiere un proceso de revisión conceptual para la aplicación a nuestro margen.<sup>251</sup> Mientras que en los países centrales la aplicación de la norma cumple una función de infundir un modelo de disciplina en las masas y de adiestrar a personas que no se someten a estos criterios,<sup>252</sup> en nuestro margen ante la imposibilidad estructural de nuestras economías para realizar esta labor de incorporación, el sistema penal cumple un mero ejercicio de contención.<sup>253</sup>

---

<sup>247</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 16-17.

<sup>248</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 283-289.

<sup>249</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 105-106.

<sup>250</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 6.

<sup>251</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 47-50.

<sup>252</sup> Robert Merton, *Teoría y estructura sociales*, p. 124-131.

<sup>253</sup> Dario Melossi y Massimo Pavarini, *Cárcel y Fábrica los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, México, Siglo veintiuno, 1980, p. 195-198.

(ii) **Ideología discriminatoria.**- La selección de los destinatarios concretos de la represión dentro de las clases desposeídas responde al “*grado de vulnerabilidad*”<sup>254</sup>. Este concepto viene marcado por factores tales como: ciertos déficits intelectuales, educativos, la presencia personal y el factor racial.<sup>255</sup> Este último elemento adquiere un papel trascendente,<sup>256</sup> en razón de que históricamente la ideología que ha demostrado ser más efectiva para apuntalar la dominación planetaria, ha sido el racismo.<sup>257</sup>

Esta concepción se relativiza al momento en que el autor agrega la noción de “*aporte personal*”<sup>258</sup> como un factor complementario al “*grado de vulnerabilidad*”.<sup>259</sup> Debido a que este elemento permite explicar la mayor parte de los casos en que integrantes de las clases poderosas llegan a ser sancionados. Cita como ejemplo ciertos casos de criminalidad de los poderosos, donde sus autores se colocan en una situación de vulnerabilidad tan alta, dada la magnitud del daño o lo inaceptable de la conducta, que es imposible que las agencias del sistema penal disimulen lo sucedido.<sup>260</sup>

La intencionalidad en imprimir un ejercicio altamente selectivo, se verifica en la estructura funcional del sistema. Las legislaturas inflan de manera desproporcionada las tipificaciones en los códigos, actividad que se realiza a sabiendas de que el potencial para enfrentar estos supuestos delictivos es ínfimo.<sup>261</sup> Un marco legal abultado de manera artificial no es un resultado ingenuo,<sup>262</sup> conlleva una ampliación del margen de

---

<sup>254</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 222-223.

<sup>255</sup> Eugenio Zaffaroni, *Minorías y poder punitivo*, p. 86-89.

<sup>256</sup> María Lima, “La situación en Latinoamérica”, en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, No. 7 extraordinario, San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología, 1994, p. 49-72.

<sup>257</sup> Eugenio Zaffaroni, *Tratado de Derecho penal parte general*, Vol. II, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 286.

<sup>258</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 220-221.

<sup>259</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 219-222.

<sup>260</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 220-221.

<sup>261</sup> Eugenio Zaffaroni, “Tendencias finiseculares del Derecho penal”, en José Luis Soberanes, *Tendencias actuales del Derecho*, México D.F., Fondo de cultura económica, 1994, p. 165.

<sup>262</sup> Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, p. 312-314.

actuación y legitima un accionar con márgenes extremos. Escenario que permite a las agencias policiales reprimir a casi cualquier ciudadano.<sup>263</sup>

## 1. Fuentes

### 1.1 Escuela de la reacción social

Becker sostiene que: “la aplicación de la ley es selectiva, y lo es diferencialmente entre distintos tipos de personas, en diferentes momentos y situaciones”.<sup>264</sup> La aplicación de la norma no es solo una consecuencia del acto, en ella intervienen una serie de factores tales como: El que la infracción sea descubierta;<sup>265</sup> la presencia de una persona con el interés en la sanción;<sup>266</sup> factores personales tales como raza, sexo, formación, edad,<sup>267</sup> y los juegos de poder que imperan en la sociedad.<sup>268</sup>

### 1.2 Escuela marxista

Para este tema es de interés destacar la noción marxista de *aplicación clasista del sistema penal*, basado en 3 pilares esenciales que sustentan su postura: (i) *las condiciones originarias de desigualdad*, factor que al no ser considerado al momento de su aplicación, termina por generar un modelo injusto por someter a un trato igual a casos disímiles;<sup>269</sup> una (ii) *aplicación enfocada en las clases proletarias*,<sup>270</sup> a pesar de que el delito es una realidad transversal a todas las capas sociales, las sanciones se aplican a los más desposeídos como herramienta de imposición,<sup>271</sup> y (iii) *La existencia de inmunidades* repartidas a ciertas personas que por su poder quedan al margen del sistema penal; contrapartida para las clases poderosas del carácter discriminatorio.<sup>272</sup>

---

<sup>263</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 16.

<sup>264</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 154-174.

<sup>265</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 40.

<sup>266</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 29-34.

<sup>267</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 52-53.

<sup>268</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 32.

<sup>269</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 173.

<sup>270</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 283-289.

<sup>271</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 173.

<sup>272</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 210-211.

En la visión marxista el sistema penal es concebido como un instrumento para disciplinar a las clases desposeídas.<sup>273</sup> Juega un papel central en la producción y reproducción de las desigualdades.<sup>274</sup> Además de ser una coartada que permite encubrir un número mayor de infracciones cometidas por integrantes de los círculos de poder.<sup>275</sup>

## 2. Trascendencia

El *aporte* de las dos escuelas son relevantes para forjar la concepción de Zaffaroni, la filosofía relativista de la reacción social problematiza la aplicación de la norma y propone una explicación multifactorial bastante completa del fenómeno de la selectividad.<sup>276</sup> En tanto que la visión marxista la restringe, al centrar el relativismo en una explicación clasista propia de su filosofía materialista.<sup>277</sup>

Zaffaroni se decanta por una postura intermedia, porque si bien adopta la explicación clasista como marco conceptual predominante,<sup>278</sup> también la complejiza al agregar una nueva variable: el aporte personal.<sup>279</sup> Constituye un avance frente a la explicación basada de manera exclusiva en la filosofía materialista ensayada por Baratta.<sup>280</sup> Pero sin una explicación satisfactoria margina factores válidos y relevantes expuestos por Becker; por ejemplo aspectos tales como: el que el delito sea descubierto o que exista un interesado en que el infractor sea sancionado.<sup>281</sup>

---

<sup>273</sup> Massimo Pavarini, *Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto económico*, Buenos Aires, siglo veintiuno, 2002, p. 31-33.

<sup>274</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 173-174.

<sup>275</sup> Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, p. 312-314.

<sup>276</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 52-53.

<sup>277</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 210-211.

<sup>278</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 458-459.

<sup>279</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 217-223.

<sup>280</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 225.

<sup>281</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 23-27.

### 3. Crítica

Esta crítica se ha estructurado mediante dos componentes: en la primera parte se relevaran algunos (a) datos que confirman la tesis y en la segunda parte se incluirá una (b) refutación a la construcción que Zaffaroni realiza sobre la base de estos datos.

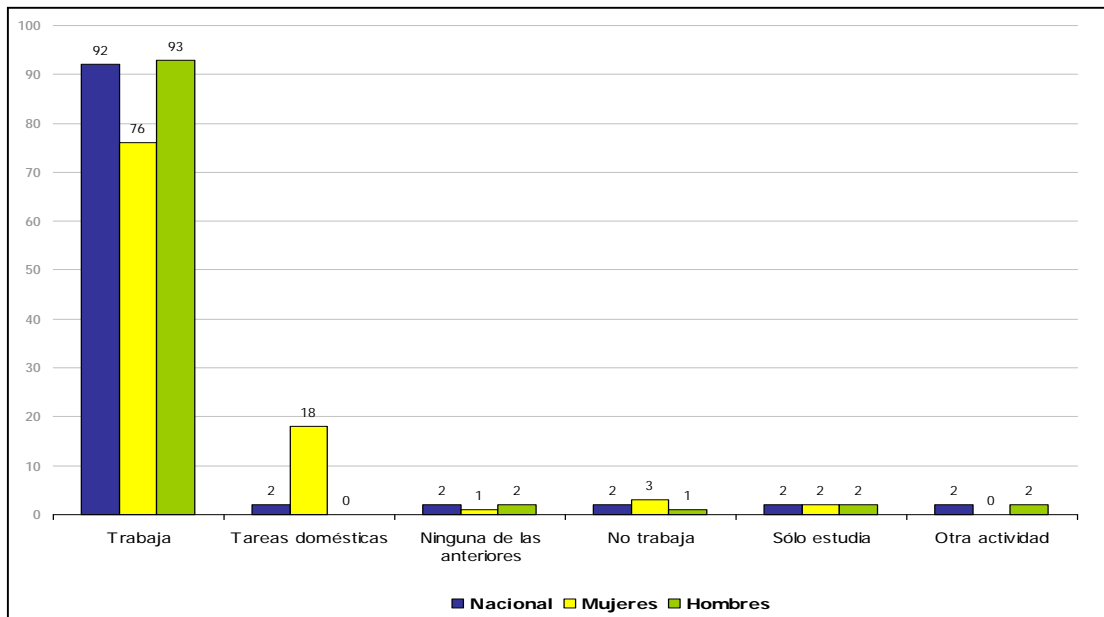
#### a) Datos que confirman la tesis

En el Ecuador se produjo un censo penitenciario bastante completo en el año 2008, del mismo que se pueden extraer algunos referentes interesantes para efectos de determinar la adscripción social de la persona privada de la libertad. El primero se relaciona con la actividad laboral que desempeñaba antes ser privado de libertad.

Gráfico 1

Título: Actividad a la que estaban dedicados los internos antes de entrar al Centro de rehabilitación social. Resultado nacional en porcentaje

Fuente: Ministerio de justicia y Derechos Humanos: Censo penitenciario 2008.<sup>282</sup>



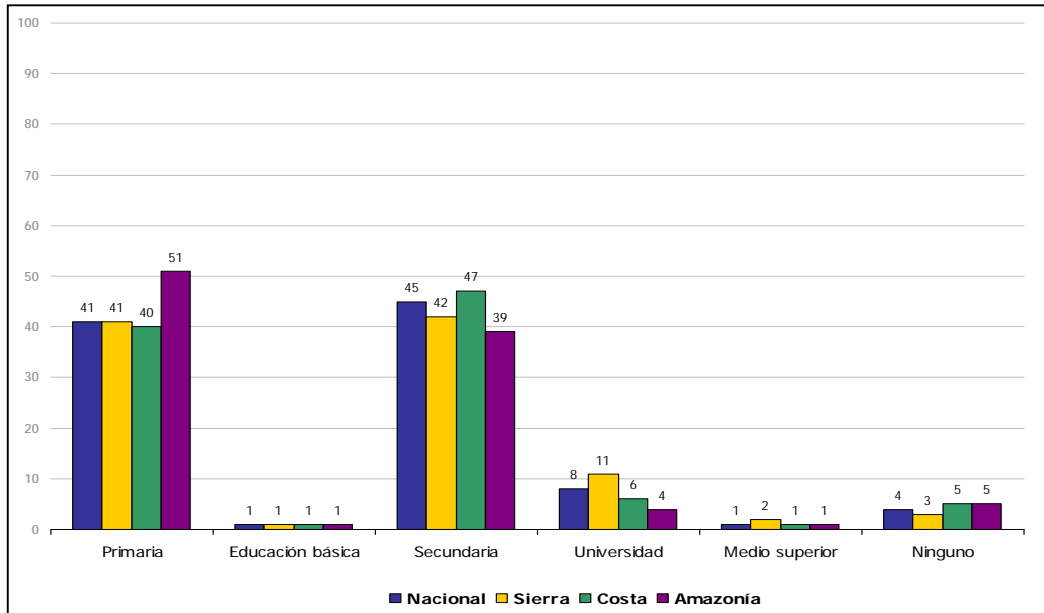
A primera vista se podría pensar que este cuadro no confirma la realidad, anotada, porque el porcentaje de personas que tenía empleo, es muy superior a quienes

<sup>282</sup> Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Censo penitenciario*, 2008.

no lo tenían. Realidad que no parece confirmar la hipótesis de una aplicación más severa con los menos favorecidos de la sociedad.<sup>283</sup> Pero si esta cifra se cruza con otras variables del propio estudio el panorama varía:

**Gráfico 2**

**Título: Nivel de instrucción de los internos. Resultado nacional en porcentaje.**  
**Fuente: Ministerio de justicia y Derechos Humanos: Censo penitenciario 2008.**<sup>284</sup>



En conjunto estas dos variables sugieren que si bien la mayoría de personas privadas de libertad laboraban con anterioridad, parecería que lo hacían en trabajos sencillos y poco remunerados.<sup>285</sup> Debido a que en un tipo de sociedad poco igualitaria como la ecuatoriana, no solo que es muy difícil que personas con niveles bajos educación accedan a ingresos medios o altos, sino que además suele haber diferencias marcadas entre los diversos extractos. Si se agrega una tercera variable referida al acceso a la defensa, el panorama gana en claridad.

<sup>283</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 16-17.

<sup>284</sup> Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Censo penitenciario*, 2008.

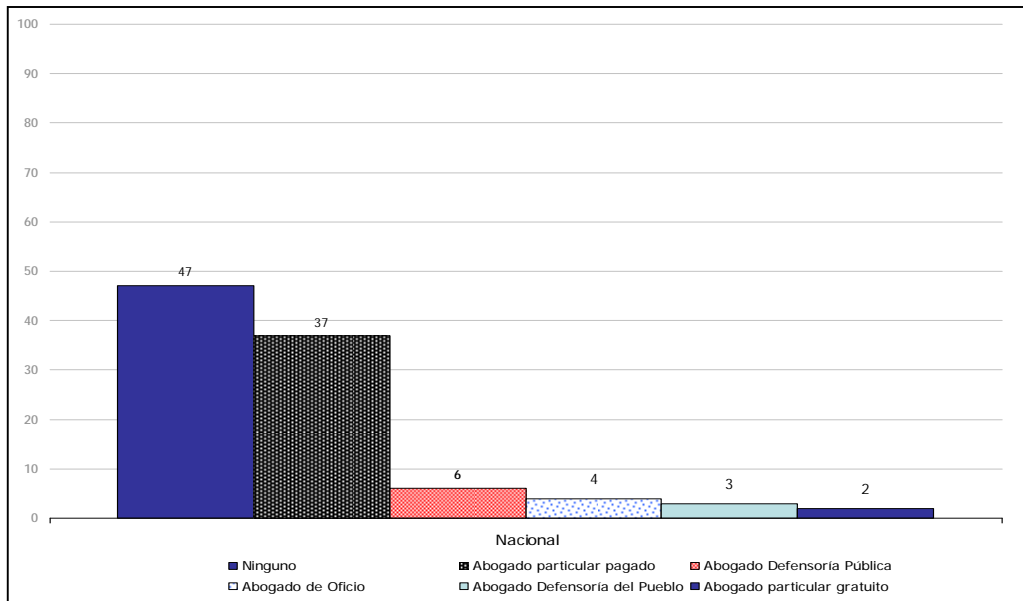
<sup>285</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 458-459.





**Gráfico 3**

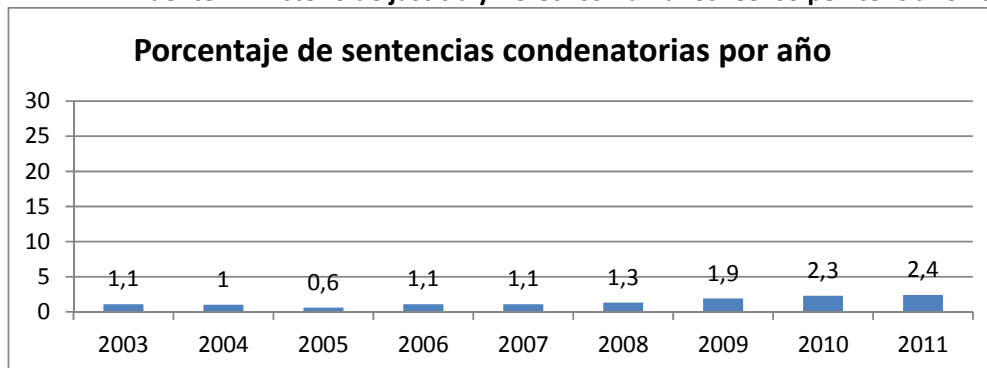
**Título: Acceso a defensa de los internos. Resultado nacional en porcentaje.**  
**Fuente: Ministerio de justicia y Derechos Humanos: Censo penitenciario 2008.**



Más de la mitad de los privados de la libertad no han tenido defensor. En un momento donde la Defensoría pública todavía era insipiente, resulta forzado plantear una hipótesis alternativa a la situación económica capaz de justificar este abandono.<sup>286</sup>

**Gráfico 4**

**Título: Elaboración propia. Datos de la Fiscalía General del Estado.**  
**Fuente: Ministerio de justicia y Derechos Humanos: Censo penitenciario 2008.**



<sup>286</sup> A pesar de no haber datos más actualizados se reconoce que la realidad ha variado con la creación de la defensoría pública que ha conseguido generar un cambio en la cobertura de prestación de este servicio.

Las cifras de la Fiscalía General del Estado revelan un alto grado de impunidad<sup>287</sup> y márgenes extremos para evadir la justicia.<sup>288</sup> No es descabellada la hipótesis de que las personas con mayores recursos, cuentan con posibilidades ciertas de quedar impunes; en tanto que, el nivel de abandono de los pobres les tiende a perpetuar en prisión.<sup>289</sup>

### **b) Refutación**

A pesar de que los datos confirman el funcionamiento discriminatorio de esta premisa, no es válido concluir que está demostrada la ilegitimidad del sistema penal.<sup>290</sup> La construcción realizada por Zaffaroni se encasilla en la forma de argumentación denominada *falacia naturalista*. Porque sobre la base de una realidad constatada en el “ser”, no se puede deslegitimar una institución del “deber ser”. Así como no se puede deslegitimar a la democracia, porque hasta el momento no hay ninguna sociedad donde el poder sea realmente ejercido por el pueblo, no se puede deslegitimar al Derecho penal por la forma como se ejerce.<sup>291</sup>

La ilegitimidad de la argumentación consiste en que el problema puede ubicarse en esferas ajenas a la institución refutada, por ejemplo en este caso concreto en la modalidad bajo la cual se implementó el Derecho penal. De hecho, hay demostraciones palpables de nuestra realidad, de que el modelo de control social punitivo hoy establecido no es el único posible. Así en el Libro III se analizará la experiencia del Servicio de rentas internas SRI y dentro de ella el departamento de grandes

---

<sup>287</sup> Cuadro estructurado en base a información otorgada por la Fiscalía. Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en el Ecuador: experiencias de innovación*, p. 145.

<sup>288</sup> Denis Szabó, *Criminología y política en materia criminal*, México D.F., Siglo veintiuno, 1985, p. 215-216.

<sup>289</sup> El cuadro se ha estructurado en base a los datos que constan en los informes de labores de la Fiscalía y en los últimos 5 años donde están disponibles estas cifras en esta fuente pública, se ha obtenido mediante una solicitud directa.

<sup>290</sup> Grupo de criminólogos críticos latinoamericanos, “Manifiesto del grupo de criminólogos críticos latinoamericanos”, en Luís Rodríguez, 26 ed., *Criminología*, México D. F., Porrúa, 2012, 446.

<sup>291</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 5-6.

contribuyentes, la misma que da cuenta de la posibilidad de montar un seguimiento y una persecución efectiva a los delitos tributarios cometidos por los más pudientes.<sup>292</sup>

Es más, uno de los aportes relevantes de las escuelas marxista, minimalista, el labelling approach e incluso antes la escuela de la subculturas, ha sido generar desde hace algunas décadas en los estados democráticos una tendencia a demandar que la distorsión descrita se corrija.<sup>293</sup> No se sostiene que se haya conseguido esta meta, pero son innegables los esfuerzos. Por ejemplo nadie discutiría que hoy en día existe una legislación de excepción en materia de delitos económicos, de corrupción, ecológicos y otras esferas de la criminalidad relacionada con los poderosos.<sup>294</sup> Uno de los aportes del minimalismo junto a otras escuelas ha sido forjar una realidad distinta a la que describieron, realidad que obliga a revisar al menos de manera parcial su tesis.<sup>295</sup>

## Capítulo IV

### Consecuencias del sistema penal

El análisis de los resultados que conlleva el sistema penal, demanda diferenciar dos ámbitos: el primero, (1) la esfera individual que engloba las consecuencias que causa en la persona y el segundo, relacionado con la esfera social.

#### 1. Esfera individual

El análisis de las consecuencias del sistema penal en la esfera individual se estructura sobre la base de los intervinientes: (a) procesado y (b) víctima.

##### a) Procesado

Dentro de la concepción minimalista, existen dos esferas relevantes donde el sistema penal interviene en el comportamiento individual del procesado: la primera de

---

<sup>292</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 283-289.

<sup>293</sup> Denis Szabó, *Criminología y política en materia criminal*, p. 213-214.

<sup>294</sup> Jesús Trillo, *Delitos económicos. La respuesta penal a los rendimientos de la delincuencia económica*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 29-34.

<sup>295</sup> Luigi Ferrajoli, *El paradigma del Derecho penal mínimo*, p. 61-63.

*naturaleza configuradora* de la conducta ejercida principalmente por el control social parainstitucional, cuya legitimidad de su argumentación ya fue analizada.<sup>296</sup>

La segunda esfera en la cual se centrará este estudio es la *cárcel*. Sin lugar a dudas es la herramienta que mayor influjo tiene sobre la persona,<sup>297</sup> a esta “institución total”<sup>298</sup> el minimalismo le asigna el papel de consumir un “deterioro condicionante”.<sup>299</sup> No está de acuerdo con que sea un simple depósito humano,<sup>300</sup> en su visión adquiere la calidad de una verdadera maquinaria destinada a la degradación de la persona, cuya función última es la adopción del papel criminal que se le ha asignado.<sup>301</sup>

En este proceso de degradación de la persona se utilizan prácticas humillantes tales como pérdida de privacidad, requisas degradantes, sometimiento a regímenes artificiales,<sup>302</sup> sin contar con los efectos vejatorios producidos por las condiciones de sobrepoblación y deficiencias en alimentación, salud e higiene.<sup>303</sup>

Rechaza el intento de legitimar la cárcel, bajo el argumento de la reeducación. Debido a que el propio discurso legal deja sin piso en nuestra región este intento. El cinismo de la argumentación es evidente, porque el 70% de los privados de libertad no han sido condenados, sin que se pueda entender cómo se pretende rehabilitar a personas que por mandato constitucional son inocentes.<sup>304</sup>

#### **b) Víctima**

Este análisis debe comenzar con una advertencia: en la propuesta de Zaffaroni la víctima no juega un papel trascendente. Es cierto que hay ciertas referencias a este protagonista, sobre todo con el objeto de deslegitimar al sistema penal por marginar a

---

<sup>296</sup> Eugenio Zaffaroni, *Criminología: aproximación desde un margen*, p. 15.

<sup>297</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 106-108.

<sup>298</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 106.

<sup>299</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 106.

<sup>300</sup> Michael Foucault, *Microfísica del poder*, Madrid, La piqueta, 1992, p. 89-90.

<sup>301</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 108.

<sup>302</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 107.

<sup>303</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 107.

<sup>304</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 107.

este actor, sin embargo, no se erigen en un pilar de su argumentación. A pesar de ello se recogen sus aportes sobre el tema, debido a que sería artificial estructurar un análisis político criminal sin la perspectiva de este actor.

Las referencias a la víctima, dentro del pensamiento Zaffaroni tienden a estar enfocadas a la deslegitimación del sistema penal. Se centran en la imposibilidad que la respuesta que otorga el sistema penal pueda ser acorde a la naturaleza del conflicto, porque al ingresar en esta vía, de manera necesaria este actor es marginado.<sup>305</sup> Recuerda que históricamente el sistema penal surgió ante la necesidad de neutralizar a la víctima, por tanto la expropiación de sus Derechos es parte de su esencia.<sup>306</sup>

A pesar de que al momento de sustentar su propuesta de política criminal, no hace una referencia al papel que debe tener la víctima para la resolución del conflicto, ya que ha aceptado los métodos autocompositivos como la alternativa al sistema penal, la mejor interpretación posible es que de manera implícita se ha considerado a este actor como un pilar esencial. Siendo esta la versión que se adopte en este estudio.

## 1.1 Fuentes

### a) Escuela abolicionista

En el abolicionismo el papel de los actores está ligado al *concepto de pena* como sufrimiento innecesario. Hulsman pone énfasis en el dolor causado al procesado en aspectos tales como: desarraigo, privación de la libertad, condiciones de vida e incluso sostiene que llega a ser una verdadera pena corporal, no de otra manera se puede entender cómo se somete a un ser humano a privación de sol, aire, luz y espacio, además de condiciones sanitarias deplorables y olores fétidos.<sup>307</sup>

La realidad para la **víctima** no es mejor, se le expropia su conflicto, margina e instrumentaliza a favor del trámite judicial, hace notar que incluso puede utilizarse la

---

<sup>305</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 148.

<sup>306</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 118.

<sup>307</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 49-51.

fuerza para que concurra al juicio.<sup>308</sup> Sus intereses no son considerados en el trámite y la resolución del conflicto.<sup>309</sup> El dolor personal, familiar y social de ambos involucrados es estéril, porque el conflicto no se resuelve, ya que es imposible solventarlo cuando la víctima no participa en el proceso ni se toman en cuenta sus necesidades.<sup>310</sup> Para sustentar su postura utiliza dos (2) argumentos:

**(i) El sistema penal y su efectividad.-** El abolicionismo parte de que el sistema penal solo es un modelo de solucionar conflictos y no el más eficiente. Cuando los problemas son serios lo normal es recurrir a otros métodos: si un trabajador no viene a trabajar se lo sanciona, pero si todos no vienen a trabajar por una huelga, se busca negociar y solucionar el problema de fondo.<sup>311</sup> La sociedad en su funcionamiento, ha demostrado que cuenta con mecanismos más afectivos, es un número minoritario de conflictos los que llegan al sistema penal y de los ellos los resueltos son una fracción.<sup>312</sup>

**(ii) Baja calidad de la respuesta.-** Para fundamentar esta imputación se basa en dolor causado a ambos intervinientes y la falta de solución del conflicto, conceptos que ya fueron referidos.<sup>313</sup>

#### **b) Escuela de la reacción social**

La *teoría del etiquetamiento* en lo principal sostiene que en el momento en que la persona es calificada como desviada, el entorno social lo trata conforme a ese rótulo, esta interacción con el medio le predispone a que varíe su auto concepción<sup>314</sup> y en el futuro es más probable que se comporte conforme a esta etiqueta.<sup>315</sup> Tesis que como antecedentes directos tiene la postura de Mead sobre el influjo de la sociedad en el

---

<sup>308</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 75-77.

<sup>309</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 104-109.

<sup>310</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 58-60.

<sup>311</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 90.

<sup>312</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 53-54.

<sup>313</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 107-109.

<sup>314</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 271-274.

<sup>315</sup> Émile Durkheim, *El suicidio*, México D.F., Coayacán, 2006, p. 219-223.

proceso de construcción de la personalidad,<sup>316</sup> así como la explicación de la desviación producto de factores sociales de Émile Durkheim.<sup>317</sup>

Este fenómeno visto desde la perspectiva de la historia de vida de la persona, en ocasiones toma incluso matices más serios, debido a que con frecuencia la etiqueta de desviado es general, la reacción de las personas es tratarlo como un “outsider”, en la medida que interiorice esta auto definición, es probable que adopte este papel en toda su connotación.<sup>318</sup> En palabras de Becker “*tratar a un individuo como desviado en general, y no una persona con una desviación específica tiene el efecto de producir una profecía auto cumplida. Pone en marcha una serie de mecanismos que conspiran a dar forma a la persona a imagen de los que los demás ven en ella*”.<sup>319</sup>

Cita como ejemplo, que el ser homosexual o consumidor de drogas no necesariamente repercute en la actividad laboral, pero una vez que es etiquetado públicamente como tal, es probable que pierda el empleo, tenga problemas para volver al mercado laboral, se involucre en otras actividades desviadas que terminen por ratificar la etiqueta original de “desviado” o “delincuente”.<sup>320</sup>

Su postura no es determinista, aclara que no se trata de una relación mecánica, en muchos casos esta profecía no se realiza.<sup>321</sup> Becker concibe al efecto del etiquetamiento como un factor que influye en la persona, como un elemento que predispone para la adopción de un modelo conductual, pero de manera tajante niega la posibilidad que sea concebido bajo una lógica causal explicativa de la criminalidad.<sup>322</sup>

## 1.2 Trascendencia

### a) Procesado

---

<sup>316</sup> George Mead, *Espíritu, persona y sociedad*, 3a. ed., Buenos Aires, Paidós, 1972.

<sup>317</sup> Émile Durkheim, *El suicidio*, p. 206-218.

<sup>318</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 50.

<sup>319</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 53.

<sup>320</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 53.

<sup>321</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 55.

<sup>322</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 196-197.



El *aporte* de la escuela *abolicionista* y teoría de la reacción social, son complementarias para forjar el pensamiento de Zaffaroni. Mientras que la primera se convierte en la base para mostrar lo inhumano de la cárcel y lo degradante del trato proveído por parte del sistema penal; el *interaccionismo simbólico* le permite cerrar el discurso, al mostrar que el etiquetamiento termina por forjar carreras criminales.<sup>323</sup>

Una *diferencia* relevante se genera en el proceso de recepción de la teoría del etiquetamiento por parte de Zaffaroni, debido a que adquiere matices deterministas.<sup>324</sup> En la versión de Becker la teoría de la profecía que se autorealiza, es utilizada en un contexto de relativismo, incluso con advertencias claras sobre la imposibilidad de generalizar sus consecuencias: “Por supuesto que no todos los que son atrapados en la comisión de un acto desviado y etiquetados en consecuencia avanzan inevitablemente hacia formas más acentuadas de desviación, como las acotaciones anteriores podrían sugerir. Las profecías no siempre se confirman a sí mismas”.<sup>325</sup> De hecho plantea que en la medida en que la persona cuente con alternativas para no adoptar la etiqueta impuesta, es más probable que se aleje de una carrera como desviado.<sup>326</sup>

El mismo concepto en la versión de Zaffaroni adquiere caracteres deterministas:

la afirmación de que cada uno de nosotros va haciéndose del modo como los demás nos van viendo y, conforme a esta mecánica la prisión cumple su función reproductora y la persona a la cual se etiqueta como delincuente asume finalmente el papel que se le asigna y se comporta conforme al mismo. Todo el aparato del sistema penal está preparado para ese etiquetamiento y para el reforzamiento de esos roles.<sup>327</sup>

---

<sup>323</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 108.

<sup>324</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 44-45.

<sup>325</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 55.

<sup>326</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 55.

<sup>327</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 45.

E incluso agrega: “presentan la incuestionable ventaja de describir –con un arsenal al que no puede imputarse con ningún alambicamiento teórico-, con considerable detalle el proceso de producción y reproducción de la delincuencia”.<sup>328</sup>

La trascendencia de este matiz se constata en la construcción que Zaffaroni elabora sobre esta base, le permiten cuestionar uno de los pilares fundamentales de la ciencia penal moderna: el fundamento de la pena. Las teorías más difundidas sobre la finalidad de la pena en este momento, son las tesis basadas en la prevención, las mismas que en sus distintas versiones como denominador común tienen la búsqueda de evitar futuros delitos.<sup>329</sup> Sobre esta base, sostiene que la pena no solo que no disminuye la perpetración de ilícitos, sino que en realidad los multiplica. Dentro de esta óptica el real papel del sistema es producir y reproducir la criminalidad.<sup>330</sup>

Esta premisa le permite deslindar su análisis del requerimiento social de efectividad y seguridad, porque niega que el sistema penal tenga potencial en esta materia.<sup>331</sup> Dentro de este estudio este tema jugará un papel trascendente en los dos siguientes libros.

#### **b) Víctima**

El *aporte* realizado por el abolicionismo es trascendente, porque es fácil notar que son plenamente coincidentes en las críticas a la legitimidad del sistema penal en razón de la expropiación del conflicto a la víctima.<sup>332</sup> De la misma forma ambas cosmovisiones coinciden en considerar en que es una de las razones de fondo para

---

<sup>328</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 45.

<sup>329</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 66-68.

<sup>330</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 44-45.

<sup>331</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 66.

<sup>332</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 107-110.

buscar alternativas diversas al sistema penal para resolver los conflictos y sus propuestas aterrizan en métodos negociados.<sup>333</sup>

### 1.3 Crítica

#### a) Procesado

La tesis de Zaffaroni referente a la *teoría del etiquetamiento*, queda en entredicho porque el propio autor cita como fuente a Becker,<sup>334</sup> pero cuando recoge su tesis desaparecen los matices y las advertencias de que se trata de un factor que predispone; rechaza de manera expresa la versión determinista tal como fue receptada por el minimalismo.<sup>335</sup> Existe un problema de legitimidad del discurso, esta anomalía se encasilla en la *falacia de énfasis*, debido a que toma las palabras de Becker y las descontextualiza.<sup>336</sup> En el Libro III se analiza la capacidad preventiva de la pena.

#### b) Víctima

La presente crítica recoge dos (2) temas esenciales: el primero, relacionado con la (i) *evolución jurídica* en el tiempo transcurrido desde que surgió la postura minimalista y la actualidad. Si bien no se sostiene que hayan quedado obsoletas las críticas efectuadas, pero existen cambios que obligan a matizar sus aseveraciones y es justo reconocer que hay una constante mejora en la forma como el sistema penal trata a la víctima e incorpora sus intereses.<sup>337</sup> El segundo punto que es el más trascendente, se relaciona con la (ii) *postura de las víctimas*, cuando Hulsman escribió su tesis apenas comenzaban a surgir las organizaciones de víctimas, todavía no era clara su postura. En la actualidad este escenario ha variado, existen niveles importantes de organización de los afectados por diversos delitos y por la criminalidad en general, han forjado su propio

---

<sup>333</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 122-125.

<sup>334</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 44.

<sup>335</sup> Eugenio Zaffaroni, *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, p. 43.

<sup>336</sup> Es importante anotar que se toma a Becker como referente, debido a que el propio Zaffaroni lo ha citado de manera expresa como referente de la teoría del etiquetamiento. Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 44.

<sup>337</sup> Mauricio Duce, *El Ministerio Público en la reforma procesal en América Latina: visión general acerca del estado de los cambios*, p. 80.

discurso y plasmado sus demandas, sin que exista coherencia entre los pedidos que realizaban a su nombre la propuesta minimalista o de su fuente primigenia el abolicionismo con las que los perjudicados defienden.<sup>338</sup>

**(i) Evolución jurídica.-** Es un problema vigente el trato que otorga el sistema penal a las víctimas y la desconexión entre su respuesta con los intereses de este actor. Uno de los aportes trascendentes del movimiento victimológico así como de ciertas escuelas como el abolicionismo y minimalismo, fue generar cambios en la realidad.<sup>339</sup> La transformación que produjeron sus aportes, hoy hace necesario matizar sus críticas.

Desde el último período de los años 70 e inicios de los 80 cuando se forjó la teoría abolicionista e incluso a finales de los 80 cuando es receptada por Zaffaroni, la realidad jurídica ha sufrido mutaciones. Basta enumerar cuantas figuras nuevas se han incorporado para mejorar la situación de la víctima: la reparación en la sentencia haya o no acusación particular,<sup>340</sup> acuerdos reparatorios,<sup>341</sup> una gama bastante completa de medidas cautelares cuya finalidad es la protección a las víctimas,<sup>342</sup> creación de un sistema de protección de víctimas y testigos,<sup>343</sup> la inclusión legal de una lista de los derechos del ofendido,<sup>344</sup> la prohibición de que los niños y adolescentes víctimas de delitos sexuales puedan ser objeto de más de una toma de versión, en materia de tránsito un esquema completo donde la reparación siempre conlleva efectos jurídicos beneficiosos para el infractor,<sup>345</sup> incluso luego de la sentencia como una causa especial de rebaja penitenciaria.<sup>346</sup> Si bien esta argumentación fue válida para la época en que se

---

<sup>338</sup> ONU mujeres, *Informe anual 2010-2011*, Nueva York, ONU mujeres, 2011, p. 15.

<sup>339</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 106-109.

<sup>340</sup> Código de procedimiento penal, artículo 309, numeral 5.

<sup>341</sup> Código de procedimiento penal, primer artículo innumerado luego del 37.

<sup>342</sup> Código de procedimiento penal, artículo 160.

<sup>343</sup> Constitución de la república del Ecuador, artículo 120.

<sup>344</sup> Código de procedimiento penal, artículo 69.

<sup>345</sup> Ley orgánica de transporte terrestre, tránsito y seguridad vial, artículo 120.

<sup>346</sup> Ley orgánica de transporte terrestre, tránsito y seguridad vial, artículo 122.

Zaffaroni escribió su obra más acabada en materia de política criminal<sup>347</sup> e incluso en cierto nivel mantiene vigencia, es importante matizarla por los cambios existentes y reconocer tendencia a mejorar la situación.<sup>348</sup>

**(ii) Postura de las víctimas.-** En el momento que se forjó la tesis abolicionista, resultaba legítimo el mostrar la injusticia con que eran tratadas las víctimas por el proceso penal y usar este argumento para proponer eliminarlo o reducirlo; en la actualidad las víctimas se han organizado y tomado una postura diversa, por tanto ya no es viable esta postura.<sup>349</sup>

Ejemplos extraídos de nuestra realidad revelan lo anotado, la Fundación marcha blanca a partir del año 2002, congregó a familiares y víctimas de delitos especialmente de la ciudad de Quito en un movimiento que intentó dotar de voz a este sector, incluso llegó a elaborar una propuesta de reforma a la normativa penal. Una revisión de esa propuesta evidencia tanto en su parte declarativa como en su texto, que el gran objetivo es potenciar el uso del sistema penal y evitar la impunidad. Sin que haya referencia alguna a un intento de disminución de la esfera penal.<sup>350</sup>

El segundo ejemplo se basa en una experiencia personal, como consultor de la Comisión de la verdad para diseñar la estrategia de judicialización, se tuvo la oportunidad de plantear a ciertas víctimas distintos escenarios para tramitar su conflicto. El debate se centró en dos alternativas principales: la primera llevar el caso ante el sistema interamericano, opción que desde el punto de vista jurídico parecía más sencilla y con mayor potencial, porque dado el tiempo transcurrido y el no haber existido un recurso efectivo, se había superado la traba del agotamiento de los recursos internos.

---

<sup>347</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*.

<sup>348</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 95-99.

<sup>349</sup> Antonio Giménez, "La neutralización de la víctima", en *Eguzkiloze. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, No. 8, San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología, 1994, p. 223-230.

<sup>350</sup> Fundación Marcha Blanca, *Proyecto de reformas al sistema penal ecuatoriano*, Quito, Municipio de Quito, 2005.

Además que en esta jurisdicción había ventajas como una carga de la prueba menor y era mucho más sencillo de romper ciertos problemas jurídicos como la prescripción y en algunos casos hasta el principio de “no dos veces sobre lo mismo”.<sup>351</sup>

A pesar de ello, cuando las víctimas supieron que una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos termina con una condena al Estado y no fija responsabilidades concretas contra los perpetradores se inclinaron por la justicia nacional. Decisión que adoptaron luego que recibir una explicación detallada de lo duro y riesgoso que se volvía llevar estos casos por sus condiciones a la jurisdicción nacional.<sup>352</sup> Durante estos diálogos se trató de manera específica el punto de que preferían privilegiar, el resarcimiento o un juicio y sanción a los responsables, la respuesta fue clara y las víctimas se expresaron que a pesar de que la indemnización fuese mínima o inexistente preferían “justicia”.<sup>353</sup>

Un último ejemplo es la lucha de los movimientos de mujeres. Tal vez la crítica más dura que recibió el proyecto de código de procedimiento penal que finalmente se aprobaría en el año 2000, fue el haber colocado los delitos sexuales entre los delitos de acción pública a instancia de parte. Porque, a pesar de que en el debate quedó claro que no implicaba el hacerlos negociables, si no dar el derecho a la víctima sobre si quería o no que el delito se persiga, este sector no se vio identificado con la propuesta y su rechazo fue tajante. Los propulsores tuvieron que dar un paso atrás y volver estos delitos al trámite general, incluso con los años se terminó por eliminarla, porque esta vía fue diseñada para delitos sexuales y ajena a estos conflictos perdía sentido.<sup>354</sup>

---

<sup>351</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios altos contra Perú.

<sup>352</sup> En la región andina resulta de interés el análisis del caso Barrios altos contra Perú, donde en primera instancia el caso fue archivado de manera definitiva, en un segundo momento la Corte Interamericana de Derechos Humanos mandó reabrir el caso, y en un tercer momento Alberto Fujimori fue condenado.

<sup>353</sup> Comisión de la Verdad: ni silencio ni impunidad, *Informe de la Comisión de la Verdad Ecuador 2010. Sin verdad no hay justicia. Resumen ejecutivo*, Quito, Comisión de la Verdad, 2010, p. 20-24.

<sup>354</sup> Registro oficial, No. 555, 24 de marzo de 2009.

Desde luego esta realidad no es propia del Ecuador, múltiples ejemplos de la realidad internacional confirman esta tendencia. Por su constancia y fortaleza, es un ejemplo gráfico, la lucha por una justicia efectiva del movimiento de mujeres, durante décadas han impulsado la penalización de diversas figuras que afectan a este sector de ofendidas. Por ejemplo, basta citar la frase con que comienza el capítulo destinado a la eliminación de la violencia intrafamiliar del informe anual 2010-2011 ONU mujeres:

Para erradicar la violencia contra las mujeres es necesario crear y aprobar leyes relacionadas con este tipo de violencia, y adoptar planes de acción y presupuestos para implantar la legislación, instituir programas de prevención y servicios de protección para las sobrevivientes, y ejecutar campañas de concienciación dirigidas, entre otros grupos, a los jóvenes.<sup>355</sup>

Los ejemplos citados muestran que ya no es legítimo utilizar las causas de las víctimas para plantear la disminución del sistema penal.<sup>356</sup>

Incluso para el momento en que el abolicionismo diseñaba su propuesta esta tendencia entre las organizaciones de víctimas ya era visible, tanto es así que Hulsman justifica el mantenimiento una postura abolicionista para mejorar la situación de las víctimas, a pesar del rechazo expreso de los ofendidos que se habían comenzado a organizarse, bajo el argumento de que habrían sido captadas por el discurso que el sistema penal ha arraigado en la sociedad.<sup>357</sup> Postura que conlleva un problema de coherencia, debido a que en un primer momento manifiesta una confianza absoluta en el criterio y libertad de la persona, tanto es así que se propone métodos autocompositivos para cualquier conflicto individual sin importar su gravedad.<sup>358</sup> Pero cuando los

---

<sup>355</sup> ONU mujeres, *Informe anual 2010-2011*, p. 15.

<sup>356</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 104-106.

<sup>357</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 105.

<sup>358</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 119-120.

ciudadanos adoptan una postura ajena a sus convicciones, deslegitima su criterio por ser presas de manipulaciones que les impide visualizar sus verdaderos intereses.<sup>359</sup>

## 2. Esfera social

Zaffaroni llega a responsabilizar al sistema penal por llevar adelante un genocidio en acto.<sup>360</sup> Para llegar a este resultado se basa en dos grandes pilares, por un lado, la *concepción clasista del poder*<sup>361</sup> que por la ubicación marginal de nuestros países adquiere caracteres especialmente violentos,<sup>362</sup> y por otro, la *utilización de discursos racistas*;<sup>363</sup> siendo estos los ingredientes para la producción de una matanza a grandes dimensiones que constituye el genocidio. Al tratarse de conceptos que ya fueron analizados en este estudio, no es necesario volver a profundizar sobre cada tema, simplemente reflejar cómo se entrelazan para producir un resultado específico: muerte.

Parte del enfoque de la escuela marxista del Derecho penal como herramienta de dominación clasista, al conjugar esta filosofía con la ubicación de la región dentro de la estructura mundial y su incapacidad para insertar a los más desposeídos al mercado laboral, se convierte en una herramienta de mera contención.<sup>364</sup> De manera adicional la ubicación marginal, conlleva también la introducción de una visión racista, debido al potencial que esta filosofía tiene para legitimar actos atroces cometidos en la periferia. La conjugación de la violencia y el sentimiento racista producen una represión descarnada,<sup>365</sup> cuyo elemento característico es la vinculación con el resultado muerte.<sup>366</sup>

---

<sup>359</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 98.

<sup>360</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 96-98.

<sup>361</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 14-17.

<sup>362</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 25-27.

<sup>363</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 29-31.

<sup>364</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 13-14.

<sup>365</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 29-31.



Las diversas imputaciones que realiza al sistema penal para la producción del resultado muerte pueden enmarcarse en cuatro (4) categorías:

(i) Un nivel de *ocultamiento*. Donde su inoperancia deja en la sombra millones de homicidios y asesinatos producidos por causas tales como accidentes de tránsito, negligencia en materia de seguridad industrial, muertes culposas y abortos.<sup>367</sup>

(ii) El segundo nivel, hace referencias a *muertes directas* causadas el propio sistema penal. En razón de la violencia con el que actúa, el grado de corrupción<sup>368</sup> y el nexo permanente entre los agentes estatales y actividades como el mercado de tóxicos, prostitución, extorción, entre otras.<sup>369</sup>

(iii) En un tercer nivel, se hallan las *muertes por represión política*. Categoría en la que destaca el protagonismo las agencias penales en: “*secuestros, desapariciones forzadas de personas, homicidios, etc.*”.<sup>370</sup> Actividad estratégicamente diseñada para mantener una estructura de poder, ejecutada de manera habitual sobre los habitantes de “villas miseria”, “favelas” o “pueblos jóvenes”.<sup>371</sup>

(iv) El cuarto nivel agrupa a un conjunto de *imputaciones de construcción compleja*, donde el sistema penal es responsable por mantener una estructura político económica que genera muertes de recién nacidos, muertes producidas en los grupos familiares del personal de las agencias penales por armas oficiales y por el uso “de armas a cuya tenencia y adquisición se instiga permanentemente a la población”.<sup>372</sup>

---

<sup>366</sup> Eugenio Zaffaroni, *Tenda dos milagres o la denuncia del apartheid criminológico*, en *Criminología y Derecho penal*. No. 3-4, Guayaquil, Edino, 1993, p.188.

<sup>367</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 97.

<sup>368</sup> Eugenio Zaffaroni, “La corrupción su perspectiva latinoamericana”, en *Criminología y Derecho penal*, No. 1, Guayaquil, Edino, 1991, p. 176-178.

<sup>369</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 6.

<sup>370</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 98.

<sup>371</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 98.

<sup>372</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 97-98.

Ante la necesidad de ser rigurosos en reflejar el papel que el autor asigna al resultado muerte, se incluye un extracto donde se encuentra ejemplos de todas las variables anotadas. Además de reflejar la intensidad con que percibe este fenómeno:

Hay muertes en enfrentamientos armados (unos pocos reales y la mayoría simulados, o sea, fusilamientos sin proceso); hay muertes por grupos parapoliciales de exterminio en varias regiones; hay muertes por grupos policiales y parapoliciales que implican la eliminación de competidores en actividades ilícitas (disputa por monopolio de distribución de tóxicos, juego, prostitución, áreas de hurto, robos domiciliarios, etc.); hay “muertes anunciadas” de testigos, jueces, fiscales, abogados, periodistas, etc.; hay muerte de torturados que no “aguantaron” y de otros con los que a los torturadores “se les fue la mano”; hay muertes “ejemplarizantes”, en las que se exhibe el cadáver, a veces mutilado, o se envía parte del cadáver a los familiares, practicadas por grupos de exterminio pertenecientes al personal de las agencias de los sistemas penales; hay muertes por error o negligencia, de personas ajenas al conflicto; hay muertes del personal de las propias agencias del sistema penal; hay alta frecuencia de muertes en los grupos familiares de ese personal y cometidas con las mismas armas que proporciona la agencia; hay muertes por uso de armas a cuya tenencia y adquisición se instiga permanentemente a la población y en circunstancias que nada tienen que ver con los motivos de esa instigación pública; hay muertes como represalia por el incumplimiento de palabras dadas en actividades ilícitas cometidas por personal de esas agencias del sistema penal; hay muertes violentas en motines carcelarios, de presos y personal penitenciario; hay muertes por violencia ejercida contra presos en las prisiones; hay muertes por violencia entre presos; hay muertes por enfermedades no tratadas en las prisiones; hay muertes por altísima tasa de suicidios entre los criminalizados y entre el

personal de todas las agencias del sistema penal (sean suicidios manifiestos o inconscientes); hay muertes...”.<sup>373</sup>

Al vincular el elemento muerte con la historia de nuestro margen y otras regiones como África revela el papel que han cumplido los sistemas penales en procesos de genocidio sufrido. Pero no percibe este problema como una realidad que quedó en el pasado,<sup>374</sup> de hecho sostiene que: “El genocidio colonialista y neocolonialista no ha terminado en nuestro margen: lo sigue llevando a cabo nuestro sistemas penales y si no los detenemos a tiempo serán los encargados del genocidio tecnocolonialista”.<sup>375</sup> La realización de un genocidio en acto, para la tesis minimalista adquiere la condición de elemento definitorio del papel que cumple el sistema penal en la región.<sup>376</sup>

## 2.1 Fuentes

### 2.1.1 Escuela marxista

El aporte de esta escuela se centra en dos elementos: enfoque materialista de la criminalidad<sup>377</sup> y la etiología criminal.<sup>378</sup> El *enfoque materialista de la criminalidad* no será objeto de un estudio, porque esta concepción está integrada por los aportes de esta escuela en dos componentes ya estudiados: (Capítulo II) creación de la norma y (Capítulo III) aplicación de la norma.

### La etiología criminal

Baratta sostiene que el fenómeno de la desviación solo puede ser analizado bajo la óptica materialista en el contexto de la estructura socio económica.<sup>379</sup> Le otorga un

---

<sup>373</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 97-98.

<sup>374</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 96.

<sup>375</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 98.

<sup>376</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 96.

<sup>377</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 225.

<sup>378</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 213.

<sup>379</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 165.

papel tan trascendente que niega la posibilidad de adoptar un enfoque distinto al de las estructuras socio económicas de donde surge el conflicto.

Reconoce el aporte de la escuela de la reacción social al relativizar la creación y aplicación de la norma. Llega a refutar toda escuela anterior al labelling approach por adscribirse a posturas deterministas para explicar el fenómeno criminal,<sup>380</sup> sostiene que bajo distintas versiones todas parten de una imagen de “criminal” como un ser humano diferente,<sup>381</sup> desentendiéndose de que la norma es una creación cultural.<sup>382</sup> Sin embargo, en un segundo nivel cuando adopta el enfoque materialista como medida para valorar a todas las restantes escuelas de pensamiento, también esta escuela es refutada.

Para graficar la trascendencia que otorga a este enfoque materialista, basta recordar que refutó: a la escuela clásica de Derecho penal y la escuela criminológica del positivismo por haber realizado una abstracción de formas económicas sociales,<sup>383</sup> en el caso de la teorías psicoanalíticas porque su análisis no está mediado por las relaciones socio económicas;<sup>384</sup> a las teorías estructural funcionalistas y de las subculturas porque “no se plantean el problema de las relaciones sociales y económicas sobre los cuales se fundan la ley y los mecanismos de criminalización y estigmatización”;<sup>385</sup> a la teoría del Labelling approach por no tomar las relaciones sociales y económicas como la “clave de las diversas dimensiones de la cuestión criminal”.<sup>386</sup> El nivel de absolutismo de Baratta lleva a que el adoptar un enfoque diverso sea motivo suficiente para ser tachada.<sup>387</sup>

Esta visión extrema desemboca en una tesis explicativa de la conducta desviada basada en la clase social que pertenece el infractor. En el caso de las clases subalternas,

---

<sup>380</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 83.

<sup>381</sup> Lock Hulsman, “La criminología crítica y el concepto de delito”, en Juan Bustos, *Prevención y teoría de la pena*, Santiago, Editorial jurídica cono sur, 1995, p. 119 .135.

<sup>382</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 22.

<sup>383</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 42-43.

<sup>384</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 53.

<sup>385</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 80.

<sup>386</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 100.

<sup>387</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 221.

el fenómeno criminal se explica como “una respuesta individual y políticamente inadecuada”<sup>388</sup> al modelo producción y distribución, donde la conducta desviada es una reacción ante el estado de injusticia generada por la inequitativa distribución de recursos y oportunidades.<sup>389</sup> Mientras que la criminalidad de los poderosos debe ser estudiada bajo la óptica de los “*procesos legales y procesos ilegales de la acumulación y de la circulación de capital*”.<sup>390</sup> Incluso llega a sostener que la existencia misma de la criminalidad va vinculada al tipo de sociedad, por ello vaticina que la delincuencia solo desaparecerá cuando exista un traspaso de la sociedad capitalista hacia el socialismo.<sup>391</sup>

### 2.1.2 Escuela abolicionista

En la esfera de las repercusiones sociales el pensamiento de Hulsman conlleva dos (2) conceptos relevantes para el minimalismo: (a) Destrucción de los vínculos sociales y (b) la noción de muerte.

#### a) Destrucción de los vínculos sociales

Para el abolicionismo el sistema penal genera una ruptura en los lazos de convivencia social.<sup>392</sup> Utiliza un caso personal, tres robos sucesivos en su casa, para graficar la diferencia que existe cuando las partes enfrentan el problema,<sup>393</sup> inmiscuyen a sus núcleos cercanos, buscan restaurar las relaciones y reparar los daños.<sup>394</sup>

El ejemplo le permite desarrollar varios niveles de crítica: El primero relacionado con el *(i) método para la solución de conflictos*. El proceso que describe podría resumirse en los siguientes términos: toma un hecho, lo descontextualiza, lo

---

<sup>388</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 213.

<sup>389</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 167.

<sup>390</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 213.

<sup>391</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 221.

<sup>392</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 124-126.

<sup>393</sup> Lock Hulsman, *La criminología crítica y el concepto de delito*, p. 125.

<sup>394</sup> Lock Hulsman, *Alternativas a la justicia penal*,

“[http://www.alfonsozabrano.com/louk\\_hulsman/hulsman.htm](http://www.alfonsozabrano.com/louk_hulsman/hulsman.htm)”, (Consultado el 26 de noviembre de 2011).

congela en un espacio y tiempo determinado, se desentiende de la historia de vida de sus actores y lo juzga en relación exclusiva con ese hecho frente a una definición previa.<sup>395</sup>

El segundo nivel, hace referencia al *(ii) trato a los involucrados*. Con respecto al infractor anota que se lo se lo margina del conflicto, de su medio habitual y de las personas que se sienten víctimas de su acción. De manera similar a la víctima se lo margina del conflicto y de la persona que fue su agresor.<sup>396</sup> Este proceso elimina la oportunidad de que los actores y el núcleo social cercano se ocupen del conflicto y de la reconstrucción de las relaciones quebrantadas.<sup>397</sup>

Escenario que le sirve para reflejar un último costo la *(iii) pérdida de la capacidad creativa de los actores* de las distintas instancias del sistema penal. Un modelo que no se hace cargo del problema, facilita el fraccionamiento de tareas, la especialización de los actores, poca comunicación y comprensión entre los funcionarios y un cumplimiento de tareas personales sin hacerse cargo del resultado global.<sup>398</sup>

#### **b) La muerte como elemento vinculado al sistema penal**

Si bien no se sostiene que sea un pilar conceptual del pensamiento de Hulsman, debido a que no llega a desarrollarlo, existe un dato llamativo, en ciertas partes de su obra se refiere al sistema penal como “empresa de muerte”.<sup>399</sup> Con los datos existentes no se puede aseverar que el pensamiento de Zaffaroni haya adoptado esta premisa,<sup>400</sup> pero dado el influjo ejercido por Hulsman se lo considera un antecedente.<sup>401</sup>

---

<sup>395</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 75-77.

<sup>396</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina: primer informe*, Buenos Aires, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1984, p. 52.

<sup>397</sup> Lock Hulsman, *El paradigma abolicionista*.

<sup>398</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 46-49.

<sup>399</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 125.

<sup>400</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 15-18

<sup>401</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 124-125.

## 2.2 Trascendencia

Premisas marxistas y abolicionistas han tenido un *influjo* relevante en la postura de Zaffaroni sobre el impacto del sistema penal en la esfera social. Por ejemplo, la concepción del sistema penal como herramienta de imposición de clases,<sup>402</sup> la explicación criminal de acuerdo al extracto social a que pertenece y la ruptura de vínculos sociales tienen su origen en la postura de Baratta.<sup>403</sup> En el caso del abolicionismo, su influencia se ubica en elementos conceptuales tales como: la confiscación del conflicto a las partes, ruptura de vínculos sociales e incluso construcción realizada sobre el resultado muerte. Este último concepto adquiere el sitial de elemento definitorio del sistema penal, no presente en el pensamiento de Hulsman.<sup>404</sup>

## 2.3 Crítica

Por la trascendencia del marxismo en el pensamiento de Zaffaroni, se decidió realizar un estudio diferenciado. Motivo por el cual esta crítica se dividirá en 2 componentes: (2.3.1) escuela marxista y (2.3.2) escuela minimalista.

### 2.3.1 Escuela marxista

La crítica de esta escuela se compone de tres (3) elementos: (2.3.1.1) Enfoque materialista de la criminalidad y (2.3.1.2) Etiología criminal. Para terminar con un análisis de las (2.3.1.3) repercusiones en el tesis minimalista.

#### 2.3.1.1 Enfoque materialista de la criminalidad

La presente crítica se basa en que la explicación materialista del fenómeno criminal posee una construcción lógica imperfecta, porque para estructurar su teoría parte de una muestra no representativa de infracciones y de ella induce una regla general

---

<sup>402</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 283-289.

<sup>403</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 16-17.

<sup>404</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 125.

no aplicable a la diversidad delictiva.<sup>405</sup> Como método para sustentar esta refutación se pondrá a prueba su aplicabilidad en esferas distintas a la originaria.

El marxismo parte de un *enfoque materialista*, donde la razón de la conducta desviada, se basa en la desigual distribución de las oportunidades y los medios de producción.<sup>406</sup> Para fundamentar su tesis, realiza a lo largo de su obra una confrontación de las infracciones contra la propiedad, propias de las clases bajas<sup>407</sup> y los delitos económicos vinculados a los poderosos.<sup>408</sup> Sin negar la relevancia de estas infracciones, si se analiza la naturaleza de ambas clases de delitos, resulta difícil imaginar otras esferas delictivas cuya naturaleza apunte mejor la incidencia del factor económico.<sup>409</sup>

La debilidad se ubica en la representatividad de su muestra, la gran mayoría de tipificaciones no tienen una vinculación directa con el factor económico. Motivo por el cual, la mayoría de las variantes delictivas no encuentran una explicación adecuada.<sup>410</sup> Por ejemplo, si como referente se toman los delitos sexuales, contra la vida y contra el honor, ¿será que la totalidad de este tipo de delitos o al menos una parte significativa se explican por la distribución de la riqueza?

El estudio parte de esferas marginales y no representativas del universo delictivo, saca consecuencias y sin un examen de aplicabilidad generaliza resultados.<sup>411</sup> Este discurso incurre en un error de coherencia encasillado dentro de la falacia casuística. De la misma manera también se inserta en la falacia de generalización precipitada, porque si bien los casos conducen a esta conclusión pero al no ser representativos del Universo, sus premisas no sostienen la consecuencia que arguye.

---

<sup>405</sup> Nils Christie, *Una sensata cantidad de delito*, Buenos Aires, Editores del puerto, 2004, p. 8-9.

<sup>406</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 170.

<sup>407</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 209-210.

<sup>408</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 283-289.

<sup>409</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 459.

<sup>410</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 213.

<sup>411</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 209-210.



### 2.3.1.2 Etiología criminal

La presente crítica se dirige a dos (2) componentes del pensamiento de Baratta:

#### a) Refutación marxista del determinismo

Esta crítica a la tesis de Baratta se elabora sobre dos pasos: la (i) generalización de la calificación de determinista a todas las escuelas anteriores al interaccionismo simbólico y, la (ii) refutación al determinismo.

**(i) Generalización de la calificación de determinista.-** La premisa de Baratta es que la escuela de la reacción social produce un cambio de paradigma, al problematizar sobre la creación de la norma, llega a demostrar que no se trata de un proceso inocuo, en el converge un juego de poderes. Todas las restantes escuelas al partir de un concepto de ley dado, practican bajo diversos enfoques explicaciones deterministas de porque la persona se “desvía”.<sup>412</sup>

La crítica a esta tesis se basa en que el autor realiza una *generalización injusta*, debido a que refuta a una variedad de tendencias de pensamiento, sin haber demostrado que efectivamente son deterministas. El no considerar a la ley como un hecho preconstituido, no es una premisa suficiente para fundamentar el carácter determinista. Por ejemplo, se puede no problematizar sobre la norma y practicar una explicación basada en una conjunción de factores coadyuvantes de carácter genético, social, ambiental y con influjo del azar, sin incurrir en una postura determinista.<sup>413</sup>

Esta construcción imperfecta adquiere trascendencia en el pensamiento de Baratta porque le sirve como referente para refutar a todas las líneas de pensamiento anteriores a la escuela de la reacción social: la concepción clásica del Derecho penal, positivismo, psicoanálisis, estructural funcionalismo y teoría de las subculturas. Es curiosa la refutación a esta última, porque la visión del relativismo en la creación de la

---

<sup>412</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 22-23.

<sup>413</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 22-23.

ley, atribuida por Baratta al interaccionismo simbólico, es una recepción del pensamiento de Shuterland aceptada por el propio Becker.<sup>414</sup>

Para el análisis de este factor es conveniente diferenciar varios *niveles*: el primero, relacionado con agrupar sin una justificación previa a todo un conjunto de concepciones diversas.<sup>415</sup> En este caso el problema no puede ser reducido a un tema de profundidad en el análisis, debido a que si resultaría obvio el identificar la naturaleza asignada, se podría justificar esta deficiencia bajo la premisa de que por ser clara su adscripción no demanda justificación. Pero, el buscar los motivos para considerar deterministas a estas escuelas resulta una labor en extremo complicada. Por ejemplo, la concepción clásica del Derecho penal basada en la libertad del ser humano<sup>416</sup> o la postura de los contactos diferenciales cuyo postulado central es la pertenencia a una cultura con valores propios, no se comprende cuál es el motivo de imputación.<sup>417</sup>

El segundo nivel, se produce cuando el autor utiliza una calificación única para toda una escuela, sin matizar su crítica respecto a cada autor.<sup>418</sup> Es cierto que el positivismo tiene entre sus integrantes algunos de los exponentes a quienes de mejor manera les calza la adscripción de deterministas; sin embargo hay otros donde es más que dudosa su adscripción. Por ejemplo, junto al elemento central de esta escuela que se ubica en el factor fisiológico, hay autores que aceptan el influjo de elementos como el contexto social, interacción que de por sí le aleja de una postura determinista.<sup>419</sup>

---

<sup>414</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, Buenos Aires, Siglo veintiuno, p. 170-171.

<sup>415</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, 84.

<sup>416</sup> César Beccaria, *Tratado de los delitos y las penas*, 18 ed., México, Porrúa, 2010, p. 8.

<sup>417</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 22-23.

<sup>418</sup> Cesar Lombroso, *Los anarquistas*, "[http://www.hommodolars.org/web/IMG/pdf/Lombroso\\_los\\_anarquistas.pdf](http://www.hommodolars.org/web/IMG/pdf/Lombroso_los_anarquistas.pdf)", (19 de septiembre de 2012).

<sup>419</sup> Antonio Garcia-Pablos, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, 3 ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 111.

El tercer nivel, hace referencia a generalizar esta etiqueta a todo el pensamiento de un autor. Si se parte del autor que podría ser considerado como el paradigmático del determinismo, César Lombroso, resulta que un análisis detallado de su pensamiento revela que esta etiqueta se aplica con mayor claridad a ciertas esferas de su pensamiento frente a otras.<sup>420</sup> Por ejemplo, en su célebre categoría del criminal nato parece clara la adscripción determinista. Sin embargo, si se intenta utilizar esta etiqueta para la categoría se aplica a los delincuentes que encasilla en los “suicidas indirectos” el ejercicio es complejo. En esta tipología encasilla crímenes contra las máximas autoridades del Estado y recoge caracteres tan variados entre sus autores, que resulta imposible practicar una lógica determinista.<sup>421</sup>

En *resumen* existe una generalización en cascada, donde se desacredita por deterministas a escuelas que no les es aplicable el calificativo; a autores que a pesar de compartir una línea de pensamiento con autores deterministas, su pensamiento no presenta este carácter; por último, esferas del pensamiento de un autor que no comparten esta naturaleza, pero que resultan refutadas porque en otros ámbitos si se adscriben a esta tendencia.<sup>422</sup> Una descalificación global destinada contra todos aquellos que no comparten la concepción del interaccionismo simbólico, incurre en el problema lógico denominado falacia de ataque personal.<sup>423</sup> Además que por tomar la peor versión posible de las teorías incurre en la falacia del muñeco de paja.

**(ii) Refutación al determinismo.-** Esta crítica se basa en que una vez agrupadas bajo la etiqueta de deterministas, sin una adecuada fundamentación las refuta por su propia pertenencia a esta categoría. Desde el punto de vista científico la pertenencia a una categoría de por si no es causa de impugnación. El desacreditarlas demanda

---

<sup>420</sup> Cesar Lombroso, *Los anarquistas*.

<sup>421</sup> Cesar Lombroso, *Los anarquistas*.

<sup>422</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 22.

<sup>423</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 84.

demostrar porque su propuesta no explica el fenómeno criminal de una manera adecuada o al menos el constatar que el fenómeno criminal demanda de una explicación relativista. A pesar de que quien escribe coincide con que una explicación determinista, no es la más adecuada para el fenómeno criminal, esta convergencia de criterios en nada afecta a que la propuesta de Baratta tenga un problema de construcción: la premisa de ser un pensamiento determinista, no permite concluir que es inadecuada para explicar el fenómeno criminal. Incurre en la falacia de generalización precipitada.<sup>424</sup>

#### **b) La teoría causal explicativa marxista y el determinismo**

Esta crítica se basa en una contradicción, la postura materialista de Baratta se adscribe a la categoría de determinista, a pesar que esta pertenencia fue causa suficiente para desacreditar cualquier postura.<sup>425</sup> Para efectos de fundamentar la imputación realizada a la tesis de Baratta, se buscará detectar cuáles son los factores que determinan el surgimiento del fenómeno criminal.

Se tiene conciencia de que Baratta no acepta una relación mecánica, esto es que el hecho de pertenecer a una u otra clase determinada, implique necesariamente que el sujeto adopte un tipo de conducta desviada. De hecho, se reconoce que en su mismo texto explicita el rechazo a este automatismo.<sup>426</sup>

El problema surge porque esta declaración no es compatible con su desarrollo posterior. En el momento que plantea una tesis explicativa monofactorial; esto es con un único factor que determina la existencia de una conducta desviada y excluye cualquier otra opción explicativa, necesariamente cae en una postura determinista.<sup>427</sup> Si un fenómeno se deriva de una sola variable, existe una relación de dependencia directa.

---

<sup>424</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 83-87.

<sup>425</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 165.

<sup>426</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p 213.

<sup>427</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 12.

El negar cualquier posibilidad de entender este fenómeno desde otra perspectiva, de manera adicional convierte a esta tesis en irrefutable y por concepto la lleva fuera de la esfera científica.<sup>428</sup> Desde el momento que excluye la posibilidad de entender el acto criminal desde cualquier otra perspectiva, se convierte en un dogma.<sup>429</sup> En la fundamentación de esta tesis existe un problema de construcción lógica, porque realiza la afirmación de que el fenómeno criminal debe ser entendido desde la óptica materialista y sin mediar una justificación de esta tesis, procede a refutar toda postura que no cumpla con su premisa. Este argumento en este sentido incurre en la falacia de petición de principio.<sup>430</sup>

La mejor interpretación posible de la tesis de Baratta, consiste en entender que su crítica se dirige a la ausencia del componente, pero no excluye la posibilidad de que converjan otros factores. Lamentablemente esta postura no puede aceptarse por haber un problema de compatibilidad con su texto. Por razones de espacio se destacarán tres elementos de confrontación: (i) el primer antecedente tiene un carácter relativo, el uso constante de refutaciones absolutas y terminología tajante, hace que su postura sea poco compatible con la versión analizada.<sup>431</sup>

(ii) Si como referente se toma, el vaticinio de que el paso a una sociedad socialista permitirá conseguir la desaparición del fenómeno criminal, se confirma la no existencia de otro factor. Porque si un cambio en la conformación económica de la sociedad genera la desaparición del fenómeno criminal, es porque el delito tiene una dependencia directa de la situación económica.

---

<sup>428</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 53.

<sup>429</sup> Marcel Aebi, *Crítica de la Criminología crítica: Una lectura escéptica de Baratta*, "[http://www.uns.edu.ar/programa/ediciones/edicion2/02\\_edicion2.pdf](http://www.uns.edu.ar/programa/ediciones/edicion2/02_edicion2.pdf)", (Consultado el 3 de febrero de 2012).

<sup>430</sup> Richard Ortiz, *Lógica*, Quito, Publiconti, 1994, p. 40 - 41.

<sup>431</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 21-165

(iii) Como se recordará Baratta propuso un enfoque bicéfalo para comprender el fenómeno criminal: en el caso de los pobres debía ser visto como “*una respuesta individual y políticamente inadecuada*”<sup>432</sup>, mientras que para los pudientes debía estudiarse bajo el arquetipo de los “*procesos legales y procesos ilegales de la acumulación y de la circulación de capital*”.<sup>433</sup> Si es dudoso un enfoque diferenciado en virtud de la clase social, resulta inadmisibles cuando se verifica que no se trata de simples ángulos de aproximación al fenómeno, en realidad son verdaderos paradigmas que conllevan en sí mismos la respuesta deseada. Al no existir la posibilidad de que un factor distinto que genere un resultado diverso, la postura es determinista.

### 2.3.1.3 Repercusiones en la tesis minimalista

La crítica realizada en este capítulo al (2.3.1.1) enfoque materialista de la criminalidad y (2.3.1.2) etiología criminal, repercute sobre la esencia de la tesis de Zaffaroni, porque incide en la razón de ser del sistema penal en su concepción. La tesis de que la finalidad del sistema penal es garantizar los intereses de clases y en nuestro margen, responden al poder planetario y a las minorías “proconsulares”, presenta la insuficiencia explicativa referente a la mayor parte de tipos delictivos.<sup>434</sup>

Esta realidad permite explicar una paradoja, el motivo por el a pesar de que el marxismo y el minimalismo elaboran tesis comprometidas con las clases más desposeídas, sin embargo en el Ecuador y en la región las demandas de este sector van en dirección precisamente contraria a la disminución punitiva propuesta.

El haber partido de un enfoque sesgado, impide que esta línea de pensamiento tenga una respuesta satisfactoria para múltiples esferas, entre ellas el ámbito nuclear de los delitos, tales como: los que afectan a la vida, integridad física y libertad sexual.<sup>435</sup>

---

<sup>432</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 213.

<sup>433</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 213.

<sup>434</sup> Eugenio Zaffaroni, *Minorías y poder punitivo*, p. 84.

<sup>435</sup> Juan Rousseau, *El contrato social*, Medellín, Comedia de papel, 1996, p. 15-16.

Esta distorsión genera un abismo con el sector que pretenden defender, porque temas como estos son prioritarios para los desposeídos.<sup>436</sup> De hecho, no es raro que sus demandas sean mayores que las de las clases pudientes, porque normalmente por sus condiciones de vida suelen estar más expuestos al dolor que conlleva ser víctima de un delito.<sup>437</sup>

Incluso en los delitos contra la propiedad, escogidos como representativos de la clase proletaria se presentan problemas. De acuerdo al marxismo delitos como el hurto y el robo debería eliminarse de manera prioritaria; sin embargo, estos supuestos están entre los que más preocupan a los que menos tienen.<sup>438</sup> En el próximo Libro se analizará como una reforma que afectó a la protección penal en este tipo de infracciones, consolidó un rechazo interclasista sin precedentes.<sup>439</sup> El sistema penal, tiene por finalidad evitar un estado de conflictividad general, donde la regla tiende a ser que la resolución del conflicto queda confiada a una medición de fuerza.<sup>440</sup> Es por eso que los menos poderosos tienden a sentir lealtad con esta herramienta social.<sup>441</sup>

Los seguidores de la corriente marxista, coinciden en que el sistema penal rompe la solidaridad de clase y crea problemas internos en el proletariado.<sup>442</sup> Si el único enfoque es la visión de clases, esta afirmación es válida, porque el delito es un elemento que confronta de manera intensa a miembros de las clases menos favorecidas. Pero si se amplía el espectro de análisis, se puede notar que esta realidad no tiene que ver con el sistema penal, cuando una persona ataca a bienes tan preciados de otra, no hay

---

<sup>436</sup> Thomas Hobbes, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica civil*, p. 138-139.

<sup>437</sup> Ralph Dahrendorf, *La cuadratura del círculo: Bienestar económico, cohesión social y libertad política*, México D.F., Fondo de cultura económica, 1996, p. 53-54.

<sup>438</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 283-289.

<sup>439</sup> Thomas Hobbes, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica civil*, p. 103.

<sup>440</sup> Thomas Hobbes, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica civil*, p. 102-105.

<sup>441</sup> Thomas Hobbes, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica civil*, p. 101-102.

<sup>442</sup> Michael Foucault, *Microfísica del poder*, p. 64.

solidaridad de clase ni espíritu de pertenencia que sirva. Hay factores que aglutinan y diferencian a las personas bastante más que su capacidad económica.<sup>443</sup>

### 2.3.2 Escuela minimalista

Esta crítica se basa en las dos (2) nociones básicas del minimalismo: (a) la vinculación del resultado muerte con el sistema penal<sup>444</sup> y (b) la imputación de que el sistema penal realiza un genocidio en acto.<sup>445</sup> No se trata de dos argumentaciones independientes, la segunda es consecuencia de la primera.

#### a) El resultado muerte y el sistema penal

Zaffaroni considera que el sistema penal es responsable de un sin número de muertes, percibe tan alta su incidencia que la llega a ubicar en la categoría de un elemento estructural del sistema penal. Esta crítica consta de dos (2) componentes:<sup>446</sup>

**(i) El control social como responsable del resultado muerte.-** La tesis que se sostiene en esta crítica, consiste en que la argumentación de Zaffaroni referida a la *imputación del resultado muerte*, presenta dos (2) problemas que ya fueron analizados en el capítulo I (1) límites del sistema penal e (2) intensidad del control social estatal pero en un grado mayor.<sup>447</sup>

Como se recordará a pesar de que en el concepto de pena adopta dos posturas diversas, ambas terminan por conllevar un problema de coherencia con los *límites del sistema penal*. Debido a que la definición restrictiva excluye su pilar conceptual, el Derecho penal parainstitucional; en tanto que la concepción amplia no soporta una

---

<sup>443</sup> Ralph Dahrendorf, *El conflicto social moderno: ensayo sobre la política de la libertad*, Madrid, Mondadori, 1990, p. 189.

<sup>444</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 4.

<sup>445</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 96-97.

<sup>446</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 26.

<sup>447</sup> Carlos Nino, *Los escritos de Carlos Nino*, Buenos Aires, Gedisa, 2007, p. 140-141.



confrontación con la realidad, porque se llega al absurdo de que cualquier acto de violencia privado es imputable al sistema penal.<sup>448</sup>

El tomar como base una crítica general y aplicarle a un fenómeno particular en principio es un ejercicio válido, pero demanda comprobar si las conclusiones extraídas sobre el ejercicio del control social como género, no sufren distorsiones relevantes al aplicarlas a la especie: resultado muerte. En este caso el elemento determinante para la crítica era la inclusión de supuestos que no quepan en el concepto restrictivo, esto es que tengan la naturaleza de “consecuencia jurídica”.

Una revisión al extracto que se reprodujo sobre los diversos tipos de muerte atribuidos al sistema penal, hace evidente que al menos el problema detectado en el control social general es de igual magnitud al que se presenta con respecto al resultado muerte. Porque existe una imposibilidad de compatibilizar una gama tan dispersas de muertes con cualquier concepto de sistema penal que excluya la violencia privada.<sup>449</sup>

Pero en este caso concreto, hay razones para creer que la situación incluso es más grave, debido a que hay párrafos donde el sistema penal pasa a ser responsable de muertes por motivos que demandan de *complejas construcciones*.<sup>450</sup> Por ejemplo, se le imputa ese resultado, por constituir un pilar que sostiene una estructura social y política, donde existe indiferencia ante las necesidades de los sectores más vulnerables, actitud que ha generado la ausencia de políticas públicas que generan muertes:<sup>451</sup>

Las agencias del sistema penal ejercen su poder para controlar un marco social cuyo signo es la muerte masiva. Cálculos provenientes de fuentes insospechadas establecen que en nuestra región mueren alrededor de doscientos mil niños durante su primer años de vida por efecto de elementales carencias alimentarias o sanitarias; un

---

<sup>448</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 97-98.

<sup>449</sup> Carlos Nino, *Los escritos de Carlos Nino*, p. 139-140.

<sup>450</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 97-98.

<sup>451</sup> Carlos Nino, *Los escritos de Carlos Nino*, p. 139.

número igual o mayor sobreviviera pero jamás alcanzará su completo desarrollo biopsíquico debido a las secuelas de las mismas carencias.<sup>452</sup>

En conjunto, se constata que el deseo de abarcar todo tipo de resultado muerte dentro del ámbito de responsabilidad del Derecho penal,<sup>453</sup> termina por producir un problema de coherencia interna en su discurso. Realidad que conlleva la inexistencia de un objeto definido de estudio y la imposibilidad de considerar este argumento.<sup>454</sup>

**(ii) La fuente estadística y el resultado muerte.-** Para efectos de argumentar la magnitud del resultado muerte producto del funcionamiento del sistema penal, utiliza de manera reiterada cifras estadísticas que apoyan sus afirmaciones,<sup>455</sup> por ejemplo con respecto al sistema penal manifiesta: “Causan más muertes que la totalidad de los homicidios dolosos entre desconocidos cometidos por particulares”,<sup>456</sup> “En cuanto a los delitos de tránsito, al menos en nuestro margen... permanece indiferente e inactivo frente a la muerte de un millón de personas”,<sup>457</sup> “cerca del 90% de las causas por muertes y lesiones culposas terminan por archivo”,<sup>458</sup> “hay cálculos aterradores: con cada tres o cada cinco personas que nacen uno es abortado”,<sup>459</sup> “en América latina al menos sectorialmente se ha logrado superar el tradicional record de suicidios de Suecia”,<sup>460</sup> “el mayor número históricamente ha sido cometido por el Estado y casi

---

<sup>452</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 4.

<sup>453</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 97-98.

<sup>454</sup> Carlos Nino, *Los escritos de Carlos Nino*, p. 139.

<sup>455</sup> Carlos Nino, *Los escritos de Carlos Nino*, p. 139-140.

<sup>456</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 4.

<sup>457</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 85.

<sup>458</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 97.

<sup>459</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 97.

<sup>460</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 108.

nunca llegó al conocimiento de las agencias judiciales”.<sup>461</sup> La totalidad de referencias a pesar de las implicaciones que conllevan, no existe cita de la fuente.<sup>462</sup>

Al elaborar esta crítica se pensó en dejar de lado este problema metodológico, de hecho no se había tocado este tema en los restantes tópicos donde existe similar omisión, debido a que la razón de ser de este estudio en los dos (2) primeros Libros no es analizar el texto de la propuesta, si no determinar su aplicabilidad en el Ecuador, enfoque que hace que no toda inconsistencia necesariamente sea relevante.<sup>463</sup> Sin embargo, en el caso concreto existen diferencias marcadas entre la realidad que describe con la que se palpa en el funcionamiento diario del sistema penal,<sup>464</sup> realidad que no permite pasar por alto este problema y dejar de problematizar su validez.<sup>465</sup>

De manera adicional, si el enfoque se enmarca en la estructura de la fundamentación, se puede constatar que conlleva implicaciones que van más allá de cada dato puntual. El concepto analizado de la tesis de Zaffaroni se sostiene en dos pilares, la argumentación sobre la relación entre el sistema penal con la muerte y los datos estadísticos.<sup>466</sup> Si el primer pilar no soporta constatación por ausencia de un objeto definido, resulta que las cifras se convierten en el único pilar que puede soportar la construcción de su tesis. De manera lamentable, el ejercicio de confrontación de su fiabilidad no puede ser realizado por ausencia de fuente.<sup>467</sup>

Dado que este Libro tiene por finalidad analizar los postulados de la tesis de Zaffaroni, desde el punto de vista metodológico se tiene consciencia que bastaría con el estudio realizado hasta este punto. Pero por un tema de claridad, no resulta conveniente

---

<sup>461</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 200.

<sup>462</sup> Carlos Nino, *Los escritos de Carlos Nino*, p. 139-140.

<sup>463</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 94-95.

<sup>464</sup> Robert Merton, *Teoría y estructura sociales*, p. 124-131.

<sup>465</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 4.

<sup>466</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 97-98.

<sup>467</sup> Carlos Nino, *Los escritos de Carlos Nino*, p. 139-140.

cerrar este apartado, sin una revisión al menos sumaria de la situación real del control social parainstitucional ecuatoriano y su vinculación con el resultado la muerte.

En nuestro país existe una fuente estadística que goza de confiabilidad, como es la Comisión de la Verdad y que recoge datos referidos a los resultados muertes imputables a agentes estatales e incluso atentados contra la vida.<sup>468</sup> Se tiene conciencia que estas estadísticas pueden ser atacadas por la existencia de una cifra negra, factor de distorsión que podría disminuir la real incidencia de violaciones; se asume esta limitación porque por concepto es imposible evitar esta alteración en este tipo de fuentes y hasta el momento no se encontrado mecanismo para eliminarla.<sup>469</sup> Desde la perspectiva contraria, se puede sostener que esta fuente recoge únicamente denuncias de los perjudicados, por tanto al no existir una labor de constatación existe la posibilidad que resulten exagerados los resultados, este cuestionamiento también tiene fundamento.

A pesar de las limitaciones anotadas, es conveniente poner sobre la mesa al menos un referente que en algo refleje la realidad. La Comisión de la verdad recogió denuncias de detenciones ilegales, tortura, violencia sexual, ejecución extrajudicial, atentado contra la vida y desaparición forzada, en total fueron 456 el número de víctimas que sufrieron una o varias de estas violaciones. De este universo, la incidencia del resultado muerte se recoge en el primer cuadro, en el segundo para que no haya ningún sesgo se recogen las desapariciones forzadas dada la posibilidad que este resultado haya sucedido, mientras que en el tercero si bien el resultado no se produce pero por existir la intencionalidad también se incluye:<sup>470</sup>

#### **Gráfico 5**

##### **Título: Número de ejecuciones extrajudiciales por año**

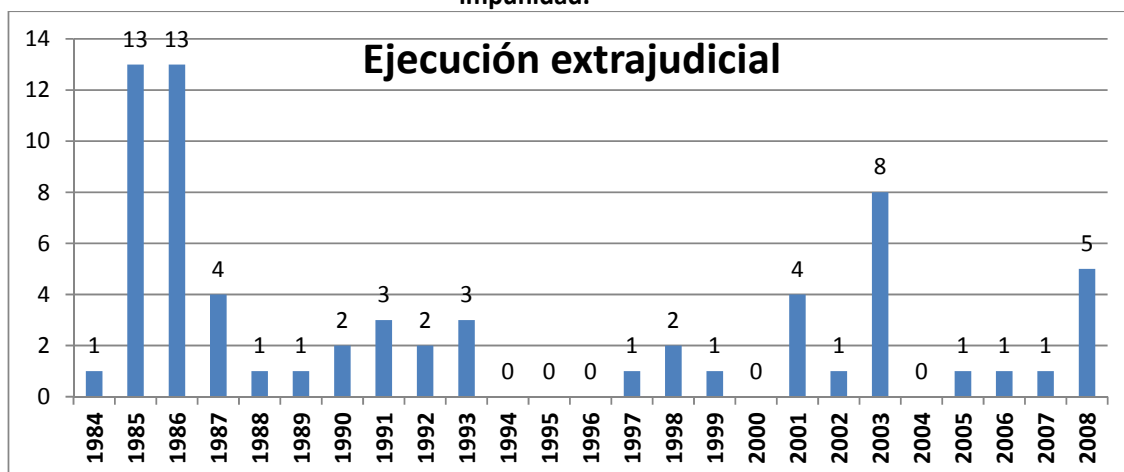
---

<sup>468</sup> Comisión de la Verdad: ni silencio ni impunidad, *Informe de la Comisión de la Verdad Ecuador 2010. Sin verdad no hay justicia. Resumen ejecutivo*, p. 57.

<sup>469</sup> Eugenio Zaffaroni, "Investigación sobre delincuencia", en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, No. 8, San Sebastián, Instituto Vasco de criminología, 1994, p. 93-94.

<sup>470</sup> Comisión de la Verdad: ni silencio ni impunidad, *Informe de la Comisión de la Verdad Ecuador 2010. Sin verdad no hay justicia. Resumen ejecutivo*, p. 57.

Fuente: Elaboración propia. Datos de la Comisión de la Verdad. Ni silencio ni impunidad.<sup>471</sup>



<sup>471</sup> Comisión de la Verdad: ni silencio ni impunidad, *Informe de la Comisión de la Verdad Ecuador 2010. Sin verdad no hay justicia. Resumen ejecutivo*, p. 57.

Gráfico 6

Título: Número de desapariciones forzadas por año.

Fuente: Elaboración propia. Datos de la Comisión de la Verdad. Ni silencio ni impunidad.<sup>472</sup>

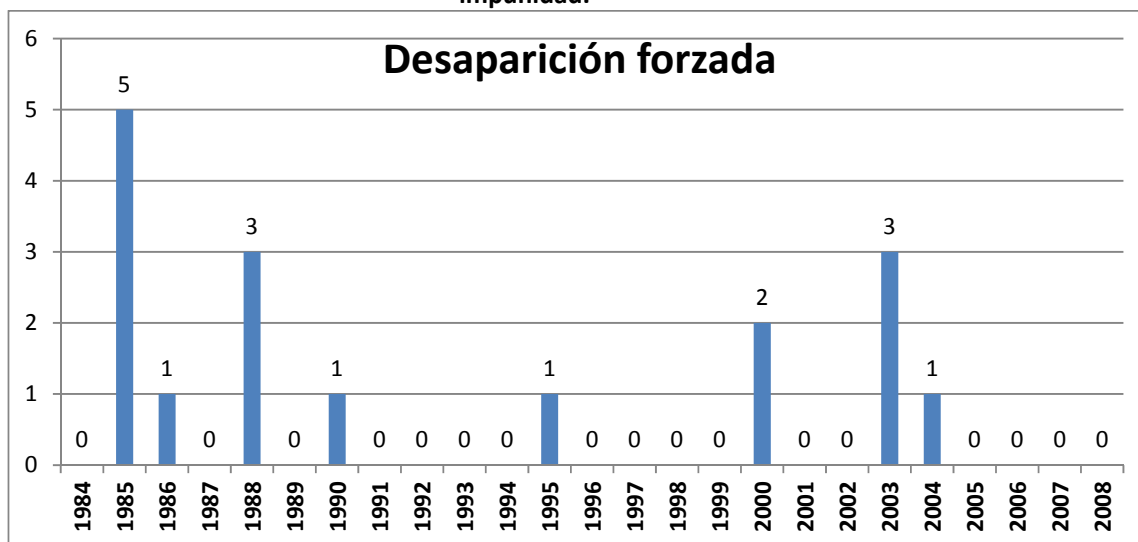
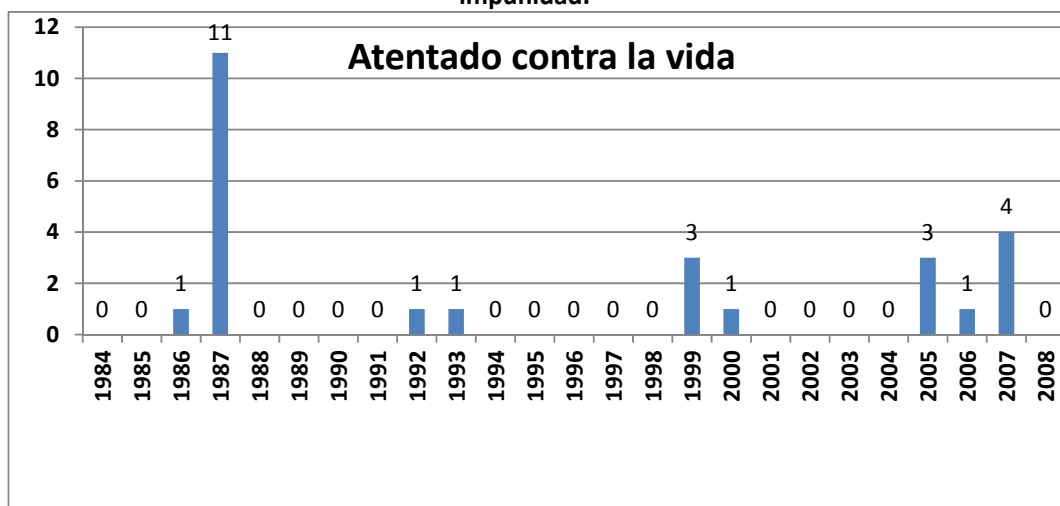


Gráfico 7

Título: Número de atentados contra la vida por año.

Fuente: Elaboración propia. Datos de la Comisión de la Verdad. Ni silencio ni impunidad.<sup>473</sup>



<sup>472</sup> Comisión de la Verdad: ni silencio ni impunidad, *Informe de la Comisión de la Verdad Ecuador 2010. Sin verdad no hay justicia. Resumen ejecutivo*, p. 57.

<sup>473</sup> Comisión de la Verdad: ni silencio ni impunidad, *Informe de la Comisión de la Verdad Ecuador 2010. Sin verdad no hay justicia. Resumen ejecutivo*, p. 57.

Las cifras son claras al momento de evidenciar que no soportan la aseveración de que las violaciones de derechos humanos con resultado muerte, puedan justificar el que se las considere como un pilar estructural del funcionamiento del sistema penal.<sup>474</sup> Incluso si se aceptase que en todas ellas hubo responsabilidad de los agentes estatales, que se produjo la muerte,<sup>475</sup> y para palear el influjo de la cifra negra se elevaría al doble o triple las cifras, los resultados estadísticos seguirían sin justificar tal adscripción.<sup>476</sup>

En lo absoluto se justifica la existencia de actos execrables de abuso estatal, la sola existencia de uno solo es preocupante y un Estado democrático debería garantizar su no repetición.<sup>477</sup> Pero este repudio y la indignación que de manera justificada producen violaciones contra la vida, no justifican el que en un estudio académico se incluya este carácter como un elemento definitorio del sistema penal.<sup>478</sup>

De manera adicional estas cifras permiten elaborar una hipótesis más sólida, si se compara el período inicial 1984-1988 en total de 5 años, con los restantes 20, resulta que a pesar de ser un lapso temporal 4 veces menor llegan a cifras muy cercanas, incluso en un caso revelan una mayor incidencia de violaciones: ejecuciones extrajudiciales 9 a 8, desapariciones forzadas 32 a 36 y atentados contra la vida 12 a 14. Datos que refleja que en el Ecuador fue posible revertir en buena medida un naciente terrorismo de Estado surgido hace un par de décadas.<sup>479</sup>

Esta variación en las cifras debe ser interpretada, desde la óptica de que este período tuvo un responsable político claro, quien impuso una política de Estado de corte

---

<sup>474</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 4.

<sup>475</sup> Realidad que al menos para el Cuadro de atentados contra la vida no es cierto y en el caso de las desapariciones forzadas solo de manera parcial.

<sup>476</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 97-98.

<sup>477</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 97-98.

<sup>478</sup> Carlos Nino, *Los escritos de Carlos Nino*, p. 141.

<sup>479</sup> Comisión de la Verdad: ni silencio ni impunidad, *Informe de la Comisión de la Verdad Ecuador 2010. Sin verdad no hay justicia. Resumen ejecutivo*, p. 57.

terrorista; por tanto se debe ubicar la responsabilidad donde corresponde: un gobierno no democrático y no en el sistema penal.<sup>480</sup> Tan no es imputable al sistema penal esta distorsión, que el propio autor reconoce que es un ejercicio realizado fuera de su esfera de acción.<sup>481</sup> Se debería considerar que el sistema penal tiene un papel fundamental para combatir el terrorismo de Estado,<sup>482</sup> por tanto parecería más lógico ubicarle dentro de la solución que del problema,<sup>483</sup> e incluso, Zaffaroni de manera tácita adopta esta postura, al momento que reprocha su ineficacia para este tipo de delitos.<sup>484</sup> Es gratificante anotar que en Ecuador los primeros casos de este período han comenzado a llegar a juicio.

Esta reflexión revela un error lógico en su construcción, de la premisa de la incapacidad estatal para sancionar estos delitos y por tanto prevenirlos, extrae una causa para que el Derecho penal deba ser abolido.<sup>485</sup> El problema surge por la incompatibilidad entre su premisa y su propuesta, si le imputa la incapacidad de cumplir la labor sancionatoria es porque le considera una labor social válida, por tanto, la respuesta a esta falencia, no puede ser eliminar la herramienta que cumple esta tarea. A no ser que haya una propuesta de sustitución, la misma que en su tesis no existe.<sup>486</sup>

De manera adicional sale a relucir otro error argumental, el autor en su obra deslegitima el Derecho penal una institución del “deber ser” sobre la base de la constatación de que en la realidad no funciona bien, imprecisión lógica conocida como falacia naturalista. De hecho este caso ejemplifica de manera clara el motivo de su ilegitimidad, porque si bien puede ser la deficiencia imputable a la figura como tal,

---

<sup>480</sup> Comisión de la Verdad: ni silencio ni impunidad, *Informe de la Comisión de la Verdad Ecuador 2010. Sin verdad no hay justicia. Resumen ejecutivo*, p. 29-32.

<sup>481</sup> Eugenio Zaffaroni, *Criminología: aproximación desde un margen*, p. 15-17.

<sup>482</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 140.

<sup>483</sup> Carlos Nino, *Los escritos de Carlos Nino*, p. 141.

<sup>484</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 97-98.

<sup>485</sup> Carlos Nino, *Los escritos de Carlos Nino*, p. 139-140.

<sup>486</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 150-151.



también puede deberse a la implementación.<sup>487</sup> En este caso concreto se constata que el mal funcionamiento no es imputable al Derecho penal, sino al modo como se utilizaron los cuerpos de seguridad por parte de un régimen violento.<sup>488</sup>

#### **b) la imputación que el sistema penal es autor de un genocidio en acto**

Una de las tesis más controvertidas del autor es el imputar al sistema penal la ejecución en este momento de un genocidio en la región. La mejor interpretación posible de esta premisa lleva a plantear que el uso de esta categoría se lo hace como el cúmulo de muertes generadas por el sistema penal<sup>489</sup> y desvincularlo con el concepto técnico de este delito como un crimen de lesa humanidad.<sup>490</sup> Porque de la argumentación del autor no se desprende la intención de fundamentar cada uno de sus requisitos y dado el estándar tan elevado que demanda, se convierte en una vara muy difícil de alcanzar.<sup>491</sup>

A pesar de que se adopte la visión de genocidio, entendido solo como un número elevado de muertes producido por el sistema penal, resulta que este pilar conceptual depende de manera exclusiva de la noción que acaba de ser analizada en el punto anterior.<sup>492</sup> Al haber quedado patente la falta de un concepto definido de sistema penal, la ausencia de fuentes que sustenten la argumentación estadística que presenta y lo que es peor la falta de coherencia de esta tesis con la realidad ecuatoriana, se vuelve innecesario intentar ensayar un análisis autónomo.<sup>493</sup>

---

<sup>487</sup> Carlos Nino, *Los escritos de Carlos Nino*, p. 141.

<sup>488</sup> Comisión de la Verdad: ni silencio ni impunidad, *Informe de la Comisión de la Verdad Ecuador 2010. Sin verdad no hay justicia. Resumen ejecutivo*, p. 29-32.

<sup>489</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 96-97.

<sup>490</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 6.

<sup>491</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 96-98.

<sup>492</sup> Carlos Nino, *Los escritos de Carlos Nino*, p. 141.

<sup>493</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 96-124.

## Título II

### Propuesta político criminal

Este título tiene por finalidad recoger las principales propuestas político criminales del minimalismo.<sup>494</sup> Zaffaroni elabora su tesis sobre dos grandes componentes: el primero, una política criminal destinada a limitar el poder punitivo en el marco normativo,<sup>495</sup> esto es reducir la esfera de conflictos sometidos al sistema penal y dentro de los conflictos que quedan inmersos en este ámbito, disminuir el nivel de violencia a utilizarse.<sup>496</sup> El segundo, se relaciona con la labor de los jueces, consiste en aplicar la misma lógica de limitación del uso de la esfera penal y la violencia pero esta vez en el caso concreto.<sup>497</sup> Al ser la finalidad de los dos primeros libros de esta tesis el determinar la aplicabilidad de la ideología minimalista en nuestra legislación,<sup>498</sup> la política penal aplicable al caso concreto no será estudiada por ser ajena al objeto.<sup>499</sup>

La propuesta político criminal del Derecho penal mínimo, enfocada en limitar el Derecho penal desde la *esfera normativa*, se sostiene a su vez en dos grandes pilares: (Capítulo I) principios penales limitadores, herramienta que posee el potencial de impedir que ingrese normativa ilegítima y ser el referente para expulsar la ya existente.<sup>500</sup> (Capítulo II) el principio de mínima intervención penal, elemento central para este estudio porque marca la capacidad de la propuesta minimalista para disminuir la esfera punitiva, más allá de expulsar la legislación ilegítima.<sup>501</sup>

---

<sup>494</sup> Luigi Ferrajoli, *El paradigma del Derecho penal mínimo*, p. 61-63.

<sup>495</sup> Eugenio Zaffaroni, *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, p. 13.

<sup>496</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 194-198.

<sup>497</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 459.

<sup>498</sup> Luigi Ferrajoli, *El paradigma del Derecho penal mínimo*, p. 61-63.

<sup>499</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 460.

<sup>500</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 194-198.

<sup>501</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 458-459.

Dentro de la categoría de *principios penales limitadores*, aglutina tres (3) sectores: principios para la limitación de la violencia por carencia de requisitos formales,<sup>502</sup> principios para la limitación de la violencia por exclusión de supuestos de disfuncionalidad grosera para los derechos humanos<sup>503</sup> y principios para la limitación de la violencia por exclusión de cualquier pretensión de imputación personal en razón de su notoria irracionalidad.<sup>504</sup>

Las dos (2) últimas categorías serán marginadas del estudio, por tener como denominador común el ser aplicables al caso en concreto. En el caso de los *principios para la limitación de la violencia por exclusión de supuestos de disfuncionalidad grosera para los derechos humanos*, debido a que su finalidad es evitar una violencia desmedida en la aplicación de la norma.<sup>505</sup> En tanto que los *principios para la limitación de la violencia por exclusión de cualquier pretensión de imputación personal en razón de su notoria irracionalidad* tienen por objeto, el constatar que el caso concreto cumpla los requisitos establecidos por la “teoría general del delito”.<sup>506</sup> El siguiente cuadro da cuenta de la estructura del análisis

---

<sup>502</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 195-196.

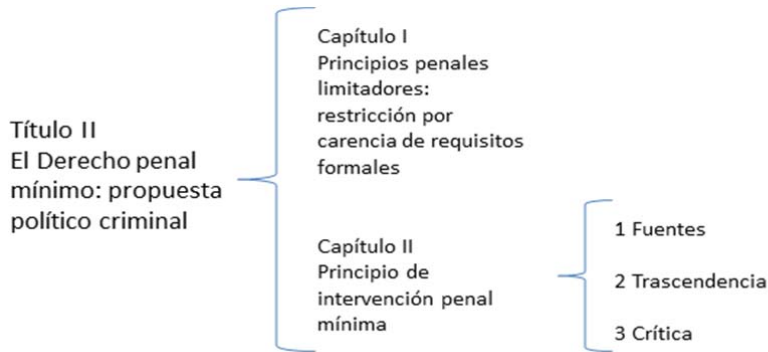
<sup>503</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 196-198.

<sup>504</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 198.

<sup>505</sup> En esta categoría incluye principios tales como: de máxima respuesta contingente, lesividad, proporcionalidad, respeto mínimo a la humanidad, idoneidad relativa, la lesividad a la víctima y trascendencia mínima de la intervención punitiva. Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 196-198.

<sup>506</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 203-222.

**Esquema 3**  
**Título: Estructura del Título II del primer Libro**  
**Fuente: Elaboración propia**



## Capítulo I

### Principios penales limitadores: restricción por carencia de requisitos formales

El paradigma que origina este conjunto de criterios es el principio de legalidad. En el fondo no constituyen un aporte conceptual sino medios para la consecución de su plena realización. En este tema el influjo de Baratta sobre el pensamiento de Zaffaroni es evidente, si se compara la concepción misma de esta categoría, así como los diversos principios que en ella incluye, llega a existir coincidencias hasta en la terminología empleada. Dado el nivel de coincidencia, para evitar reiteraciones no se ha incluido una revisión detallada de la fuente, basta dejar constancia que hubo una recepción íntegra.<sup>507</sup> Zaffaroni dentro de esta tipología engloba a cinco principios:

(i) **Principio de reserva de ley.**<sup>508</sup> Este principio impone al legislador el máximo respeto a la legalidad a las penas y sus presupuestos.<sup>509</sup> Esta exigencia conlleva

<sup>507</sup> Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, p. 304-307.

<sup>508</sup> Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, p. 305-306.

<sup>509</sup> Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho penal. Parte general*, 2a. ed., Buenos Aires, Sociedad anónima editora, 2002, p. 111-116.

la expulsión o al menos la recuperación del ejercicio del poder de los jueces, en todas aquellas esferas que siendo de naturaleza punitiva, bajo varios discursos se las ha excluido de la materia penal, como por ejemplo la esfera administrativa.<sup>510</sup>

**(ii) Principio de máxima taxatividad.-**<sup>511</sup> Este principio exige al legislador que agote los recursos técnicos para que la tipificación sea la más precisa posible.<sup>512</sup> Este principio permite limitar el uso de ciertas técnicas legislativas que otorgan márgenes para la inclusión de conductas o niveles de punición no fijados. En concreto se hace referencia a tipificaciones con pluralidad de verbos rectores,<sup>513</sup> las que demandan de construcción judicial, las administrativizaciones con naturaleza punitiva que no respetan el principio de legalidad, y las escalas de sanciones con máximos indeterminados.<sup>514</sup> Este principio en la práctica tendría un doble impacto, la expulsión directa de ciertos tipos penales o la reducción de su esfera punitiva en razón de su delimitación precisa.<sup>515</sup>

**(iii) Principio de irretroactividad.-**<sup>516</sup> Que tiene por finalidad el otorgar la posibilidad de que las personas conozcan la prohibición y la pena. Por tanto, no es posible sancionar actuaciones posteriores a la promulgación de la ley ni imponer penas más gravosas a las previstas en ese momento.<sup>517</sup>

**(iv) Principio de subordinación a la ley penal positiva.-** Conlleva “desconocer las leyes, reglamentos, decretos, ordenanzas, acuerdos, etc. que en el orden procesal, ejecutivo o administrativo, introduzcan limitaciones a derechos que no sean las

---

<sup>510</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 195.

<sup>511</sup> Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, p. 306.

<sup>512</sup> Eugenio Zaffaroni, *Derecho penal. Parte general*, p. 116-117.

<sup>513</sup> Eugenio Zaffaroni, *El enemigo en el Derecho penal*, p. 50.

<sup>514</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 195.

<sup>515</sup> Eugenio Zaffaroni, *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, p. 13.

<sup>516</sup> Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, p. 306.

<sup>517</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 195.

consecuencias necesarias e inevitables de la realización de lo dispuesto por las leyes penales”.<sup>518</sup>

(v) **Principio de representación popular.**<sup>519</sup> Limita la producción de leyes penales a la agencia legislativa con representación popular. Parámetro que expulsa del ordenamiento jurídico las normas engendradas en los regímenes de facto, con la única excepción de aquellas leyes que beneficien al procesado.<sup>520</sup>

Al tratarse de principios que gozan de amplios reconocimientos y legitimidad, se los recoge de manera íntegra. Con la aclaración de que en el principio de máxima taxatividad, no es siempre posible conseguir su plena realización, por la necesidad de ciertos márgenes interpretativos. Por ejemplo, en el delito de terrorismo.

## Capítulo II

### Principio de intervención penal mínima

Como antecedente es necesario considerar que para el autor en sociedades inequitativas como las latinoamericanas, el uso de poder, salvo excepciones, se aplica a los sectores más humildes.<sup>521</sup> Realidad que genera un incremento en los antagonismos de clases e irrita una convivencia de por sí poco pacífica.<sup>522</sup> La intervención penal siempre genera un incremento en los niveles de violencia social.<sup>523</sup>

La intervención penal mínima tiene por finalidad disminuir la violencia y crear canales de comunicación interclasistas.<sup>524</sup> Para el efecto propone dos niveles de actuación: el primero, el traslado conflictos de la esfera penal al ámbito de soluciones

---

<sup>518</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 196.

<sup>519</sup> Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, p. 307.

<sup>520</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 196.

<sup>521</sup> Samuel Huntington, *El orden político en las sociedades en cambio*, Barcelona, Paidós, 1997, p. 47 53.

<sup>522</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 459.

<sup>523</sup> Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, p. 301.

<sup>524</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 458.

alternativas, tales como respuestas reparatorias, conciliatorias y asistenciales.<sup>525</sup> El segundo, disminuir el nivel de violencia dentro de las respuestas que ofrece el sistema penal a los conflictos que quedan sometidos a su esfera de acción.<sup>526</sup>

## 1. Fuentes

Las principales fuentes del minimalismo en materia de política penal son la escuela abolicionista y marxista. En virtud de que en el caso del pensamiento de Baratta sobre este tema, conllevaría pocos elementos nuevos en relación a las referencias ya realizadas, especialmente la incluida en el numeral Capítulo IV, Título I del presente Libro, se optó por excluirlo para evitar redundar sobre conceptos ya tratados.

### Escuela abolicionista

La propuesta de Hulsman se dirige a sustituir la intervención penal por otras vías de solución del conflicto.<sup>527</sup> Su propuesta se estructura a partir de la diferenciación de: (a) conflictos individuales y (b) conflictos colectivos:<sup>528</sup>

#### a) Conflictos individuales

En esta primera categoría caben aquellos conflictos que no tienen el carácter de generales ni conllevan repercusiones que afectan a conglomerados importantes. Motivos por los cuales conviene que deban ser tratados como problemas entre particulares, donde su resolución en principio compete a las partes.<sup>529</sup>

Coherente con su postura de desconfianza hacia el Estado, como *regla general*, propone la resolución de conflictos mediante métodos cara a cara, con la discusión directa por parte de los interesados y con plena flexibilidad para la búsqueda de la solución.<sup>530</sup> No excluye la posibilidad de la intermediación de la comunidad natural en

---

<sup>525</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 458.

<sup>526</sup> Elías Neuman, *Victimología*, Buenos Aires, Universidad, 1984, p. 262-264.

<sup>527</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 60-62.

<sup>528</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 120-121.

<sup>529</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 122-124.

<sup>530</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 116.

la que surge el conflicto. Por ejemplo, los procesos pueden ser enriquecidos con la participación de las familias de los interesados, los comités barriales, las empresas, las asociaciones de profesionales y otros colectivos que se estructuran en la comunidad.<sup>531</sup>

En un segundo nivel, como *alternativa subsidiaria* ante el fracaso de los modos que denomina naturales de resolver el conflicto, plantea la alternativa de recurrir al aparato oficial y en concreto a la justicia civil. Sin desconocer su carácter de artificial, coactivo, penoso, ni descartar que pueda ser usado como medio de venganza, recurre a esta instancia por la necesidad de responder a aquellos casos donde las negociaciones no han tenido éxito. En estos supuestos se requiere la intervención estatal para reorientar las relaciones para el futuro. Admite la materia civil, porque al remplazar el criterio de culpabilidad, por una finalidad reparatoria, se gana en legitimidad.<sup>532</sup>

#### **b) Conflictos sociales**

La propuesta de Hulsman a este tipo de conflictos puede resumirse en la idea de comprender su naturaleza y buscar una respuesta acorde a su esencia. Su premisa es que son conflictos estructurales, sin que exista otra alternativa que no parta de hacerse cargo de sus causas. Cita una serie de ejemplos para enfrentar problemas recurrentes: en tránsito tiene efectos realizar modificaciones a las rutas; para disminuir robos en almacenes, autoservicios, bancos e incluso vehículos propone la instalación de dispositivos de seguridad; para ciertos fraudes plantea el uso de cheques certificados o los pagos anticipados;<sup>533</sup> para el resarcimiento de los daños se inclina por métodos preventivos, donde la reparación no dependa del criterio de culpabilidad,<sup>534</sup> sino de un sistema de manejo de riesgos, tal como sucede por ejemplo con los seguros.<sup>535</sup>

---

<sup>531</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 119-124.

<sup>532</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 60-62.

<sup>533</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 126-127.

<sup>534</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 459.

<sup>535</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 60-62.



## 2. Trascendencia

Para analizar el influjo de la escuela abolicionista en la propuesta político criminal minimalista, el estudio se basará en dos componentes: (2.1) el nivel de rigidez en la propuesta minimalista y el (2.2) principio de mínima intervención penal.

### 2.1 El minimalismo y el esquema de solución de conflictos

Para efectos del análisis que se realizará, es importante notar que la propuesta de Zaffaroni para los conflictos penales y extra penales, recepta dos fuentes con lógicas diversas en materia de flexibilidad en el método de resolución del conflicto. Para los conflictos penales recepta la propuesta de Baratta marcada por un alto nivel de rigidez, debido a que el respeto irrestricto a la ley es una herramienta central para la reducción del sistema penal.<sup>536</sup> En tanto que para los no penales, toma de Hulsman el método cara a cara, que se ubica en el extremo de flexibilidad.<sup>537</sup>

### 2.2 Principio de mínima intervención penal

Este pilar conceptual se estructura sobre dos (2) ideas presentes en el abolicionismo: la primera, visualizar al sistema penal solo como un método posible para solucionar el conflicto y no necesariamente el más eficiente.<sup>538</sup> La segunda, a la inexistencia de un tipo de conflicto que a priori no admita ser extirpado del sistema penal.<sup>539</sup> *Aportes* que son pilares en la construcción de la noción del principio de mínima intervención penal.

Para efectos de este estudio resulta de interés el detenerse sobre las *diferencias* detectadas en las propuestas del minimalismo y abolicionismo, debido a que constituirán piedra angular para la crítica a desarrollarse. En especial dos nociones: (i) el papel de la justicia civil y (ii) la propuesta referida a los conflictos colectivos.

---

<sup>536</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 195-196.

<sup>537</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 119-120.

<sup>538</sup> Concepto que como se anotó tiene un origen anterior en la escuela de la reacción social.

<sup>539</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 54-55.

(i) **El papel de la justicia civil.**- Un proceso despenalización serio demanda tener una propuesta global para la resolución de conflictos salen de la esfera penal. Dentro de la propuesta de Husman, el Derecho civil constituye la piedra de choque que impide que los casos donde no ha tenido éxito el proceso cara a cara queden sin solución. Dentro del análisis comparativo, resulta de interés la particularidad de que este elemento desaparece en la propuesta minimalista.<sup>540</sup>

(ii) **El método de resolución de conflictos colectivos.**- Hulsman parte de que los conflictos en virtud de su naturaleza individual o social ameritan un trato diferenciado. En la propuesta de Zaffaroni no parece esta diferenciación, su política penal se estructura solo en base a una concepción de conflictos individuales.<sup>541</sup>

Por el aporte que significará la lógica con la que el abolicionismo aborda los **conflictos colectivos**, en especial para la propuesta que se bosquejará en el Libro III, es de interés destacar 3 elementos: en primer lugar, el concebir que una parte importante de conflictos responden a problemas estructurales; en segundo lugar, que si realiza un adecuado diagnóstico y una propuesta que responda a las causas del conflicto, es posible disminuir la incidencia de determinadas modalidades delictivas; por último, a pesar no existe una referencia expresa, pero en su propuesta se trasluce la importancia que otorga a la creatividad para enfrentar los conflictos que hoy son penales.<sup>542</sup>

### 3 Crítica

Este título se ha estructurado sobre la base de dos ejes, (2.3.1) en la primera parte se evalúa la propuesta político criminal del abolicionismo y (2.3.2) en la segunda la escuela minimalista.<sup>543</sup>

---

<sup>540</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 147-229.

<sup>541</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 147-229.

<sup>542</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 126-127.

<sup>543</sup> Luigi Ferrajoli, *El paradigma del Derecho penal mínimo*, p. 61-63.

### 3.1 Escuela abolicionista

El presente análisis se centrará en la propuesta de Hulsman para los *conflictos individuales*, debido a que el estudio de la lógica planteada de para el manejo de los conflictos colectivos se reserva para el Libro III.<sup>544</sup> En esta esfera la propuesta se integra por dos niveles:

#### a) Métodos cara a cara

La tesis a demostrarse consiste en que el abolicionismo tiene un déficit de aplicabilidad, en razón de una debilidad en su proceso construcción, ya que parte de una muestra no representativa y de ella se induce una regla de aplicación universal.<sup>545</sup> Para fundamentar esta aseveración, se constatará si el método de resolución de conflictos que plantea, resulta efectivo para disputas de naturaleza diversa a la muestra.

Como regla general para la resolución de conflictos individuales propone la negociación cara a cara.<sup>546</sup> Utiliza el método inductivo, donde su tesis se construye sobre la base de múltiples ejemplificaciones de la efectividad de este esquema para solventar controversias. La *debilidad* radica en que los casos de estudio presenta un denominador común, el tratarse de conflictos poco graves y surgidos como producto de la convivencia cotidiana.<sup>547</sup> Por ejemplo, jóvenes que realizan actos de depredación en las casas vecinas,<sup>548</sup> destrucción de bienes ajenos,<sup>549</sup> riñas en el barrio por nuevos locales de prostitución,<sup>550</sup> e incluso utiliza conflictos no penales, como disputas entre un padre y un hijo por no bajar a comer,<sup>551</sup> vagancia,<sup>552</sup> y brujería.<sup>553</sup>

---

<sup>544</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 119-122.

<sup>545</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 122-123.

<sup>546</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 119-120.

<sup>547</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*.

<sup>548</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 92.

<sup>549</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 88-89.

<sup>550</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 94.

<sup>551</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 90.

<sup>552</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 70.

<sup>553</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 70.

El problema consiste en que la muestra de conflictos seleccionados tiene un problema de sesgo, debido a que por su naturaleza son los delitos en que se esperaría que el método propuesto mejor funcione. El bajo impacto y los vínculos que existen entre los protagonistas son factores que elevan su potencial. No existe una imagen de cómo funcionaría el procedimiento en casos de conflictos serios, como asesinatos, violaciones o delincuencia organizada. El autor parece evitar este ejercicio, porque si bien se ocupa de la violencia, en este apartado no incluye ejemplos donde su propuesta funcione. Su análisis se limita a mostrar la ineficacia del sistema penal, así como restar trascendencia a este tipo de delitos por su escasa repercusión cuantitativa.<sup>554</sup> Este último argumento hoy en día no es aplicable, porque estudios posteriores revelan que en Europa este tipo de infracciones han crecido de manera significativa.<sup>555</sup>

Si se toma un delito de la esfera opuesta, esto es con alta afectación personal y sin vínculos entre los actores,<sup>556</sup> como por ejemplo una violación por parte de un desconocido, queda patente la incompatibilidad. Este delito deja al descubierto *falencias* serias en los diversos eslabones del método propuesto, si se piensa en el *trámite*, al menos en la cultura ecuatoriana resulta bastante extraño el pensar que pueda ser la regla general una negociación cara a cara.<sup>557</sup>

Desde la perspectiva de la *respuesta*, resulta complejo reparar este tipo de daño. Incluso si se aceptase que puede existir un resarcimiento, quedan dudas de que la sola indemnización sea una respuesta justa.<sup>558</sup> Desde luego no se analiza la otra opción que consiste en reinstaurar las reglas futuras de convivencia, porque resulta un tanto cruel pensar en esa hipótesis como solución para este conflicto. Es importante no perder de

---

<sup>554</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 96-98.

<sup>555</sup> Günter Kaiser, *Introducción a la criminología*, p. 309-312.

<sup>556</sup> Israel Drapkin, *Criminología de la violencia*, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 32-35.

<sup>557</sup> Elías Neuman, *Mediación Penal*, 2a. ed., Buenos Aires, Universidad, 2005, p. 187-188.

<sup>558</sup> Decisión del consejo de la unión europea sobre el estatuto de la víctima, 15 de marzo del 2001, artículo 10.

vista que no es el único conflicto en el que estas insuficiencias se presentan, el imaginarse que este método puede ser la respuesta general para conflictos como: secuestros, asaltos, asesinatos, tortura o terrorismo es un ejercicio forzado.

De igual manera existen *otros vacíos*, hay problemas con esferas como los delitos sin víctimas o de peligro abstracto,<sup>559</sup> categorías que a pesar de las críticas de las que puedan ser objeto, hoy en día son herramientas esenciales para el funcionamiento de la sociedad.<sup>560</sup> Por ejemplo en el tráfico de drogas, armas o papel moneda, ¿quién se sentaría al otro lado de la mesa?, ¿cuál sería el referente para calcular la reparación?<sup>561</sup>

#### **b) La justicia civil como mecanismo de cierre del sistema**

Esta crítica se dirige a destacar que el motivo por el cual el abolicionismo seleccionó a la justicia civil como mecanismo de cierre del sistema, esto es como la herramienta subsidiaria que está destinada a resolver aquellos casos donde los métodos autocompositivos no funcionaron; es precisamente la causa por la que esta herramienta no debe cumplir este papel.<sup>562</sup> Hulsman considera que la legitimidad de la rama civil radica en la falta de contenido punitivo, dentro de este estudio se sostiene que esa naturaleza es la que le aleja de poder ser la última opción para resolver controversias, y más bien le transforma en un esquema reproductor de la criminalidad.<sup>563</sup>

Si se pone a prueba el esquema planteado con una esfera tan común de delitos como hurtos, robos y tráfico de drogas, queda en evidencia la realidad de la imputación realizada. Como antecedente se debe considerar que estas modalidades delictivas, en su esfera mayoritaria, responden a actividad criminógena permanente producida por

---

<sup>559</sup> Mauricio Martínez, "Alternativas al sistema penal en la corriente abolicionista", en *Criminología y Derecho penal*, No. 1, Guayaquil, Edino, 1991, p. 33.

<sup>560</sup> Manuel Cancio, "De nuevo ¿"Derecho penal" del enemigo?", en *Derecho penal del enemigo*, 2da. ed., Navarra, Cívitas, p. 111-115.

<sup>561</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 95-99.

<sup>562</sup> Winfried Hassemer, *Por qué no debe suprimirse el Derecho penal*, México D. F., Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, p. 13-16.

<sup>563</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 120-122.

delincuencia organizada, circuitos criminales o infractores consuetudinarios.<sup>564</sup> Distan de la visión de conflictos individuales que prima en el pensamiento de Hulsman.<sup>565</sup>

Esta variable deja en evidencia la distorsión de la tesis abolicionista, debido a que cualquier persona o conglomerado que se dedica de manera regular a una actividad lícita o ilícita, tarde o temprano realiza un cálculo de costo-beneficio. Imaginemos el ejercicio de rendimiento económico hecho por una organización dedicada al robo, si llega a la conclusión que de cada veinte (20) sustracciones realizadas, es probable que una sea descubierta, resulta que el modelo propuesto le garantiza ganancias inalcanzables en la esfera legal. Ya que la consecuencia jurídica para ese único caso es reparar el daño, por ejemplo devolver la cosa, en tanto que el producto de los diez y nueve (19) restantes serían utilidades.<sup>566</sup>

Desde luego el problema detectado no es propio de bandas criminales o infractores consuetudinarios, si cualquier persona realiza el mismo cálculo llega a similar conclusión. Por tanto, el modelo de política criminal planteado multiplicaría los delitos individuales y lo que es peor, impulsaría a que un mayor número de personas adopten el delito como su actividad cotidiana.<sup>567</sup> Por paradójico que parezca, el diseño planteado como método para resolver conflictos, se convertiría en una política pública reproductora de la criminalidad.<sup>568</sup>

El razonamiento efectuado, lleva a valorar una dimensión que no ha estado presente en la visión del abolicionismo y minimalismo: la respuesta a un delito si bien tiene una relevancia para solucionar el caso concreto, también debe ser valorada como

---

<sup>564</sup> En gran medida estas líneas de investigación tienen como origen las investigaciones de carreras criminales desarrolladas por el labelling approach.

<sup>565</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 87.

<sup>566</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 120-122.

<sup>567</sup> Winfried Hassemer, *Por qué no debe suprimirse el Derecho penal*, p. 13-16.

<sup>568</sup> Ralph Dahrendorf, *Ley y orden*, p. 58.

un precedente que fija reglas sociales para el comportamiento futuro.<sup>569</sup> Es cierto que en determinados casos basta con una reparación adecuada para solventar el conflicto y forjar un precedente para el futuro,<sup>570</sup> pero en otros, se requiere un efecto ejemplificador adicional que disuada de este tipo de comportamientos. Debe ser revalorado el carácter punitivo que ha sido tan menospreciado.<sup>571</sup>

### 3.2 Escuela del Derecho penal mínimo

#### a) Compatibilidad en el modelo propuesto para la resolución de conflictos penales y no penales

Esta crítica se fundamenta en que la propuesta de Zaffaroni receta dos modelos de resolución de conflictos de fuentes diversas, realidad que le lleva a un problema de coherencia interna. Para demostrar esta imputación, se partirá de ubicar su propuesta para enfrentar los conflictos penales y no penales en una escala de flexibilidad-rigidez.

Para dar respuesta a los conflictos penales, el autor adoptó la propuesta de Baratta caracterizada por un alto nivel de rigidez. La falta de flexibilidad y el formalismo de la propuesta se hace patente al momento de aceptar como pilares su propuesta:<sup>572</sup> el “principio de reserva de ley o de exigencia del máximo de legalidad en sentido estricto”, “principio de máxima taxatividad”, “principio de subordinación a la ley penal”,<sup>573</sup> en materia procesal “el principio de legalidad procesal” y “máxima taxatividad interpretativa”.<sup>574</sup>

Hulsman por su parte, reprocha al sistema penal la utilización de un enfoque reduccionista, debido a que la óptica basada en un solo hecho, una descripción prefijada de conducta y el criterio de culpabilidad, generan una respuesta incompatible con la

---

<sup>569</sup> Thomas Hobbes, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica civil*, p. 104-105

<sup>570</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 95-99.

<sup>571</sup> Winfried Hassemer, *Por qué no debe suprimirse el Derecho penal*, p. 13-16.

<sup>572</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 195-196.

<sup>573</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 195.

<sup>574</sup> Eugenio Zaffaroni, *Derecho penal. Parte general*, p. 112-118.

complejidad del diferendo.<sup>575</sup> Su propuesta es en extremo de flexible, apuesta por dejar plena libertad a que los interesados adopten la alternativa que crean conveniente.<sup>576</sup> El problema se presenta cuando en la propuesta converge un nivel de rigidez máxima para los conflictos penales<sup>577</sup> y un método con flexibilidad extrema para los no penales.<sup>578</sup>

El conflicto interno se hace patente en la concepción de negociación. Para el autor este mecanismo en un proceso penal se convierte en un verdadero “chantaje”, debido a que al existir la amenaza de una pena, concurre un vicio de voluntad que marca la ilegitimidad del procedimiento como tal.<sup>579</sup> Sin embargo lo erige como la regla general para la resolución de conflictos no penales.<sup>580</sup>

Resulta llamativo que Zaffaroni que fue tan enfático en negar la capacidad de la ley para crear la realidad y fijar la esencia de las cosas,<sup>581</sup> cuando se enfrenta al conflicto y la respuesta que debería asignársele, adopta posturas opuestas según la frontera legal ubique a la controversia en una u otra esfera. Debido a que si se mantiene en la esfera penal, está sometido a la rigidez de un proceso que no admite ningún tipo de negociación, en tanto que si se traspasa la frontera, para resolver el mismo diferendo las tienen absoluta libertad para transigir. Límite que además se debe recordar que para el autor no es nada más que la consecuencia de un acto de poder arbitrario.<sup>582</sup>

Es cierto que existe una interpretación que permite en cierta medida salvar esta contradicción, porque hay un denominador común en ambas propuestas: reducir la

---

<sup>575</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 56-57.

<sup>576</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 119-120.

<sup>577</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 195-196.

<sup>578</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 76-83.

<sup>579</sup> Eugenio Zaffaroni, *El enemigo en el Derecho penal*, p. 60.

<sup>580</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 76-83.

<sup>581</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 3-7.

<sup>582</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 195.



violencia.<sup>583</sup> Si el conflicto ha sido sometido a métodos autocompositivos, cabe otorgar a las partes un esquema flexible para que puedan solucionar su diferendo.<sup>584</sup> En tanto que la rigidez detectada en la esfera penal se debe a que ella es una garantía para mantener lo más limitado posible el poder punitivo. Desde este ángulo, son herramientas complementarias para realizar una misma cosmovisión.<sup>585</sup> Esta explicación no subsana la contradicción existente con su concepción esencialista.

Desde el punto de vista práctico, los métodos flexibles incorporados al propio sistema penal en la práctica son la herramienta que mayor potencial tienen para limitar el poder punitivo.<sup>586</sup> Alternativas como los acuerdos reparatorios, suspensión condicional y procedimientos abreviados,<sup>587</sup> en la región han demostrado ser la única alternativa que por ahora ha reducido la esfera punitiva en porcentajes representativos desde el punto de vista estadístico.<sup>588</sup> En este contexto, esta postura se convierte en un gran dique que limita la posibilidad de alcanzar el objetivo planteado por el propio minimalismo.<sup>589</sup>

#### **b) Insuficiencia del esquema de solución de conflictos**

La versión de Zaffaroni si bien coincide en lo esencial con la propuesta de Hulsman para la tramitación de conflictos individuales,<sup>590</sup> incorpora tres (3) variaciones importantes que van a ser la base sobre la cual se planteará esta crítica.

---

<sup>583</sup> Eugenio Zaffaroni, "Presentación", en Elías Carranza, Mario Houed, Nicholas Liverpool y otros, *Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe*, Buenos Aires, ILANUD, 1992.

<sup>584</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 458-459.

<sup>585</sup> Eugenio Zaffaroni, *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, p. 52-53.

<sup>586</sup> Diego Zalamea, "Manual de litigación penal: audiencias previas al juicio", en *Serie justicia y defensa*, N° 3, Quito, Defensoría Pública del Ecuador, p. 261-266.

<sup>587</sup> Es cierto que el procedimiento abreviado puede utilizarse para imponer una pena, pero se la incluye, porque como regla permite disminuir de manera considerable la magnitud de la pena e incluso se ha notado que la región su uso con frecuencia va condicionado al uso de penas diversas a la cárcel.

<sup>588</sup> CEJA, *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*, p. 50-52.

<sup>589</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 1986: 459.

<sup>590</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 142.

(i) **Mecanismo de cierre del sistema.-** La tesis que se sostiene en esta crítica, consiste en que la desaparición del área civil y administrativa como herramientas de cierre del sistema, producida en el proceso de recepción por parte del minimalismo de la propuesta abolicionista, genera un problema estructural que hace inviable el modelo.<sup>591</sup>

En el momento en que el minimalismo prescinde de la *justicia civil*, su propuesta se queda sin un mecanismo para dar respuesta a los casos cuando los métodos informales han fallado.<sup>592</sup> Este aspecto dentro de un enfoque funcional genera efectos profundos,<sup>593</sup> porque los derechos de la personas en un área tan sensible como la penal,<sup>594</sup> no puede depender de la sola voluntad de las partes.<sup>595</sup>

Por ejemplo, qué sucedería luego del primer mes de funcionamiento de este esquema de solución de conflictos, cuando la colectividad constate que al infractor le basta con no aceptar la fórmula de arreglo o incluso negarse a discutir para que la infracción quede en la impunidad, ¿cuántas negociaciones de manera efectiva se realizarían?<sup>596</sup> De hecho, la doctrina de la negociación tiene como premisa básica para saber hasta dónde conviene ceder, el confrontar la propuesta recibida con la mejor alternativa posible a un acuerdo negociado. El problema consiste en que este esquema, que ha sostenido recuperar el papel de la víctima, en la práctica le deja sin una opción alterna, no tiene una vía jurídica para exigir sus derechos.<sup>597</sup> En el Libro III se incluye una experiencia en materia de tránsito donde se revela como el hecho de que la impunidad sea una alternativa, en Ecuador generó que esta área se convierta en una

---

<sup>591</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 458-459.

<sup>592</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 60-62.

<sup>593</sup> Robert Merton, *Teoría y estructura sociales*, p. 124-131.

<sup>594</sup> Luigi Ferrajoli, *El garantismo y el Derecho penal*, p. 24-27.

<sup>595</sup> Thomas Hobbes, *Discurso histórico políticos*, Barcelona, Nexos, 1991, p. 112.

<sup>596</sup> Thomas Hobbes, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica civil*, p. 104-105.

<sup>597</sup> Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton, *Sí jde acuerdo! Cómo negociar sin ceder*, Bogotá, Norma, 1993, p. 113-118.

burla para las víctimas; cuando se cierra esta opción comienzan a funcionar los acuerdos reparatorios y las víctimas son resarcidas.<sup>598</sup>

Esta propuesta de manera adicional genera un problema de coherencia, el autor de manera expresa descarta las posturas anarquistas por utópicas, en tal virtud no cabe duda que su propuesta no conlleva una abolición del sistema jurídico en su conjunto.<sup>599</sup> Realidad que genera una paradoja, los perjudicados por conflictos de las otras áreas jurídicas, donde por lo general están en juego valores de menor relevancia, tendrían a su disposición una vía legal; el Estado se colocaría en el papel de garante de estos intereses. En tanto que en materia penal las víctimas quedan obligadas a confiar en la buena fe de sus agresores y el Estado se desentendería de estas disputas.<sup>600</sup>

La mejor alternativa posible para entender la tesis de Zaffaroni sería el considerar que si bien no especifica una vía legal, lo lógico es deducir que el despenalizar no es sinónimo de desregular una conducta. En este sentido a pesar de no constar de manera expresa, se debería considerar que las restantes materias legales cumplirían el papel de cierre del sistema.<sup>601</sup>

Esta postura colisiona con una realidad, no solo que la *rama civil* no juega un papel estructural dentro de su propuesta, sino de manera parcial en su obra, se la incluye en el control social institucionalizado con discurso no punitivo. Adscripción que la hace parte del sistema penal y por tanto con el paso del tiempo debería ser expulsada para llegar a la meta abolicionista, o la otra alternativa posible, deberá ser recuperada por la materia penal para poner en vigencia todas las garantías.<sup>602</sup>

---

<sup>598</sup> Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, p. 205-226.

<sup>599</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 75-76.

<sup>600</sup> Thomas Hobbes, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica civil*, p. 104-105.

<sup>601</sup> Mauricio Martínez, *Alternativas al sistema penal en la corriente abolicionista*, p. 14-18.

<sup>602</sup> Eugenio Zaffaroni, *Criminología: aproximación desde un margen*, p. 17.

Incluso la esfera no incluida en el sistema penal presenta dificultades conceptuales. Dado que la mayor parte de la región recibió un influjo único en materia civil, donde su filosofía excluye las consecuencias sancionatorias y restringe su finalidad a reparar el daño o conseguir el cumplimiento de lo debido, no se entiende cuál es la esfera que queda comprendida dentro del sistema penal.<sup>603</sup>

Esta adscripción, por ejemplo, sería plenamente aplicable al Derecho civil norteamericano, debido a la existencia de la figura de daños punitivos cuya naturaleza es sancionatoria. Pero, en nuestra realidad se debe buscar la explicación en figuras límite. Tal vez hace referencia a la figura de la declaratoria de insolvencia, la misma que podría ser interpretada como de naturaleza punitiva; a pesar de que no es más que el reconocimiento jurídico de una realidad constatada en el juicio y cesa con el pago de la obligación, por tanto es dudosa esa adscripción. Podría asignar la naturaleza punitiva a la fuerza ejercida para el cumplimiento de las sentencias; en cuyo caso, toda materia jurídica sería penal, porque en su esencia está el ser exigible por la fuerza estatal. La dificultad de encontrar la adscripción legítima de una esfera civil a la materia penal, refuerza una tendencia que ya fue detectada, la intencionalidad de inflar de manera injusta la esfera penal para desacreditarla.<sup>604</sup>

Desde el punto de vista estructural hay un problema más serio. Si se acepta que la esfera civil no punitiva es la que cumple el papel de cierre del sistema, se deberá reconocer que se presenta el mismo problema que en la propuesta abolicionista, donde al no haber un cierto nivel sancionatorio se termina por fomentar la criminalidad. Si es la esfera civil punitiva, se desarticula todo el discurso contra el sistema penal con

---

<sup>603</sup> No se incluye la cláusulas punitivas que las partes pueden acordar, porque en este caso la ley no es la que impone esta consecuencia simplemente reconoce la libertad de las personas para obligarse.

<sup>604</sup> Eugenio Zaffaroni, *Criminología: aproximación desde un margen*, p. 17.

discurso no punitivo y su necesidad de recuperar las garantías propias del sistema penal.<sup>605</sup>

Es cierto que también la *materia administrativa* podría cumplir el papel de mecanismo de cierre. Sin embargo presenta varios problemas: primero, habría un vacío porque no se hace constar que juegue este papel.<sup>606</sup> Segundo, esta rama jurídica tiene límites connaturales, regula relaciones entre la administración y el administrado, por tanto su potencial para ser el mecanismo de cierre es residual. Por último, la esfera administrativa sancionatoria, no puede cumplir esta labor, porque el autor es crítico con esta rama y propone su eliminación o inclusión en el área penal para recuperar el filtro de los jueces;<sup>607</sup> por tanto la única esfera que pudiese estabilizar el modelo es la no punitiva, opción que genera el problema de reproducción de la criminalidad.<sup>608</sup>

**(ii) Las salidas negociadas en juicio como sinónimo de “chantaje”.-** La tesis que se defenderá en esta crítica, consiste en que la imputación de chantaje a las salidas negociadas al juicio realizada por Zaffaroni, genera un problema irresoluble de coherencia con la imagen de ser humano, y si se llevaría a sus últimas consecuencias se debería excluir incluso a las negociaciones extrajudiciales en materia penal y civil. Para sustentar esta crítica, el ejercicio a realizarse consiste en determinar la naturaleza del presunto chantaje, y aplicar este concepto a las distintas alternativas que surgen al conjugar las variables de procesal y no procesal con la materia penal y no penal.<sup>609</sup>

Zaffaroni parte de que el proceso iniciado contra una persona por violar una ley, constituye de por sí un chantaje que ilegítima cualquier negociación, porque al mediar la

---

<sup>605</sup> Luigi Ferrajoli, *El garantismo y el Derecho penal*, p. 24-27.

<sup>606</sup> Eugenio Zaffaroni, *Criminología: aproximación desde un margen*, p. 17.

<sup>607</sup> Eugenio Zaffaroni, *Criminología: aproximación desde un margen*, p. 15.

<sup>608</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 12-13.

<sup>609</sup> Eugenio Zaffaroni, *El enemigo en el Derecho penal*, p. 60.

amenaza de una pena existe un vicio de voluntad.<sup>610</sup> Una afirmación tan tajante, incluso lleva a cuestionar si las negociaciones extra proceso son legítimas, porque surgiría una pregunta: ¿es aceptable que una víctima negocie con su agresor antes de llevar el caso a la justicia? Si se es consecuente con la lógica planteada, la respuesta debería ser “no”, ya que el hecho de que no se haya iniciado el proceso, no quiere decir que no pese sobre quien cometió la infracción la amenaza de una pena. En el mejor de los casos se podría sostener que existe una diferencia de grado en la potencialidad o cercanía de la sanción, pero la existencia de este elemento de distorsión de la voluntad no está en discusión.<sup>611</sup>

La segunda esfera importante es determinar qué pasa con las esferas no penales ¿existe un chantaje?<sup>612</sup> Desde el punto de vista ontológico la respuesta sería positiva, porque en ambos casos el procesado enfrenta la amenaza de una resolución jurídica que le sería impuesta por la fuerza. Además el autor hace mucho énfasis en el hecho de que el uso de otras herramientas legales, incluso puede llegar a producir efectos más dolorosos que los que conlleva la materia penal. Eso querría decir que una negociación antes o durante un trámite civil o administrativo tampoco sería legítima.<sup>613</sup>

Desde luego que en este razonamiento hay un problema de proporciones y matices, porque los casos en que este dolor sería mayor al proporcionado por la materia penal sería una minoría. Además que omite una diferencia cualitativa aplicable al chantaje, una cosa es la cárcel y otra es pagar una deuda, en el primer caso la repercusión se dirige a la libertad de la persona y en el segundo al patrimonio.

A pesar de estas debilidades, sigue vigente un problema, la posibilidad de aplicar la ley ¿es un chantaje?, ¿en todo caso realmente existe un vicio de la voluntad? Se vuelve indispensable al menos matizar esta postura, a aquellos casos donde

---

<sup>610</sup> Eugenio Zaffaroni, *El enemigo en el Derecho penal*, p. 59-61.

<sup>611</sup> Eugenio Zaffaroni, *El enemigo en el Derecho penal*, p. 60.

<sup>612</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 120-122.

<sup>613</sup> Carlos Peña, “Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos”, en *Resolución alternativa de conflictos*, Quito, CLD, 1997, p. 25-30.

realmente se distorsione la voluntad.<sup>614</sup> Si bien esta opción interpretativa tendría bastante más potencial para plantear una política criminal y sería coherente con su filosofía, pero dado que el plasmarla en la esfera legal, demandaría consagrar estas alternativas en la ley y permitir al juzgador la posibilidad de análisis si se vicia o no la voluntad en el caso concreto, constituye una opción que de manera clara no es compatible con el texto minimalista.<sup>615</sup>

Es importante notar que esta posición llega a ser tan extrema que incluso colisiona con la postura de quienes estructuraron la teoría de la negociación, que es la opción que adopta como la herramienta para despenalizar las infracciones.<sup>616</sup> Debido a que una negociación técnica siempre parte como referente de la mejor alternativa posible, opción que está marcada precisamente por una respuesta no consensuada o dicho de otro modo impuesta, naturaleza que en un régimen democrático se reserva a las decisiones judiciales a consecuencia de la violación de una ley.<sup>617</sup>

Incluso una construcción que aceptase que la coacción ilegítima coincide en todos los casos de manera perfecta con la materia penal,<sup>618</sup> y que presupusiere que la materia civil y administrativa son los mecanismos de cierre del sistema, todavía resultaría problemática si el análisis adopta la perspectiva de las víctimas.<sup>619</sup> En razón de que la única alternativa que el modelo jurídico le otorga, al negar cualquier efecto de naturaleza sancionatoria o ejemplificadora, se limita a que después de todo un juicio civil, donde el máximo al que pudiera aspirar el ofendido es a ser reparado.<sup>620</sup>

---

<sup>614</sup> María San Martín, *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico criminológicos (del presente francés al futuro español)*, Bilbao, Gobierno Vasco, 1997, p. 294.

<sup>615</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*.

<sup>616</sup> Roger Fisher, *¡Sí ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*, p. 113-118.

<sup>617</sup> Thomas Hobbes, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica civil*, p. 42.

<sup>618</sup> Hecho que ontológicamente es imposible porque hay casos en que las sanciones por ejemplo del área administrativa que desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo son más serias que una penal.

<sup>619</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina: primer informe*, p. 52.

<sup>620</sup> Eugenio Zaffaroni, *Criminología: aproximación desde un margen*, p. 15.

Si esta realidad nuevamente se encuadra en la lógica de una negociación, resulta que una visión técnica le recomendaría al perjudicado, en todos los casos a renunciar al menos a una parte de su derecho, para a cambio evitar el trámite y los costos que conlleva un juicio.<sup>621</sup> Por tanto, el modelo que fue creado entre otras cosas para responder a la víctima, genera la imposibilidad técnica de que si se utiliza su principal herramienta, los métodos autocompositivos, la víctima pueda acceder a un trato equitativo, salvo que el procesado no negocie de una manera adecuada.<sup>622</sup>

Existen dos problemas de fondo en su construcción: la primera, asimilar la existencia de una consecuencia jurídica a un chantaje, cuando por concepto esa es la esencia del Derecho.<sup>623</sup> La segunda, imputar la ilegitimidad a la negociación en virtud de un factor externo como es la posibilidad de recurrir a un trámite legal si la negociación fracasa. Debido a que la amenaza de la pena no depende ni la introduce el proceso conciliatorio, es una consecuencia de la infracción cometida y en un Estado democrático que respete el derecho de las personas siempre debería ser una opción.<sup>624</sup>

Dada la magnitud de los vacíos detectados en la propuesta minimalista, por justicia se resolvió, confrontar la coherencia de las conclusiones extraídas referentes a las negociaciones dentro de la esfera penal, con el anteproyecto de código de garantías penales. Debido a que si bien no es una obra de autoría de Zaffaroni, como en su momento se anotó su influjo es innegable. Siendo de interés tener una imagen de una propuesta práctica de regulación, de un tema complejo y trascendente.<sup>625</sup>

A pesar de no alcanzar resultados concluyentes, refuerzan la tesis que se ha bosquejado como propia del texto minimalista, porque además de la exclusión del

---

<sup>621</sup> William Urry, *¡Supere el no!*, Bogotá, Norma, 1993, p. 19-22.

<sup>622</sup> Roger Fisher, *Sí ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*, p. 113-118.

<sup>623</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, 16 ed., México, Porrúa, 2011, p. 28-40.

<sup>624</sup> Thomas Hobbes, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica civil*, p. 101-104.

<sup>625</sup> Eugenio Zaffaroni, *Presentación del Anteproyecto de código de garantías penales del Ecuador*, p. 11-19.



procedimiento abreviado que ha sido expresamente justificada en el texto de la introducción del anteproyecto,<sup>626</sup> resulta que también ha desaparecido sin una fundamentación expresa la suspensión condicional y los acuerdos reparatorios.<sup>627</sup> Hasta este punto parecería que se confirmaría en su integralidad la tesis.

Pero existe un dato contradictorio, el proyecto acepta de manera expresa la mediación penal.<sup>628</sup> Al ser imposible de sustraer a esta negociación la amenaza de una pena, de idéntica magnitud que la que existiría si en el mismo caso se negociase un procedimiento abreviado o una suspensión condicional, no se llega a comprender porque la mediación sí es legítima. A no ser que la causa de la ilegitimidad no radique en la existencia del chantaje sino en el tipo de obligación que se adquiere,<sup>629</sup> por ejemplo podría ser que la obligación de “dar” es legítima, pero si se pacta un compromiso de “hacer” como suele suceder en la suspensión condicional o la de ser privado de la libertad, se vuelve ilegítima. Nuevamente esta interpretación violenta la esfera ontológica, la mediación puede conllevar una obligación de “hacer”. Demandaría una reconstrucción completa el buscar una alternativa coherente para su tesis.

En el fondo todos estos problemas se suscitan por la falta de coherencia en la *imagen de ser humano* que se tiene a lo largo de la construcción de su propuesta.<sup>630</sup> Si se opta por la alternativa de que la regla general para solventar los conflictos que hoy son penales son los métodos negociados, esta postura implica haber adoptado una cosmovisión centrada en la persona; donde se le reconoce la plena facultad para auto determinarse.<sup>631</sup> Esta visión no se comparece con el enfoque tutelar del Estado que se advierte frente a la facultad de negociar dentro de un proceso penal, donde la sola

---

<sup>626</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*, p. 27-28.

<sup>627</sup> División de atención a víctimas y testigos, *La víctima y el testigo en la reforma penal*, Santiago, Ministerio público, 2003, p. 211- 216.

<sup>628</sup> Anteproyecto de código de garantías penales, artículo 204.

<sup>629</sup> Eugenio Zaffaroni, *El enemigo en el Derecho penal*, p. 60.

<sup>630</sup> Ralph Dahrendorf, *Ley y orden*, p. 65-76.

<sup>631</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 119-120.

existencia de un riesgo de una pena, constituye un vicio de voluntad. Sin siquiera analizar el caso se proscribiera su capacidad para decidir.

El mismo fenómeno puede ser visto desde la perspectiva opuesta, esta actitud pendular sobre la imagen de la persona en el fondo genera como contrapartida que se produzca una similar actitud frente a la visión de Estado. En razón de que todo sistema penal se forja por la interrelación de al menos estos dos elementos nucleares.<sup>632</sup> Esto explica posturas tan extremas como el papel tutelar del Estado que existe en un esquema tan rígido como el propuesto para los conflictos que quedan dentro de la esfera penal, frente a un Estado inexistente cuando los conflictos salen del ámbito punitivo, porque si los métodos autocompositivos fallan no oferta una alternativa clara.<sup>633</sup>

**(III) Víctima y sociedad en el proceso penal.-** La presente crítica relacionada con la interacción entre la víctima y la sociedad en el proceso penal, se basa en que el minimalismo incurre en un problema serio al creer que la recuperación del papel que juega la víctima y sus intereses legítimos en el conflicto, implican negar la participación de la sociedad.<sup>634</sup> Para sustentar esta tesis, se confrontará diversos casos con la política penal propuesta por el autor, con el fin de demostrar que no soporta un trato adecuado a una esfera importante de delitos. Al final quedará en evidencia que la alternativa más completa demanda la inclusión de la víctima, sociedad y procesado.<sup>635</sup>

El abolicionismo y el minimalismo son legatarios de uno de los grandes aportes de los años 70, la recuperación de la figura de la víctima en la concepción del conflicto penal.<sup>636</sup> Esta corriente de pensamiento destacó que era una ficción que el Estado fuese el real ofendido, recordó que en los delitos hay un perjudicado concreto y que era una

---

<sup>632</sup> Lo correcto sería que intervenga también la víctima.

<sup>633</sup> División de atención a víctimas y testigos, *La víctima y el testigo en la reforma penal*, p. 215-216.

<sup>634</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 76-77.

<sup>635</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>636</sup> Antonio Beristain, "¿La sociedad/judicatura atiende a [sus] víctimas/testigos?", en *criminología, victimología y cárceles*, tomo I, Bogotá, Pontificia universidad Javeriana, p. 312.

gran injusticia al haber expropiado el conflicto a la víctima.<sup>637</sup> Sin lugar a dudas la reaparición de este actor en el escenario penal, enriqueció la concepción del fenómeno criminal, además de sacar a relucir ciertas aristas de ilegitimidad del sistema vigente. Hoy en día sería muy difícil el sostener que es legítimo concebir una política criminal que no tome como uno de los pilares centrales a los afectados.<sup>638</sup>

El problema conceptual que existe en ambas posiciones, fue el asimilar que el recuperar a la víctima significaba excluir del conflicto a la sociedad.<sup>639</sup> No hubo una concepción lo suficientemente amplia para comprender que dada la complejidad y diversidad de los conflictos penales,<sup>640</sup> cualquier concepción que no incluya a víctimas, procesados y sociedad resulta insuficiente.<sup>641</sup> De hecho, en el tema del interés de una sanción al infractor, se requiere visualizar desde una perspectiva en la que confluyan el interés tanto de las víctimas como de la sociedad, donde el peso específico que adquiere cada uno de estos componentes se conjuga de las más diversas maneras.<sup>642</sup>

No se discute que hay casos donde el interés social es bajo y por ello es una opción válida el marginar a la sociedad de la pretensión punitiva, por ejemplo el delito de injurias es una buena muestra.<sup>643</sup> Esta realidad produjo que desde hace décadas, exista una vía procesal diferenciada: el procedimiento para delitos de acción privada.

La realidad anotada no obsta, para que se deba reconocer la existencia de delitos que si bien afectan a una víctima también lo hacen de una manera relevante a la sociedad.<sup>644</sup> Por ejemplo, si se toma un caso de pederastia cometido por un profesor en

---

<sup>637</sup> Luís Rodríguez, *Victimología*, México, Porrúa, 2010, p. 3-5.

<sup>638</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>639</sup> Thomas Hobbes, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica civil*, p. 101-104.

<sup>640</sup> Nils Christie, *Una sensata cantidad de delito*, p. 8-9.

<sup>641</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 97-98.

<sup>642</sup> Antonio Beristain, "La sanción de la FIFA a Tassotti", en *De los delitos y de las penas desde el País Vasco*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 103-105.

<sup>643</sup> Julio Maier, "El ingreso de la reparación como tercera vía al Derecho penal argentino", en *El Derecho penal hoy: el homenaje al profesor David Baigun*, Buenos Aires, 1995, Editores del puerto, p. 39-43.

<sup>644</sup> Thomas Hobbes, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica civil*, p. 102-104.

una escuela, sin lugar a dudas que hay una víctima concreta y es legítimo tomar en cuenta su interés para resolver el conflicto, sin embargo resulta forzado creer que la sociedad no tenga un interés legítimo.

En la mayoría de conflictos existe un interés social relevante. Incluso en delitos contra la propiedad que en principio dado el bien jurídico protegido, se podría pensar su presencia debería ser marginal. En la práctica si se hace un análisis más fino en el que se incluya las condiciones propias del caso, se puede encontrar variantes en las que hay prevalencia de los intereses de ambos actores.<sup>645</sup> Por ejemplo el delito de robo, en un caso donde juega un papel determinante la oportunidad, como cuando una empleada doméstica que tiene una necesidad y ve a su alcance una alcancía que si fuerza las seguridades puede obtener la suma que requiere, parece ser un ejemplo claro de primacía del interés de la víctima.<sup>646</sup> Pero si el mismo delito es cometido por una organización delictiva, altamente organizada que ha adquirido un control informal sobre ciertos barrios y además maneja toda la cadena para expender los productos obtenidos, la intensidad del interés social se potencia.

Por último, existen casos donde el interés de la víctima directa es marginal. Por ejemplo, si un grupo terrorista pone una bomba en un vagón de carga de un tren, con la idea de descarrilarlo y causar daños humanos enormes, el intento no tiene éxito y solo causa daños materiales a una parte de la mercadería, ¿este conflicto se soluciona con una indemnización por las cosas dañadas?

El superar la visión unipolar lleva a replantear el método de solucionar los conflictos.<sup>647</sup> A pesar de que se acepte el supuesto de que la negociación es una respuesta válida en todos los casos, la diversidad de conflictos demanda prever trámites

---

<sup>645</sup> Ralph Dahrendorf, *Ley y orden*, p.57-58.

<sup>646</sup> Luís Rodríguez, *Criminología*, p. 471-477.

<sup>647</sup> Antonio Beristain, "Proceso penal y víctimas pasado, presente y futuro", en *Revista defensa pública*, No. 3, San José, Defensa pública, 2003, p. 33-45.

en que la negociación pueda ser realizada en una mesa tripartita e incluso procedimientos donde la negociación solo este a cargo de la víctima o la sociedad.<sup>648</sup>

La sola reparación en muchos casos no es una respuesta válida porque tiende a fomentar el delito,<sup>649</sup> se requiere un efecto ejemplificador dentro de la solución del conflicto, ello se consigue con una sanción. Resultado que en un sistema democrático implica un trámite judicial.<sup>650</sup> Donde como el propio Zaffaroni ha señalado, el procedimiento con mayores garantías posee en el de naturaleza penal.<sup>651</sup> Escenario en el que la propuesta de eliminar esta esfera de manera inmediata en el enfoque abolicionista y a largo plazo en el minimalismo parece ser poco viable. Además de que no se debe olvidar que las víctimas tienen un interés legítimo en la sanción.<sup>652</sup>

## Balance: Libro I

### Título I

### El derecho penal mínimo: postura frente al sistema penal

#### Capítulo I

#### Pena y sistema penal

Zaffaroni sostiene que la *esencia* del sistema penal viene dada por el concepto de pena que se adopte.<sup>653</sup> La única opción legítima para fijar la noción de pena, es abstraerse de criterios legales y adoptar una postura esencialista.<sup>654</sup> Esta visión conlleva

---

<sup>648</sup> Antonio Beristain, "La construcción criminológica de la realidad jurídica", en *Criminología, victimología y cárceles*, tomo I, Bogotá, Pontificia universidad Javeriana, sin año, p. 272-273.

<sup>649</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 95-99.

<sup>650</sup> Thomas Hobbes, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica civil*, p. 146-147.

<sup>651</sup> Luigi Ferrajoli, *El garantismo y el Derecho penal*, p. 24-27.

<sup>652</sup> Comisión de la Verdad: ni silencio ni impunidad, *Informe de la Comisión de la Verdad Ecuador 2010. Sin verdad no hay justicia. Resumen ejecutivo*, p. 416-417.

<sup>653</sup> Eugenio Zaffaroni, *Criminología: aproximación desde un margen*, p. 15.

<sup>654</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 12.

tres (3) repercusiones básicas: agregar al objeto de estudio el sistema penal sin discurso punitivo, sistema penal paralelo y el control social parainstitucional.<sup>655</sup>

#### a) Límites del sistema penal

El problema surge al momento de plantear un concepto capaz de cumplir con el nivel de pureza deseado y compatibilizarlo con la realidad.

(i) El concepto puro planteado en el primer momento fracasa porque la ausencia de elementos jurídicos<sup>656</sup> y su deseo de imputar una serie de conductas ilegítimas al sistema penal, le lleva al absurdo de incluir los actos de violencia privada en la esfera del sistema penal.<sup>657</sup> El conflicto con la realidad alcanza un nivel tan elevado que cuando el autor plantea su propuesta, se ve obligado a renunciar a la definición inicial y hasta a la filosofía que lo originó, adopta un concepto de naturaleza eminentemente jurídica.<sup>658</sup>

(ii) El concepto jurídico que le permite ganar en coherencia y plantear una propuesta político criminal, no es compatible con la gran mayoría de los ejemplos y críticas realizadas al sistema penal, y lo que es peor, con la categoría esencial que le permitió deslegitimar al Derecho penal el control social parainstitucional.<sup>659</sup> La postura pendular en el concepto le lleva a un problema de coherencia irresoluble en su tesis.<sup>660</sup>

(iii) El sistema penal sin discurso punitivo, el sistema penal paralelo y en especial en cada una de estas categorías el Derecho administrativo sancionatorio y el Derecho contravencional constituyen esferas que son herramientas esenciales para la propuesta política criminal a estructurarse en el Libro III.<sup>661</sup>

---

<sup>655</sup> Eugenio Zaffaroni, *Criminología: aproximación desde un margen*, p. 12-17.

<sup>656</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 166.

<sup>657</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 18.

<sup>658</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 167.

<sup>659</sup> Eugenio Zaffaroni, *Criminología: aproximación desde un margen*, p. 12-17.

<sup>660</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 167.

<sup>661</sup> Eugenio Zaffaroni, *Criminología: aproximación desde un margen*, p. 12-17.

## **b) Intensidad del control social estatal**

El autor forja una postura hipertrófica del ejercicio penal, caracterizada por un ejercicio especialmente intenso en sus esferas extremas de intensidad. Le imputa el ejercer una vigilancia en los aspectos más íntimos de la vida de las personas<sup>662</sup> y adoptar niveles de violencia extrema extralegal.<sup>663</sup>

(i) No se acepta esta crítica porque la única esfera del sistema penal compatible con un ejercicio en esferas tan opuestas, es el control social parainstitucional.<sup>664</sup> Categoría que resultó imposible de ser compatibilizada con un uso lógico del concepto de sistema penal. Además que al tratarse de actos arbitrarios, hasta delincuenciales, se tratan de infracciones individuales y es forzado imputarlas al sistema penal.<sup>665</sup>

(ii) Esta visión hipertrófica del ejercicio penal, tiene un problema de coherencia con la realidad.<sup>666</sup> La capacidad de vigilar la esfera íntima de la vida de los ciudadanos, entra en directa confrontación con las limitaciones que sufre al momento de hacerse cargo de la realidad. En tanto que en el ejercicio abiertamente ilegal, sin que se discuta su existencia, sin embargo se trata de casos anecdóticos que no pueden ser tomados como un elemento estructural del funcionamiento del sistema penal.<sup>667</sup>

## **Capítulo II:**

### **Creación de la norma**

Zaffaroni parte de un concepto relativista, donde la norma es fruto de una decisión política y arbitraria basada en los intereses de clase.<sup>668</sup> Esta concepción conlleva márgenes extremos para fijar los límites e intensidad de la esfera punitiva, sin que exista ninguna conducta que no pueda ser extirpada del sistema penal.<sup>669</sup>

---

<sup>662</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 14.

<sup>663</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 18.

<sup>664</sup> Eugenio Zaffaroni, *Criminología: aproximación desde un margen*, p. 13-14.

<sup>665</sup> Eugenio Zaffaroni, *Criminología: aproximación desde un margen*, p. 12-17.

<sup>666</sup> Eugenio Zaffaroni, *Criminología: aproximación desde un margen*, p. 17.

<sup>667</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 167.

<sup>668</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 201.

<sup>669</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 16.

(i) No se acepta la versión relativista de Zaffaroni porque de manera injustificada reduce el relativismo de Becker<sup>670</sup> a la dependencia de un solo factor: los intereses de los países centrales y las minorías proconsulares.<sup>671</sup>

(ii) En principio se acepta el relativismo de Becker. Sin embargo queda pendiente el análisis de los márgenes de maniobra que tienen los detentadores del poder para fijar las conductas sometidas al sistema penal y la intensidad de las penas. Ya que este elemento es la piedra angular para determinar la aplicabilidad de la postura del Derecho penal mínimo, coincide con el objeto de estudio del próximo Libro.<sup>672</sup>

### Capítulo III:

#### Aplicación de la norma

La aplicación de la norma en la visión minimalista responde a una ideología clasista y discriminatoria.<sup>673</sup> El primer carácter hace referencia a una aplicación centrada en la clase desposeída.<sup>674</sup> El segundo, dada la ínfima capacidad de influjo del sistema penal, una selección de unos pocos destinatarios por su nivel de vulnerabilidad.<sup>675</sup>

(i) Se acepta la inequidad del actual sistema de aplicación de la norma y la ilegitimidad que conlleva a la realidad social actual.<sup>676</sup>

(ii) Se refuta la tesis de que la aplicación injusta sea una premisa suficiente para concluir que el sistema penal es ilegítimo, debido a que este razonamiento cae en una

---

<sup>670</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 152-153.

<sup>671</sup> Eugenio Zaffaroni, *Minorías y poder punitivo*, p. 84.

<sup>672</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 152-153.

<sup>673</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 16-17.

<sup>674</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 283-289.

<sup>675</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 105-106.

<sup>676</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 16-17.



falacia naturalista.<sup>677</sup> Una constatación del “ser” no permite deslegitimar una institución del “deber ser”. La respuesta a la actual inequidad no necesariamente es la reducción del sistema penal, cabe una revisión funcional que supere esta debilidad.

## Capítulo IV

### Consecuencias del sistema penal

#### 1. Esfera individual

El Derecho produce un dolor sin sentido. Al *procesado* lo encarcela y le somete a prácticas humillantes como: pérdida de privacidad, requisas degradantes, sometimiento a regímenes artificiales, condiciones deficientes de alimentación, salud e higiene.<sup>678</sup> Lejos del discurso prevencionista el efecto real, fruto del etiquetamiento del infractor como “delincuente”, su real efecto es producir y reproducir la criminalidad.<sup>679</sup> A la *víctima* se le expropia su conflicto y le somete a un trámite que no toma en cuenta sus intereses.<sup>680</sup> Todo este sufrimiento es inútil, ya que el conflicto no se resuelve, resulta absurdo intentar resolverlo cuando se ha marginado a este último actor.<sup>681</sup>

(i) Se acepta la crítica referida al dolor que produce la cárcel en la persona del procesado, sin embargo queda pendiente el calificativo de “sin sentido”.<sup>682</sup> Para Zaffaroni el solo hecho de la baja capacidad de respuesta es una premisa suficiente para sostener que no tienen un efecto preventivo, en el Libro III se introducirá un análisis al respecto. De manera adicional el autor no analiza el papel que el sistema penal cumple para efectos de la convivencia en sociedad.<sup>683</sup>

---

<sup>677</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 16-17.

<sup>678</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 107.

<sup>679</sup> Eugenio Zaffaroni, *Criminología: aproximación desde un margen*, p. 15.

<sup>680</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 118.

<sup>681</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 148.

<sup>682</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 106-108.

<sup>683</sup> Winfried Hassemer, *Por qué no debe suprimirse el Derecho penal*, p. 13-16.

(ii) Se acepta el riesgo que implica el etiquetamiento como “delincuente” de una persona, pero en la versión originaria de Becker, en virtud de dos (2) razones: El proceso de recepción de Zaffaroni es imperfecto,<sup>684</sup> porque cita como fuente directa a Becker, sin embargo se desentiende de los matices y la advertencia expresa de que no existe una relación causa efecto entre el etiquetamiento y la adopción de una carrera criminal; razonamiento que cae en la falacia de énfasis. La postura determinista tiene poco sustento real, no es defendible que toda persona encarcelada emprenda una carrera delictiva, por tanto se debe matizar la afirmación de la reproducción de la criminalidad. Queda pendiente el analizar si es legítimo desentenderse del problema de seguridad por la falta de prevención y reproducción de la delincuencia imputada al Derecho penal.<sup>685</sup>

(iii) Con respecto a la víctima no se acepta la crítica de su ilegitimidad por no ocuparse de sus necesidades. Debido a que no es admisible utilizar sus intereses como argumento para deslegitimar una herramienta social demandada por este sector.<sup>686</sup>

(iv) Se acepta en una versión matizada la imputación de que el Derecho penal no otorga un trato justo a las víctimas, porque existe una clara mejora en esta materia y lo que es más, una tendencia a corregir esta deficiencia.<sup>687</sup> El argumento de que este trato injusto deslegitima el Derecho penal una vez más no se admite en razón de que una realidad del “ser” no es fundamento suficiente para deslegitimar el “deber ser”.

## 2. Esfera social

La imputación central al sistema penal es que realiza un genocidio en acto<sup>688</sup> y para fundamentarlo obtiene la variedad de muertes que genera.<sup>689</sup>

---

<sup>684</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 45.

<sup>685</sup> Mauricio Duce, Rogelio Pérez, “La seguridad ciudadana y la reforma del sistema de justicia penal en América Latina”, en Hugo Frühling, Joseph Tulchin, Heather Golding, *Crimen y violencia en América Latina*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2005, p.102.

<sup>686</sup> ONU mujeres, *Informe anual 2010-2011*, p. 15.

<sup>687</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 95-99.

<sup>688</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 96-98.

(i) En problema detectado cuando se analizó la intensidad que asigna al sistema penal se intensifica en el tema específico del resultado muerte.<sup>690</sup> Una vez más el medio más idóneo para alcanzar este resultado es el control parainstitucional.<sup>691</sup> Al haber quedado en evidencia que su incorporación dentro del proceso produce un problema de coherencia irresoluble y es un ejercicio artificial, no se acepta esta crítica. Es más en el caso de la muerte el problema es más complejo aun, porque existe la categoría de imputaciones de construcción compleja, la misma que vuelve aún más caótico el panorama porque el dolor es imputable solo de manera indirecta al sistema penal.<sup>692</sup>

(ii) Existe un problema de coherencia entre la imputación y su propuesta, una de las categorías de muertes que responsabiliza al sistema penal, es aquella constituida por muertes que las deja en la impunidad.<sup>693</sup> Al no esbozar una alternativa, no se entiende como al mismo tiempo se increpa esta debilidad y como ideal se plantea la abolición.<sup>694</sup>

(iii) El uso de datos estadísticos para justificar la incidencia de la muerte no se acepta por no adjuntar cita y no ser compatible con la realidad ecuatoriana.<sup>695</sup>

(iv) La imposibilidad de justificar la producción de muertes imputables al sistema penal deja sin piso la imputación de que lleva adelante un genocidio en acto.<sup>696</sup>

---

<sup>689</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 97-98.

<sup>690</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 97-98.

<sup>691</sup> Eugenio Zaffaroni, *Criminología: aproximación desde un margen*, p. 13-14.

<sup>692</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 97-98.

<sup>693</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 97-98.

<sup>694</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 68-70.

<sup>695</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 85-97.

<sup>696</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 96-98.

## Título II

### Propuesta político criminal

La propuesta político criminal de Zaffaroni consiste en limitar la esfera punitiva de manera integral, esto es la esfera de conductas sometidas a este tipo de control social,<sup>697</sup> el arbitrio judicial y el nivel aflictivo de las penas.<sup>698</sup> La premisa de que la ley penal nace de un acto arbitrario de poder, le lleva a concluir que cualquier conducta es susceptible de ser despenalizada o reducida en el nivel punitivo al que se le somete.<sup>699</sup>

#### Capítulo I

##### Principios penales limitadores: Principios para la limitación de la violencia por carencia de requisitos formales

Bajo esta categoría Zaffaroni incluye aquellos criterios limitadores del Derecho penal, cuyo origen es el principio de legalidad y su finalidad es su plena realización.<sup>700</sup> Son aceptados por ser principios cuya legitimidad es ampliamente reconocida.

#### Capítulo II

##### Principio de intervención penal mínima

Esta línea político criminal se concreta en el traslado de conflictos de la esfera penal al ámbito de soluciones alternativas, así como en la disminución del nivel de violencia dentro de las respuestas que ofrece el sistema penal a los conflictos que quedan sometidos a su esfera de acción.<sup>701</sup>

(i) Existe un problema de coherencia entre el método empleado para solucionar los conflictos penales y no penales. Mientras el primero se basa en un esquema de

---

<sup>697</sup> Eugenio Zaffaroni, *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, p. 13.

<sup>698</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 194-198.

<sup>699</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 75.

<sup>700</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 194-198.

<sup>701</sup> Elías Neuman, *Victimología*, Buenos Aires, Universidad, 1984, p. 262-264.

máxima rigurosidad en el respeto a la ley,<sup>702</sup> el segundo, conlleva una flexibilidad absoluta.<sup>703</sup> La disyuntiva en la aplicabilidad entre esquemas antagónicos se produce dentro de una tesis que parte de que la ley no debe definir la realidad, sin embargo en este caso la adscripción jurídica marca la vigencia de modelos opuestos.<sup>704</sup>

(ii) La propuesta de Hulsman para los conflictos que salen del sistema penal, consiste en solucionarlos como método prioritario mediante la negociación entre las partes.<sup>705</sup> Como herramienta subsidiaria, que cumple el papel de cierre del esquema cuando ha fallado la anterior, propone el Derecho civil.<sup>706</sup> El problema consiste en que esta rama del Derecho es de naturaleza no punitiva, por tanto su respuesta no va más allá de resarcir los daños. Esquema que incentiva la criminalidad como actividad permanente, porque en caso de no tener éxito, las cosas volverían al estado anterior, en tanto que sí lo alcanza sería ganancia. También afecta los derechos de la víctima, debido a que si luego de un juicio su aspiración es solo ser resarcido, un esquema técnico de negociación le llevaría a renunciar a una parte de sus derechos como contrapartida al peso de tener que llevar adelante un trámite legal.

(iii) La propuesta de Zaffaroni tiene un problema adicional, un proceso de recepción imperfecto, generó la ausencia de un pronunciamiento sobre el mecanismo de cierre del modelo para cuando fallan los métodos negociados. Por tanto existen tres (3) posibilidades interpretativas: la primera, la víctima queda en absoluta indefensión en caso de que no llegue a un acuerdo con el infractor. La segunda, si las materias no punitivas son las que juegan el papel de cierre del modelo, se repiten los problemas

---

<sup>702</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 195-196.

<sup>703</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 76-83.

<sup>704</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 3-7.

<sup>705</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 119-120.

<sup>706</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 120-122.

detectados en el abolicionismo en el numeral anterior.<sup>707</sup> La tercera, si son otras materias en su esfera punitiva entra en contradicción con su propia tesis.

(iv) Zaffaroni concibe a las salidas negociadas procesales como un “chantaje”, debido a la existencia de un vicio de voluntad generado por la amenaza de una pena.<sup>708</sup> Esta postura además de ratificar el problema de incoherencia entre la propuesta para los casos penales y no penales, revela un incoherencia en la visión del ser humano, en caso que se catalogue el conflicto como extra penal se reconoce de manera absoluta su capacidad para negociar, en caso de que sea penal, simplemente se presume que no se halla en condiciones.<sup>709</sup> De manera adicional se elimina la alternativa que en la región mayor potencial ha tenido para disminuir la esfera e intensidad punitiva.

(iv) La postura minimalista ha incurrido en una distorsión, ha asimilado la recuperación del papel de la víctima en el conflicto, con la marginación de la sociedad. Cuando debió concebirse como un fenómeno tripartito, donde la relevancia de los derechos marca distintas posibilidades de interacción.

---

<sup>707</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 120-122.

<sup>708</sup> Eugenio Zaffaroni, *El enemigo en el Derecho penal*, p. 60.

<sup>709</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 120-122.

## Libro II

# La aplicabilidad del derecho penal mínimo en el Ecuador

### Introducción

El objeto central del presente Libro puede ser resumido en dar respuesta a la siguiente interrogante: ¿el derecho penal mínimo es aplicable a la realidad ecuatoriana?<sup>710</sup> La finalidad planteada impone un análisis vinculado a la realidad social, razón por la cual su desarrollo se construirá sobre la base de experiencias de procesos legislativos y propuestas de reforma obtenidas de la realidad nacional.

Un análisis integral de las repercusiones que conlleva la filosofía minimalista en una reforma legal,<sup>711</sup> demanda diferenciar tres (3) planos diversos en los que puede materializarse: el primero, la posibilidad de reducir la esfera de conductas que se hallan sometidas a la esfera penal;<sup>712</sup> la segunda, se ubica en la esfera de la sanción y hace referencia de manera exclusiva a la reducción de pena de privación de libertad establecida en los tipos penales,<sup>713</sup> y por último, en la misma esfera de la sanción, en este caso relacionado de manera la posibilidad de diversificar las respuestas penales mediante un uso de respuestas menos punitivas que la privación de libertad.<sup>714</sup> Esta última esfera, para evitar reiteraciones, su estudio se reserva para el próximo Libro. La estructura del presente análisis se recoge en el siguiente cuadro:

---

<sup>710</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*, p. 23.

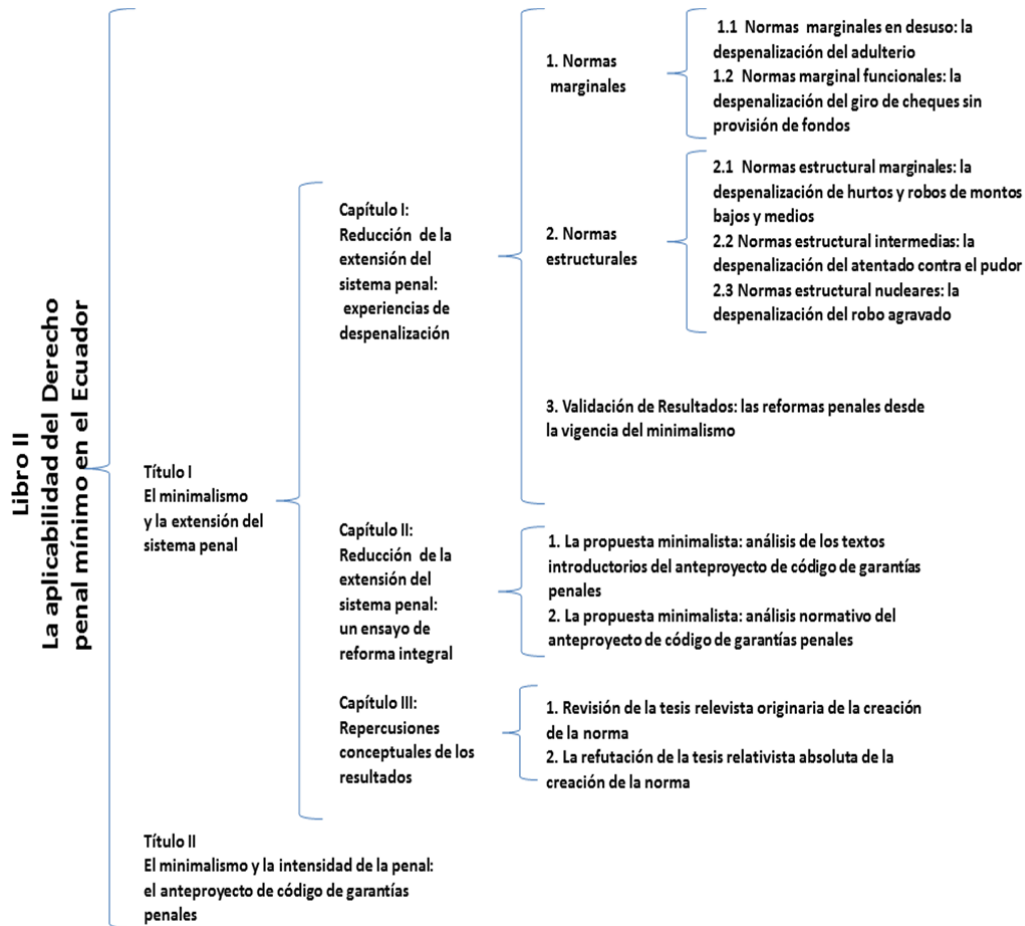
<sup>711</sup> Se deja de lado la posibilidad de que se materialice en la aplicación de la ley en el caso práctico, por razones del objeto de este estudio. Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 458-460.

<sup>712</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 458.

<sup>713</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 458-460.

<sup>714</sup> Eugenio Zaffaroni, *¿qué hacer con la pena? Las alternativas de la prisión*, "<http://www.homenajeazaffaroni.com.ar/penazaffa.htm>", (Consultado el 6 de enero 2013).

**Esquema 4**  
**Título: Estructura del Libro II**  
**Fuente: Elaboración propia**



El esquema introducido cuenta con tres (3) niveles: el primero conformado por Títulos, en él se diferencia las grandes propuestas del minimalismo: la reducción de las conductas sometidas al sistema penal y de la magnitud de la sanción, respectivamente esos temas se analizan en: Título I: “El minimalismo y la extensión del sistema penal” y Título II: “El minimalismo y la intensidad de la penal: el anteproyecto de código de garantías penales”.

El segundo nivel por su complejidad solo se aplica al primer Título, en él se hallan tres (3) Capítulos, los dos primeros tiene por objetivo estudiar la posibilidad de influir en la extensión del sistema penal. El Capítulo I: “Reducción de la extensión del



sistema penal: experiencias de despenalización” constata esta capacidad sobre la base de reformas realizadas y el Capítulo II: “Reducción de la extensión del sistema penal: un ensayo de reforma integral” utiliza como referente un proyecto elaborado por personas adscritas al minimalismo. El Capítulo III: “Repercusiones conceptuales de los resultados” tiene por finalidad analizar un hallazgo trascendente del estudio, el análisis efectuado en los dos (2) capítulos anteriores obliga a realizar una revisión de la tesis relativista de la creación de la norma.

El tercer nivel está conformado por temas y subtemas, su función es aterrizar el estudio en categorías muy concretas y detalladas; los segmentos reducidos permiten mayor profundidad en el análisis. Por ejemplo la tipología de normas que parte de la diferencia de leyes marginales y estructurales, termina en una escala de cinco (5) subcategorías, al realizarse en cada una de ellas una revisión del nivel de aplicabilidad de la propuesta; el resultado es una imagen de cómo la libertad de actuación para reducir el derecho penal varía según el nivel de centralidad de la norma en el andamiaje jurídico. Sin importar el nivel de desagregación que alcance cada tema, por el carácter empírico del estudio en todos ellos hay una experiencia como objeto de estudio.

A diferencia del primer Libro, este estudio posee mayor representatividad frente a la línea de pensamiento minimalista.<sup>715</sup> Porque el denominador común para la adscripción a esta escuela, no viene dada por los pilares conceptuales de su argumentación, sino por su propuesta político criminal.<sup>716</sup> Por tanto es una esfera donde tiende a existir mayor nivel de coincidencia.

El método preponderante en este Libro es el inductivo, su construcción se hará a partir de vivencias de la sociedad ecuatoriana para determinar la aplicabilidad de la

---

<sup>715</sup> Luigi Ferrajoli, *El paradigma del Derecho penal mínimo*, p. 61-63.

<sup>716</sup> Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, p. 304-330.

política criminal minimalista.<sup>717</sup> De manera adicional se utilizará el método hermenéutico, con el fin de extraer del proyecto de código de garantías penales y de sus documentos de presentación, insumos para visualizar una propuesta minimalista integral.<sup>718</sup>

## Título I

### El minimalismo y la extensión del sistema penal

Este primer Título, se destina a analizar la esfera donde se esperaría que el minimalismo sea más fecundo: la reducción de las conductas sometidas al control social penal.<sup>719</sup> Su estructura se conforma de tres *componentes*, los dos primeros están destinados a verificar si la propuesta de reducir la esfera de protección penal es aplicable en la realidad ecuatoriana. En el caso del Capítulo I: “Reducción de la extensión del sistema penal: experiencias de despenalización”, tiene por finalidad fijar de manera provisional la tesis respecto a la aplicabilidad del derecho penal mínimo en nuestro país; para lograr este objetivo el estudio parte de una serie de reformas que consagraron esta filosofía y de la reacción social que se produjo, en conjunto revelan los márgenes de actuación de quienes detentan el poder. En el Capítulo II: “Reducción de la extensión del sistema penal: un ensayo de reforma integral” el análisis parte del anteproyecto de código de garantías penales, propuesta que al haber sido elaborada por militantes del minimalismo de nuestro país, es un instrumento ideal para confrontar esta imagen de normativa minimalista con los márgenes de libertad que los gobernantes

---

<sup>717</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>718</sup> Eugenio Zaffaroni, *Presentación del anteproyecto de código de garantías penales del Ecuador*, p. 11-19.

<sup>719</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al derecho penal*, p. 213-214.

poseen en el Ecuador.<sup>720</sup> El Capítulo III: “Balance: Repercusiones conceptuales de los resultados”, está destinado a describir las implicaciones del nivel de aplicabilidad establecido en los dos capítulos anteriores, así como las repercusiones conceptuales tiene para la forma de entender el proceso de la creación de la norma.

## Capítulo I:

### Reducción de la extensión del sistema penal: experiencias de despenalización

La *tesis* a demostrar en este segundo Libro, consiste en que el relativismo absoluto sostenido por Zaffaroni no es aplicable al Ecuador. El análisis parte de la *premisa* sostenida por el autor de que la norma es un acto arbitrario de poder. Por tanto la libertad de crear y lo que es más importante de eliminar tipos penales es ilimitada.<sup>721</sup>

#### Introducción

Este apartado introductorio tiene tres (3) objetivos: fijar la tesis minimalista,<sup>722</sup> describir la estructura del estudio y establecer la metodología a emplearse.

**(i) Delimitación de la tesis minimalista.-** Por rigurosidad se impone partir de una precisión de la tesis en estudio. Dentro de la *línea conceptual minimalista*, la postura del autor se separa de la posición que suele ser mayoritaria.<sup>723</sup> La tendencia general tiende a ser más cercana a la línea adoptada por Ferrajoli.<sup>724</sup> Autor que sostiene que no es posible renunciar a cierta esfera punitiva, porque los efectos serían bastante

---

<sup>720</sup> Ramiro Ávila, *Anteproyecto de código de garantías penales. La constitucionalización del derecho penal*, p. 87-322.

<sup>721</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 75.

<sup>722</sup> Luigi Ferrajoli, *El paradigma del Derecho penal mínimo*, p. 61-63.

<sup>723</sup> Luigi Ferrajoli, *El paradigma del Derecho penal mínimo*, p. 61-63.

<sup>724</sup> Luigi Ferrajoli, *El paradigma del Derecho penal mínimo*, p. 61-63.

más dolorosos que los generados por el sistema penal, considera que el derecho penal debe ser sustituido pero solo en aquellos límites donde es conveniente.<sup>725</sup>

La posición de Zaffaroni en relación a su *fuerza originaria*, la noción relativista de Becker, plantea dos (2) diferencias. La primera, la escuela de la reacción social al superar la postura de origen *ius naturalista* sustentada en que las normas sociales eran una materialización de valores superiores, adopta una explicación sociológica del proceso de creación de la norma multifactorial, donde influyen intereses, creencias, hábitos, preferencias sexuales de cada sector y hasta factores coyunturales del momento.<sup>726</sup> Mientras que el relativismo de Zaffaroni se centra exclusivamente en la visión materialista, siendo los intereses de la clase dominante los que forjan la ley.<sup>727</sup>

La segunda diferencia es de *matiz*, Zaffaroni adopta una postura absolutista, donde se sostiene que cualquier delito puede ser despenalizado; extremo no presente en la tesis de Becker.<sup>728</sup> Su visión absolutista, le lleva a una imagen de quienes detentan el poder con plena capacidad para delimitar este instrumento social.<sup>729</sup> Este factor es determinante para este estudio, porque esta visión del ejercicio del poder, es la que le dota a su propuesta de reducción punitiva de un carácter de ilimitado.

Estas diferencias se explican por el influjo de otras fuentes, la visión materialista, exclusivamente centrada en el conflicto de clases, se explica por su adscripción *marxista*.<sup>730</sup> En tanto que su matiz absolutista por la influencia ejercida por el *abolicionismo* de Hulsman.<sup>731</sup>

---

<sup>725</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho penal mínimo y otros ensayos*, p. 18-20.

<sup>726</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 152-153.

<sup>727</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 74-75.

<sup>728</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 74-75.

<sup>729</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 75.

<sup>730</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al derecho penal*, p. 165-167.

<sup>731</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

Este estudio aceptó la versión relativista de Becker, en razón de que si la ley penal es creada mediante una decisión de carácter político, resulta forzado negar la intervención de ideologías o intereses propios de los diversos actores.<sup>732</sup> De hecho, la lógica democrática de creación de una ley, consiste en aglutinar dichas visiones diversas en un órgano pluripersonal como el legislativo; con el objeto de que los distintos sectores sean oídos y ojalá muchos de ellos se vean representados en el texto final.

El *objeto de estudio* ya no pasa por dilucidar la validez de la postura relativista, si no el grado de libertad que poseen los gobernantes en la materia penal. En concreto si el nivel de maleabilidad coincide con los niveles absolutos que proponen escuelas como el minimalismo y el abolicionismo.<sup>733</sup> La capacidad de influjo a la larga es el factor que determina el *nivel de aplicabilidad de la propuesta minimalista*.<sup>734</sup>

**(ii) Estructura.-** Los límites de la aplicabilidad serán analizados a partir de los márgenes de libertad que los detentadores del poder poseen para moldear los diversos *tipos de normas*. Como punto de partida se adopta una diferenciación de las leyes, enfocada desde la perspectiva de una escala integrada por normas estructurales y marginales.<sup>735</sup> La diferencia radica en que mientras las primeras constituyen pilares sociales esenciales que soportan el funcionamiento social,<sup>736</sup> las últimas, si bien están vigentes y pueden acarrear efectos beneficiosos para la colectividad, conllevan un aporte no esencial para la convivencia social. A pesar de que la categorización por el papel que juega cada norma en el contexto social, es de validez general para toda norma jurídica, por el objeto de este estudio se aplicará al área penal.

---

<sup>732</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 21-23.

<sup>733</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 75.

<sup>734</sup> Luigi Ferrajoli, *El paradigma del Derecho penal mínimo*, p. 61-63.

<sup>735</sup> Claus Roxin, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Madrid, Reus, 1981, p. 98.

<sup>736</sup> Robert Merton, *Teoría y estructura sociales*, p. 124-131.

En la categoría de *normas estructurales* se hallan aquellas leyes que gozan de una aceptación general y cumplen un papel relevante dentro del devenir social.<sup>737</sup> En razón de que la sociedad como regla general ha confiado a la rama penal la resolución de conflictos donde los intereses más preciados para las personas y la comunidad convergen, la mayoría de tipos penales se ubican en esta esfera.<sup>738</sup> El que se hallen adscritos a esta categoría no quiere decir que todas tengan igual papel dentro del andamiaje social, existen normas que cumplen un papel central como por ejemplo los tipos de homicidio o violación y otras un papel que siendo estructural, es de menor relevancia como el hurto o robo con fuerza contra las cosas.<sup>739</sup>

En el polo opuesto se halla la *esfera extrema de marginalidad*, donde las normas llegan a presentar incluso problemas de vigencia. Por ejemplo, dentro de la esfera penal existen casos de tipos penales donde la convivencia social ha demostrado la falta de aporte significativo de ciertas leyes, realidad que con el paso del tiempo ha marcado que caigan en un completo desuso y quede entredicho su vigencia.<sup>740</sup> Un caso patente de la realidad anotada es el Capítulo de vagos y mendigos, donde el solo análisis jurídico revela la falta de una función social, debido a que no es posible siquiera determinar el bien jurídico que protege. La pérdida de vigencia es tan extrema que en este momento sería muy difícil imaginar la posibilidad de aplicarla, e incluso, cualquier intento en este sentido carecería de legitimidad.<sup>741</sup>

No se puede asimilar la esfera marginal a *normas anacrónicas* o incluso a no beneficiosas para la convivencia ciudadana. Respecto a la primera condición, se debe considerar que existen normas nuevas que se ubican en esferas extremas de marginalidad. Por ejemplo hay regulaciones recientes que no han conseguido

---

<sup>737</sup> Thomas Hobbes, *Discurso histórico políticos*, p. 112.

<sup>738</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, p. 24.

<sup>739</sup> Thomas Hobbes, *Discurso histórico políticos*, p. 112.

<sup>740</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, p. 24.

<sup>741</sup> Código penal, artículo 604.

enraizarse,<sup>742</sup> en materia de tránsito se fijó sanciones para los peatones que cruzan la calle en zonas no autorizadas, esta ley al menos por el momento ante la falta de imposición de sanciones, posee ya problemas serios de vigencia.<sup>743</sup>

De la misma manera, *hay normas marginales beneficiosas para la sociedad*. Esta adscripción se genera porque la frontera que marca la pertenencia a esta categoría, no se fija por la falta de aporte a la convivencia, si no por un nivel de contribución no esencial.<sup>744</sup> Como ejemplo se pueden tomar normas destinadas a regular limitaciones y prohibiciones para el anuncio de licores y tabacos; si bien son leyes necesarias y beneficiosas, pero el funcionamiento de la sociedad no se ve vinculado de manera relevante a su existencia.<sup>745</sup>

La descripción realizada permite contextualizar el objeto de estudio. El haber aceptado en principio el que en todo caso existe un cierto nivel de relativismo, no quiere decir que se otorgue el que los márgenes sean absolutos y que en todos los casos su incidencia sea similar. Por tanto, el objeto del presente estudio analizará la incidencia del relativismo en las diversas normas en relación a la esfera que ocupan en la estructura normativa y el andamiaje social.<sup>746</sup>

Este estudio se ha estructurado sobre la base de tres (3) *componentes*, los dos primeros se dedican a estudiar de manera separada la aplicabilidad de la filosofía minimalista según se intente aplicar a dos (2) categorías de normas: marginales y estructurales.<sup>747</sup> Dentro de la primera categoría se analizarán: normas marginales en desuso y normas marginales funcionales. En las normas estructurales, se ha diferenciado a su vez tres (3) clases: estructural marginales, estructural intermedias, y estructurales

---

<sup>742</sup> Guillermo Hegel, *Filosofía del Derecho*, 5a. ed., Buenos Aires, Claridad, 1968, p. 187.

<sup>743</sup> Ley orgánica de transporte terrestre, tránsito y seguridad vial, artículo 139, literal "j".

<sup>744</sup> Claus Roxin, "Contestación", en Jesús Silva editor, *Política criminal y nuevo Derecho penal: Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, Bosh, 1997, p. 37-38.

<sup>745</sup> Robert Merton, *Teoría y estructura sociales*, p. 124-131.

<sup>746</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 150-153.

<sup>747</sup> Thomas Hobbes, *Discurso histórico políticos*, p. 112.

nucleares. Para cada modalidad de norma se ha escogido un proceso de reforma que permite de manera empírica constatar el nivel de aplicabilidad de los intentos de reducción normativa. Se reconoce un *límite*, el criterio para ubicar cada tipo delictivo dentro de esta escala es valorativo, no existe un método preciso para su diferenciación. Los criterios utilizados para realizar esta distinción son: la relevancia del bien jurídico protegido, la magnitud de afectación a ese bien y otros bienes colaterales y sobre todo, el papel que cumple la norma para el funcionamiento de la sociedad.<sup>748</sup>

El tercer componente titulado: (3) “Validación de Resultados: las reformas penales desde la vigencia del minimalismo”, se destina a verificar la fiabilidad del análisis. El método que se emplea consiste en una comparación de la muestra estudiada con el universo de reformas plasmadas durante la vigencia de la filosofía minimalista.<sup>749</sup>

**(iii) Metodología.-** Al no ser es un proceso fácil el analizar la esfera de libertad que disponen los detentadores del poder político para crear una norma, la elección de una metodología adecuada es un elemento crucial. La propuesta de Becker que le permitió sostener la existencia del relativismo en la creación de la norma, en lo fundamental se basó en el análisis de un proceso legislativo. En concreto estudió el proceso de creación de la ley de impuesto a la marihuana en Estados Unidos.<sup>750</sup>

El tomar como primer referente la propia metodología utilizada por Becker en principio parece una alternativa interesante, debido a que conlleva tres (3) *ventajas*: (i) *análisis comparativo*, el uso de metodologías cercanas otorga la posibilidad de realizar ciertos ejercicios de cotejar resultados, posibilidad que es esencial para el estudio a efectuarse. (ii) *Adecuación*, si se parte de que el objeto de estudio es la libertad de los gobernantes para determinar si una conducta es o no excluida en la esfera penal, el tomar como referente los procesos de reforma legislativa, parece que es un elemento

---

<sup>748</sup> Claus Roxin, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, p. 98.

<sup>749</sup> Luigi Ferrajoli, *El paradigma del Derecho penal mínimo*, p. 61-63.

<sup>750</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 154-165.



indispensable para abordar el tema en estudio. (iii) *fiabilidad*, se trata de una metodología probada, porque el interaccionismo simbólico es una línea de pensamiento que ha estado por décadas en la mesa de estudio, sin que hasta el momento su construcción haya recibido críticas relevantes.<sup>751</sup>

Si bien la metodología de Becker en principio es adecuada, es necesario realizar un *proceso de revisión*, en razón de que el objeto de estudio no es el mismo y su estudio demanda introducir dos cambios. La primera diferencia se ubica en que los *casos de estudio* deben tener distinta naturaleza. Al ser la finalidad de Becker demostrar que el elemento relativista es omnipresente, cualquier proceso de reforma es útil para su investigación, porque le permite constatar la presencia del mencionado componente.<sup>752</sup> En tanto que el determinar el nivel de influjo que detentan los gobernantes al momento de derogar una ley, demanda de un estudio de reformas legales que despenalizan conductas; porque sólo cuando se dan procesos de merma en la esfera de protección de la ley penal, se genera una reacción social que cuestiona la decisión de la clase dirigente y sale a relucir su margen de incidencia en las fronteras del sistema penal.

La segunda diferencia, se relaciona con el cambio de la *esfera de estudio*. Dado que Becker intentaba reflejar el relativismo en la norma, su estudio se centra en su proceso de creación, ya que este lapso es cuando se manifiesta el juego de intereses. En tanto que el presente estudio al buscar determinar los márgenes que los dirigentes tienen para disminuir la esfera penal, el interés se enfoca en la reacción social posterior a la reforma. Porque la tensión entre los gobernantes que desean excluir la norma y los ciudadanos que la defienden, es la que marca la viabilidad de plasmar una disminución en la esfera de las conductas protegidas por el sistema penal.<sup>753</sup>

---

<sup>751</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, p. 83.

<sup>752</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 154-165.

<sup>753</sup> H. Hart, *El concepto de Derecho*, 2 ed. Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1995, p. 94.

Para terminar, es interesante destacar que para este estudio Ecuador es un escenario único, en razón de que la sola descripción de las normas especialmente estructurales, revela una dificultad extrema de que existan procesos legislativos cuya finalidad haya sido despenalizarlas.<sup>754</sup> Sin embargo, la gran actividad legislativa que ha existido en los últimos años, un nivel elevado de experimentación e incluso un trabajo poco prolijo de parte de las instituciones responsables, permiten contar con casos de estudio para cada una de ellas. Realidad que otorga una visión bastante completa del influjo del relativismo el andamiaje normativo.<sup>755</sup>

## 1. Normas marginales

### 1.1 Normas marginales en desuso: la experiencia de despenalización del adulterio

En este nivel se encasilla a aquellas leyes que no gozan de una vigencia real.<sup>756</sup> Para poner la tesis relativista de Zaffaroni a prueba en esta categoría, se ha escogida una reforma al código penal de junio del 2005. Este proceso modificatorio tuvo como uno de sus objetivos centrales, el revisar las normas destinadas a proteger la libertad sexual. En concreto el *caso de estudio* es la derogatoria de los dos (2) artículos que componían el Capítulo destinado a sancionar el adulterio.<sup>757</sup>

El *proceso de reforma* fue sencillo, se realizó sin que mediase reacción ciudadana alguna, quienes estaban en el poder tuvieron márgenes de libertad suficientemente para expulsar del ordenamiento las conductas contenidas en el mencionado Capítulo. El caso estudiado revela que una norma penal que estaba vigente,

---

<sup>754</sup> Thomas Hobbes, *Discurso histórico políticos*, p. 112.

<sup>755</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*, p. 25.

<sup>756</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, p. 24.

<sup>757</sup> Registro oficial, No. 511, 10 de junio de 1983.

de un día al otro fue derogada por los gobernantes, por tanto confirma en esta esfera la hipótesis abolicionista y minimalista de un relativismo absoluto.<sup>758</sup>

Esta experiencia no resulta suficiente para sostener que está ratificada la tesis expuesta, debido a dos motivos: el primero, la esfera de las normas que han quedado en desuso no es representativa del universo de tipificaciones penales. En segundo lugar, no ejemplifica el conflicto de fondo, la tensión que limita el poder de los gobernantes, es la presión ejercida por la sociedad o buena parte de ella. Sin embargo en este caso no hubo disidencia, existió un acuerdo tácito sobre la legitimidad de la derogatoria. A pesar del repudio moral que cierto sector pudiese sentir ante el adulterio, a nadie se le ocurría llevar un conflicto de esta naturaleza ante los tribunales penales.

Incluso el problema de representatividad de esta experiencia, puede plantearse en términos más extremos. Si las tesis positivistas más puras como la planteada por Kelsen, reconocen que la vigencia de una norma no se satisface con la sola esfera formal, sino que es necesaria una cierta eficacia marcada por el respeto y la aplicación de la consecuencia jurídica en ella prevista. Se podría de manera justa sostener que no se trató de un verdadero proceso de derogatoria, porque en realidad esta ley no estaba vigente.<sup>759</sup> Queda pendiente el debate de que no toda norma ilegítima puede de por sí ser desconocida,<sup>760</sup> y que el desuso no necesariamente es causa suficiente para volverla inaplicable, sin embargo son problemas que superan los fines de este estudio.<sup>761</sup>

Este tipo de normas tienen problemas tan claros de vigencia que incluso es previsible su expulsión de la esfera penal. Por ejemplo, tres proyectos de matrices ideológicas diversas coinciden en la eliminación del Capítulo dedicado a la sanción de

---

<sup>758</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 75.

<sup>759</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, p. 24.

<sup>760</sup> Jhon Rawls, *Teoría de la justicia*, México D.F., Fondo de cultura económico, 2da. ed., 1979, p. 320-321.

<sup>761</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, p. 219-225.

“vagos y mendigos”<sup>762</sup>: “anteproyecto de código de garantías penales”,<sup>763</sup> “Ley reformativa al código penal, código de procedimiento penal, código de ejecución de penas y código de la niñez y adolescencia”<sup>764</sup> y “Ley del código orgánico integral penal”. Este último ya aprobado y a la espera de entrar en vigencia.<sup>765</sup>

En resumen, si bien el caso estudiado muestra que el poder gozó de plena libertad para derogar una norma marginal en desuso, esta realidad se suscita en un contexto en el que no existía una contraparte que ejerciese tensión. Por tanto, a pesar de ser un dato relevante, todavía no es definitorio de la viabilidad de la tesis absolutista.

## 1.2 Normas marginal funcionales: la despenalización del giro de cheques sin provisión de fondos

Esta esfera se conforma por aquellas normas que tienen una vigencia efectiva y<sup>766</sup> cumplen un rol en el funcionamiento diario de la sociedad, sin alcanzar el estatus de estructurales.<sup>767</sup> Para esta revisión se ha escogido la despenalización de la figura del pago de cheque sin provisión de fondos sucedida en marzo del 2009.<sup>768</sup>

Su adscripción a esta esfera se debe a que si bien existe una afectación a la propiedad y a la fe privada,<sup>769</sup> la lesión práctica se acerca mucho a un incumplimiento

---

<sup>762</sup> Código Penal, Artículos 383-385.

<sup>763</sup> Ministerio de Justicia y Derechos HumanosMinisterio de Justicia y Derechos HumanosMinisterio de Justicia y Derechos Humanos, “Anteproyecto de código de Garantías Penales. exposición de motivos”, en Ramiro Ávila editor, *Anteproyecto de código de garantías penales. La constitucionalización del derecho penal*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos HumanosMinisterio de Justicia y Derechos HumanosMinisterio de Justicia y Derechos Humanos, 2.009, p. 41-71.

<sup>764</sup> *Ley reformativa al código penal, Código de procedimiento penal, código de ejecución de penas y código de la niñez y adolescencia*,  
“<http://documentacion.asambleanacional.gov.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/1150fb96-c266-4446-84be-ff6bafa92b5d/%20Ley%20Reformativa%20en%20Materia%20Penal>”, (20 de abril de 2012).

<sup>765</sup> *Ley del código orgánico integral penal*,  
“<http://documentacion.asambleanacional.gov.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/233c7e51-a5a7-4c0e-a848-79e6ead28a9c/Ley%20del%20C%C3%B3digo%20Org%C3%A1nico%20Integral%20Penal>”, (20 de abril de 2012).

<sup>766</sup> Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y las penas*, México D.F., Porrúa, 2010, p. 8-9.

<sup>767</sup> Robert Merton, *Teoría y estructura sociales*, p. 124-131.

<sup>768</sup> Suplemento del Registro oficial, No. 555, 25 de marzo de 2009.

<sup>769</sup> A pesar que nuestro código le ubicaba entre los delitos contra la fe pública, al ser el cheque un documento privado y no dar fe pública, en este estudio no se sigue el criterio legal de adscripción.

contractual.<sup>770</sup> La amalgama entre una lesión baja y bienes jurídicos no esenciales, marca su ubicación en la esfera marginal. En tanto que su uso diario y el cumplimiento de un rol en el devenir social, le adscriben a la categoría funcional en la esfera marginal.<sup>771</sup>

Este ejemplo también confirma la hipótesis relativista,<sup>772</sup> porque a pesar de que en esta ocasión hubo voces, sobre todo del gremio de abogados, que cuestionaron la reforma, fracasó el intento de frenar la misma. La oposición que se tejió, recurrió al argumento de que sin protección jurídica efectiva un instrumento esencial para el comercio. Sin embargo, en este caso una explicación de los promotores bastó para asegurar su éxito, se sostuvo que lo lógico era utilizar la materia civil, ya que para cobrar una deuda no es justo utilizar una herramienta tan aflictiva.<sup>773</sup>

Este ejemplo también tiende a confirmar la tesis relativista extrema de Hulsman y Zaffaroni. Sin embargo hay un matiz interesante en la reacción social: las normas marginales en desuso cuando son expulsadas no generan resistencia alguna; mientras que en el caso de una norma marginal funcional se hace presente una reacción ciudadana. A pesar que por ser de magnitud es vencida por el margen de acción de quienes se hallan en el poder.<sup>774</sup>

El estudio de las normas marginales en la realidad ecuatoriana, permite realizar una comparación con el análisis originario de Becker, con el fin de analizar si el caso estudiado por este autor es explicable desde la realidad constatada en nuestro país respecto a las normas marginales.<sup>775</sup> Una confrontación entre los casos estudiados revela

---

<sup>770</sup> Jorge Zavala, *Delitos contra la fe pública*, tomo I, Guayaquil, Edino, 1993, p. 45-49.

<sup>771</sup> Thomas Hobbes, *Discurso histórico políticos*, p. 112.

<sup>772</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 75.

<sup>773</sup> Luigi Ferrajoli, *El derecho penal mínimo*,

"<http://www.derechopenalenlared.com/docs/ferrajolielderechopenalminimo.pdf>", (Consultado el 30 de septiembre de 2012).

<sup>774</sup> Robert Merton, *Teoría y estructura sociales*, p. 124-131.

<sup>775</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 11-12.

un primer dato de interés: el caso de la creación de tributos para la marihuana,<sup>776</sup> no se trata de una norma que se ubica en la esfera penal. Realidad que por sí sola no determina su adscripción de estructural o marginal.<sup>777</sup>

Es un simplismo sostener que el ser penal le hace a una norma estructural, o el no serlo le excluye de esta categoría,<sup>778</sup> ya que hay una serie de normas que son básicas para el funcionamiento de la sociedad y no tienen naturaleza punitiva.<sup>779</sup> Por ejemplo, aquellas normas civiles destinadas al cumplimiento contractual.<sup>780</sup> ¿Una regla que regula un tributo a la producción de marihuana en ese momento afectaba el funcionamiento de la sociedad norteamericana? La respuesta es negativa, porque su consecuencia era generar un ingreso estatal, y si bien al incrementar el precio puede incidir en cierto nivel en la demanda, el efecto llamado a producir es tangencial.<sup>781</sup>

Tema distinto es que en décadas posteriores, esta sociedad haya considerado que era droga y que el disminuir su tráfico era un tema esencial para su convivencia.<sup>782</sup> De manera paulatina su postura se endureció, hubo un cambio en la cosmovisión sobre el uso de esta sustancia.<sup>783</sup> Más allá de que hoy se reconoce que la legislación punitiva con respecto a la droga, en la sociedad estadounidense parece alcanzar el rango de estructural. Sin embargo este hecho en nada afecta a que en el momento estudiado por Becker, esa ley tributaria era marginal.<sup>784</sup>

El estudio realizado en la sociedad ecuatoriana y norteamericana, coinciden en que frente a una norma de naturaleza marginal, la realidad muestra amplios márgenes

---

<sup>776</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 154-165.

<sup>777</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 151-152.

<sup>778</sup> Thomas Hobbes, *Discurso histórico políticos*, p. 112.

<sup>779</sup> Robert Merton, *Teoría y estructura sociales*, p. 124-131.

<sup>780</sup> Manuel Atienza, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2012, p.23-25.

<sup>781</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 154-165.

<sup>782</sup> Claus Roxin, *Contestación*, p. 37-38.

<sup>783</sup> Rosa del Olmo, *Drogas: ¿percepciones o realidad?*, en *Criminología y derecho penal*, No. 2, Guayaquil, Edino, 1992, p. 13-55.

<sup>784</sup> Thomas Hobbes, *Discurso histórico políticos*, p. 112.

para que la clase dirigente pueda crear o derogar normas penales.<sup>785</sup> Sin embargo este resultado todavía no puede ser extrapolado a la esfera estructural.<sup>786</sup>

## 2. Normas estructurales

### 2.1 Normas estructural marginales: la despenalización de hurtos y robos de montos bajos y medios

(i) **Introducción.-** Este ámbito representa el primer nivel de la esfera estructural de las normas, adquiere una *relevancia* especial debido a que al afectar el funcionamiento social, es previsible que se presente una diferencia de criterio entre los detentadores del poder y al menos una parte la sociedad.<sup>787</sup>

Como *referente de estudio* se ha tomado un proceso de reforma, cuyo objeto fue el pasar de delitos a contravenciones los hurtos y robos de hasta un monto medio bajo. Esta experiencia se inserta en un proceso de reforma más amplio, que se inicia años antes pero toma fuerza durante el 2008.<sup>788</sup> Se trata de una propuesta de reforma dirigida sobre todo al área procesal penal, cuyo fin fue profundizar el modelo acusatorio oral, como un mecanismo para elevar de manera conjunta la efectividad de la persecución penal y el respeto a los derechos de las personas.<sup>789</sup> En este escenario, con un criterio claramente utilitario se hizo una reforma a ciertos tipos penales, en razón del influjo que tenían en el funcionamiento global del sistema penal. En el caso de los dos tipos contra la propiedad en estudio, fue dirigida a superar el problema del límite en extremo bajo se fijado para separar de los delitos de las contravenciones, cualquier hurto o robo en la práctica era delito. Realidad que a la postre colapso del sistema.<sup>790</sup>

---

<sup>785</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 21-22.

<sup>786</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*.

<sup>787</sup> Thomas Hobbes, *Discurso histórico políticos*, p. 112.

<sup>788</sup> Comisión de aplicación de la reforma procesal penal, *Proyecto de reformas al código de procedimiento penal*, Quito, Comisión de aplicación de la reforma procesal penal, sin año.

<sup>789</sup> Considerandos. Ley reformativa al código de procedimiento penal y otras normas, Suplemento del Registro oficial, No. 555, 24 de marzo de 2009.

<sup>790</sup> Suplemento del Registro oficial, No. 555, 24 de marzo de 2009.

(ii) **Descripción del proceso de reforma legal.**- La Fiscalía fue protagonista en la reforma de estos artículos debido a un interés coyuntural concreto. Al ser la institución encargada de dirigir la persecución penal, comenzaba a ser objeto del escrutinio público, ya que en ese momento la demanda social por seguridad<sup>791</sup> y efectividad en el sistema penal había tomado fuerza.<sup>792</sup> Realidad que se hizo palpable, cuando cierto sector de la Asamblea Nacional en respuesta a esta preocupación, comenzó a realizar un seguimiento de su funcionamiento. Algunos asambleístas comenzaron a requerir información que diera cuenta de su desempeño. Aspecto en las relaciones interinstitucionales es visto como acto preparatorio para un juicio político.

En este contexto la Fiscalía tenía un incentivo fuerte para intentar desviar la atención de su responsabilidad hacía la esfera legal. Escenario en el cual encaja de manera adecuada, la argumentación de que la falta de una correcta regulación del hurto y robo había sido la responsable del colapso de la justicia.<sup>793</sup>

Hubo otras instancias del poder que recibieron bien esta propuesta, por ejemplo el Ministerio de Justicia se sumó. La argumentación utilizada por esta institución, se centró en que era un primer paso para la realización de la política criminal prescrita por la Constitución:<sup>794</sup> el derecho penal mínimo.<sup>795</sup>

La relevancia de la reforma se advierte, cuando se considera que en ese entonces, la frontera que dividía los delitos de las contravenciones estaba fijada en un salario mínimo vital. Bajo un escenario en el cual, esta unidad de medida había sido abandonada hace años, debido a que se generalizó el uso de pactar contratos colectivos y otras obligaciones estatales en estas unidades de valor con el fin de evitar el riesgo de

---

<sup>791</sup> Mauricio Duce, *La seguridad ciudadana y la reforma del sistema de justicia penal en América Latina*, p. 102.

<sup>792</sup> Winfried Hassemer, *Por qué no debe suprimirse el Derecho penal*, p. 15-16.

<sup>793</sup> Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, p. 38.

<sup>794</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*, p. 23.

<sup>795</sup> Constitución de la república del Ecuador, artículo 195.



la inflación. Realidad que llevó al Estado a considerar la conveniencia de realizar los incrementos salariales, sobre la base de otros componentes y de esta manera evitar un rebote mayor sobre el presupuesto nacional. El proceso de depreciación paulatino que ya era significativo, se agravó de manera radical por la crisis bancaria, donde la moneda nacional se pauperizó, al final de este período cuando Ecuador se dolariza, el salario mínimo vital alcanza el monto de cuatro (4) dólares.

La propuesta concreta fijó el límite en tres (3) salarios básicos unificados, cifra que para la fecha representaba seiscientos cincuenta y cuatro (654) dólares, ciento sesenta y tres (163) veces más.<sup>796</sup> Ya que en principio los argumentos parecían razonables y había entre los diversos sectores políticos el deseo de potenciar el funcionamiento del sistema penal, el proyecto fue bien recibido. Al tratarse de delitos que afectaban montos que en ese momento fueron calificados como bajos, la afectación era a un bien jurídico considerado como no tan relevante y al ser una reforma presentada por el órgano que lidera la persecución penal con el aval del Ministerio de Justicia, no generó mayor controversia ni hubo algún sector que la cuestionara. El 24 de marzo del 2009 entra a regir la reforma tal como fue planteada.<sup>797</sup>

**(iii) Reacción social frente a la reforma.-** Existen dos *antecedentes* que deben ser considerados para valorar esta experiencia: el primero, en la práctica el traspaso de la esfera indicada de hurtos y robos a contravenciones, había equivalido a despenalizarlos. Debido a que las condiciones con las que se prestaba el servicio de administración de justicia implicaban una absoluta impunidad.<sup>798</sup> Factores tales como la inexistencia de un órgano policial que se ocupase de la investigación, la improcedencia de la prisión preventiva u otra medida cautelar que realmente garantizase la presencia

---

<sup>796</sup> Asamblea Nacional, *Trámite de las leyes*, “<http://www.asambleanacional.gov.ec/tramite-de-las-leyes.html>”, (Consultado el 4 de abril de 2012).

<sup>797</sup> Asamblea Nacional, *Trámite de las leyes*, “<http://www.asambleanacional.gov.ec/tramite-de-las-leyes.html>”, (Consultado el 4 de abril de 2012).

<sup>798</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 14-16.

del procesado en el juzgamiento, una institucionalidad carente de elementales recursos humanos y técnicos suficientes, entre otras razones, conllevaban un servicio en extremo deficiente. Razón por la cual en este estudio en adelante esta reforma será referida como una despenalización fáctica de los delitos de hurto y robo hasta montos medios bajos.

El segundo antecedente, hace referencia a que no hubo un cuestionamiento inmediato de los medios de comunicación ni un sector que abanderase la crítica. De hecho los primeros cuatro meses este tema estuvo ausente del debate nacional. Por tanto resulta forzado intentar imputar los resultados a manipulaciones interesadas.

La *reacción social* parte en el quinto mes, cuando un sector de ciudadanía había sufrido en carne propia las consecuencias de la reforma, el panorama varía. Se forja una experiencia compartida de que es posible infringir estas normas sin que exista reacción alguna se difunde en la sociedad,<sup>799</sup> algunos casos se filtran hacia los medios de comunicación, en semanas toma tanta fuerza esta preocupación que pasa a ocupar un sitio principal en el interés colectivo.<sup>800</sup> Pronto se enraíza un sentimiento de desprotección e indignación, los engranajes democráticos se ponen en funcionamiento y comienza a existir un costo de legitimidad alto para todos los sectores involucrados.<sup>801</sup> En especial las críticas se dirigen contra la función legislativa.<sup>802</sup>

Como hecho anecdótico que muestra lo incómodo que resultaba el asumir la responsabilidad sobre el proyecto en esos días, en un momento dado el Fiscal General encargado promotor del proyecto, salió a los medios de comunicación a increpar a la Asamblea por los efectos producidos por la despenalización fáctica de esta esfera delictiva. Desde luego el intento por burdo no prosperó, lo único que consiguió es que le

---

<sup>799</sup>Winfried Hassemer, *Por qué no debe suprimirse el Derecho penal*, p. 24.

<sup>800</sup>Hans Kelsen, *¿Qué es la justicia?*, México D. F., Fontamara, 2011, p. 14-16.

<sup>801</sup>Francisco Carrara, *Programa de derecho criminal. De la pena y del juicio criminal*, Loja, Universidad de Loja, p. 50.

<sup>802</sup>En ese momento era la comisión de legislación debido a que así se previó en el proceso constituyente.

recordasen en público quien era el proponente y que la ciudadanía tuviera claro que responsabilidad había tenido en este proceso de reforma legal.

Es curioso constatar como la clase política a pesar de ensayar un par de argumentos disuasivos, no tardó en alinearse con la exigencia colectiva.<sup>803</sup> Desde el 13 de octubre del 2.009 hasta el 26 de enero del 2.010 se presentaron doce (12) proyectos de reformas penales, de los cuales la mitad incluían una respuesta para este problema. Estos 6 proyectos eran patrocinados por setenta y siete (77) firmas de asambleístas. Cuando en ese momento la Comisión legislativa y de fiscalización, órgano que ejerció esta función del Estado en el periodo que medio entre la Asamblea Constituyente y la Asamblea Nacional, apenas contaba con setenta y seis (76) representantes. Fenómeno que se explica porque cada asambleísta puede firmar en más de un proyecto.<sup>804</sup>

Además existen un par de datos referidos al origen de los proyectos que son relevantes para reflejar el ambiente que se vivía. El primero se relaciona con el consenso que generó la contra reforma, congregó a los movimientos políticos más disímiles. No existió ideología o cálculo político que llevase a adoptar una postura divergente, entre los propulsores se hallan Asambleístas de las más variadas tendencias.

El segundo dato es aún más llamativo, consiste en notar que el proponente de un proyecto destinado a dar un paso atrás en la reforma era la propia Fiscalía. La presión social le había obligado a dejar de lado su pretensión de sacarse de encima parte de la carga laboral y a pesar del costo de legitimidad que conllevaba. Arrinconada por la presión popular, optó no solo por reconocer el error, sino que de manera frontal tuvo que presentar una propuesta para corregir el yerro en el que había incurrido.

Es interesante analizar la *variación propuesta* por los proyectos. Para fijar la línea de base se debe recordar que para marzo del 2010 fecha en que se aprobó la

---

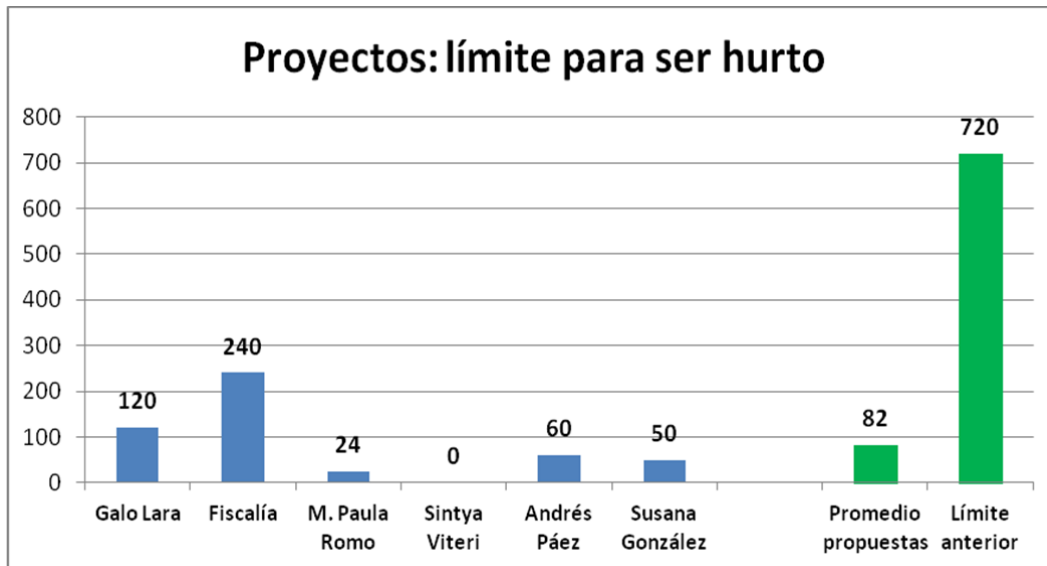
<sup>803</sup> Manuel Atienza, *El sentido del Derecho*, p. 39-40.

<sup>804</sup> Asamblea nacional, *Trámite de las leyes*, "<http://www.asambleanacional.gov.ec/tramite-de-las-leyes.html>", (Consultado el 4 de abril de 2012).

contrareforma, el salario básico unificado había subido ya a doscientos cuarenta (240) dólares, por tanto el límite llegó a ser de setecientos veinte (720) dólares.

**Gráfico 8**

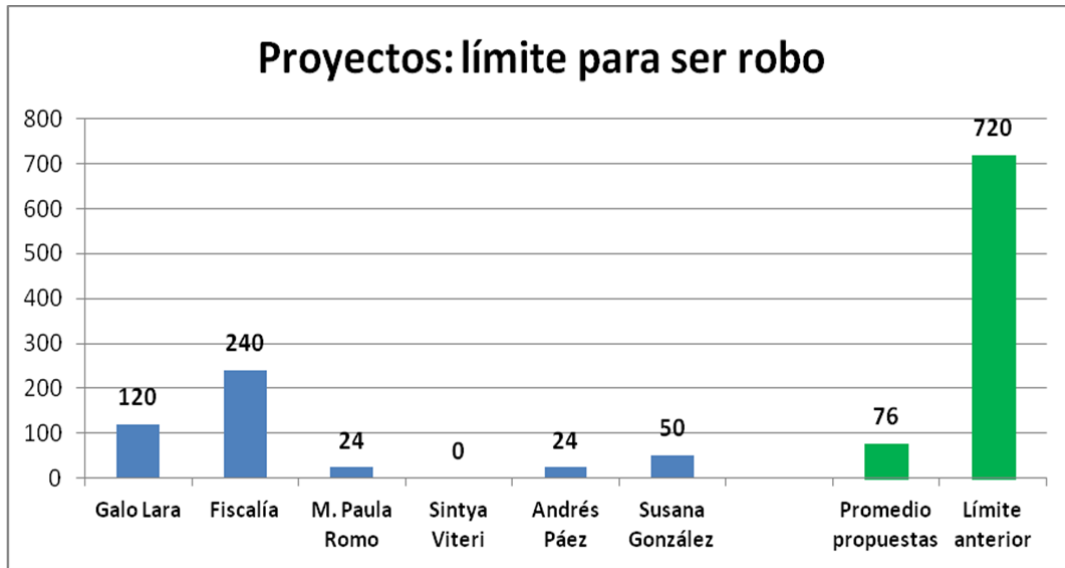
**Título: Proyectos presentados para corregir el límite del hurto.**  
**Fuente: Elaboración propia. Datos de la Asamblea nacional.**<sup>805</sup>



<sup>805</sup> Asamblea Nacional, *Trámite de las leyes: Comisión de justicia y estructura del estado*, “<http://www.asambleanacional.gov.ec/tramite-de-las-leyes.html>”, (Consultado el 10 de febrero de 2012).

Gráfico 9

Título: Proyectos presentados para corregir el límite del robo.  
Fuente: Elaboración propia. Datos de la Asamblea nacional.<sup>806</sup>



Es interesante notar que todas las propuestas proponen reducir al menos a la tercera parte el límite vigente hasta ese momento. Incluso la tendencia en realidad es más seria, porque si se deja de lado la propuesta de Fiscalía, debido a lo incómodo que era reconocer la magnitud del error cometido, resulta que la propuesta que le sigue conlleva una reducción a la sexta parte. Además si se compara el promedio con el límite referido al hurto y el robo en ambos casos el monto planteado es aproximadamente nueve (9) veces menor a los respectivos montos que estaban vigentes.

Un hecho que no puede ser dejado de lado es el *tiempo que demandó el trámite*. Desde el 30 de octubre del 2009, fecha en que el presidente de la Asamblea envía los proyectos a la Comisión de justicia y estructura del estado para que se inicie el

<sup>806</sup> Asamblea Nacional, *Trámite de las leyes: Comisión de justicia y estructura del estado*, "<http://www.asambleanacional.gov.ec/tramite-de-las-leyes.html>", (Consultado el 10 de febrero de 2012).

trámite,<sup>807</sup> hasta el 29 de marzo del 2010 donde aparece publicada la contrareforma en el registro oficial, pasó un tiempo de cinco (5) meses. Tiempo en el cual se revisó las propuestas existentes, se construyó el proyecto por parte de la comisión de justicia, se efectuó el primer debate, se recogieron las observaciones y preparó el informe para segundo debate, se aprobó en segundo debate, pasó al ejecutivo quien revisó y realizó un veto parcial, la Asamblea aprobó el texto definitivo y se publicó en el registro oficial.<sup>808</sup>

Frente a un trámite complejo y normalmente caracterizado por su lentitud, el proyecto supera los diversos filtros y establece un verdadero record. Resulta paradigmático que justamente al año de la reforma original entre en vigencia la contrareforma. Incluso es más llamativo que siete (7) meses desde que se comenzara a forjar una reacción social ante la despenalización de facto del hurto y robo, la reforma había sido revertida.<sup>809</sup> Estos datos revelan la presión a la que fue sometida la institucionalidad por parte de la sociedad ecuatoriana.

Un dato adicional importante, consiste en observar el *nivel de variación* que existió entre la reforma y el monto finalmente aprobado en la contrareforma:

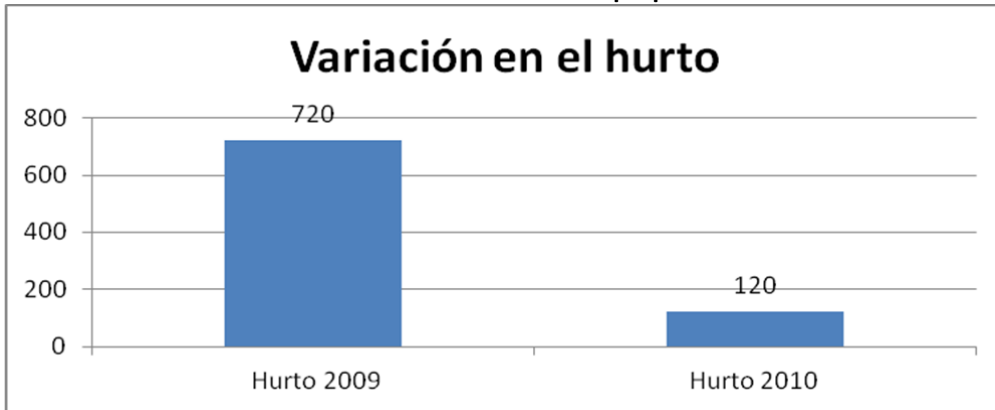
---

<sup>807</sup> Asamblea Nacional, *Informe para primer debate. Ley reformativa al código penal y al código de procedimiento penal*, "<http://documentacion.asambleanacional.gov.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/7a681f06-85bb-42e0-907a-153bde62d627/Ley%20Reformativa%20C%C3%B3digo%20de%20Procedimiento%20Penal%20y%20al%20C%C3%B3digo%20Penal>", (Consultado el 27 de septiembre de 2012).

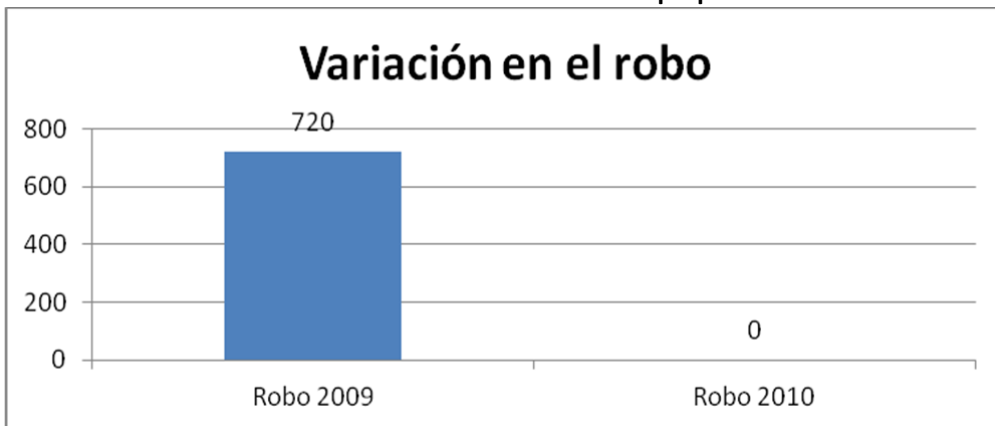
<sup>808</sup> Suplemento del Registro oficial, No. 160, 29 de marzo de 2010.

<sup>809</sup> Ralph Dahrendorf, *Ley y orden*, p. 40 -42.

**Gráfico 10**  
**Título: Variación en el monto necesario para que sea hurto.**<sup>810</sup>  
**Fuente: Elaboración propia**



**Gráfico 11**  
**Título: Variación en el monto necesario para que sea robo.**<sup>811</sup>  
**Fuente: Elaboración propia**



El nuevo monto para que sea un hurto pasó a ser seis (6) veces menor. Aún más significativo es el dato referido al robo, resulta que el monto aprobado por la Asamblea y el ejecutivo, es radicalmente inferior al promedio propuesto por los propios impulsores.<sup>812</sup> Realidad que refleja como el paso del tiempo radicalizaba las posturas.

Cabe plantear una *reflexión*, por qué una violación como el hurto y robo de montos medios bajos que es reconocida como leve, consiguió causar una reacción con

<sup>810</sup> Suplemento del Registro oficial, No. 160, 29 de marzo de 2010.

<sup>811</sup> Suplemento del Registro oficial, No. 160, 29 de marzo de 2010.

<sup>812</sup> Asamblea nacional, *Trámite de las leyes*, "<http://www.asambleanacional.gov.ec/tramite-de-las-leyes.html>", (Consultado el 4 de abril de 2012).

una magnitud tan contundente.<sup>813</sup> La hipótesis que se plantea, es que más allá de la gravedad de la infracción, al estar en juego un pilar fundamental del funcionamiento social como es la propiedad, su repercusión es profunda para la convivencia.<sup>814</sup> El no sancionar un comportamiento que ataca de manera frontal este derecho, conlleva relativizar un valor social que hoy en día es central para nuestra sociedad.<sup>815</sup> Los propulsores de las reformas no visualizaron una de las repercusiones de la no imposición de una pena. Hegel en su momento ya sostuvo que la sanción era un elemento central para consolidar la vigencia de la norma.<sup>816</sup>

Queda pendiente el análisis del *monto*. Para dimensionar el impacto de la reforma, se debe poner en perspectiva la suma fijada en relación al contexto nacional. Como referente se puede tomar el porcentaje de ecuatorianos que viven por debajo del umbral de pobreza.<sup>817</sup>

---

<sup>813</sup> Juan Rousseau, *El contrato social*, p. 31-34.

<sup>814</sup> Claus Roxin, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, p. 98.

<sup>815</sup> Winfried Hassemer, *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*, p. 20-21.

<sup>816</sup> Guillermo Hegel, *Filosofía del derecho*, p. 112.

<sup>817</sup> INEC, *Últimos datos de pobreza en el Ecuador*,

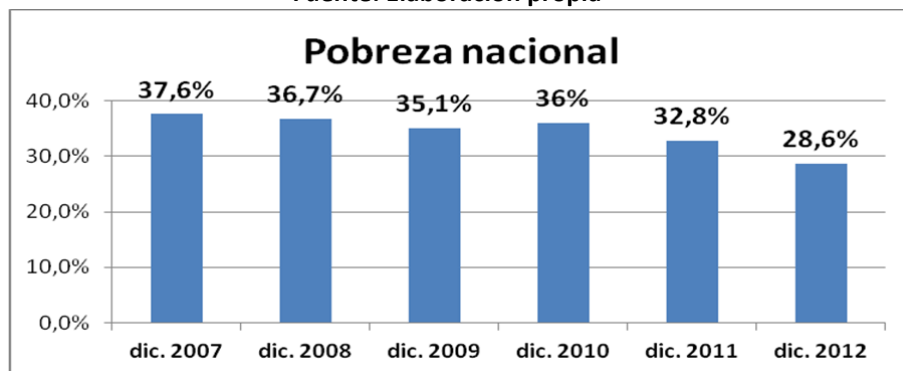
“[http://www.inec.gob.ec/inec/index.php?option=com\\_remository&Itemid=420&func=startdown&id=1250&lang=es](http://www.inec.gob.ec/inec/index.php?option=com_remository&Itemid=420&func=startdown&id=1250&lang=es)”, (Consultado el 30 de octubre de 2012).



**Gráfico 12**

**Título: Variación por año del porcentaje de ecuatorianos que viven en condición de pobreza.<sup>818</sup>**

**Fuente: Elaboración propia**



Para ese entonces el umbral de la pobreza en el Ecuador se establece en dos dólares con cuarenta y siete (2,47) centavos diarios. Por tanto entre los años 2009 y 2010 el ingreso de más de la tercera parte de los ecuatorianos, no llegaba mensualmente a setenta y cuatro (74) dólares mensuales, esto es casi diez (10) veces menos que el monto fijado para que un hurto o robo fuese delito. Dato que por sí solo justifica la desproporción que existió al momento de fijar el límite para ser contravención.<sup>819</sup>

La Fiscalía tenía razón en indicar que el monto de cuatro (4) dólares hacía que en la práctica no existiese un límite, no era exagerado sostener que salvo alguna excepción todo hurto y robo siempre era delito. El error en que incurrió, consistió en no valorar lo que implicaba para buena parte de la población el cambio legal. El dejar desprotegida a una parte mayoritaria de la sociedad frente a actos que comprometen una parte relevante de su patrimonio, no es un tema menor.

<sup>818</sup> INEC, *Últimos datos de pobreza en el Ecuador*, "[http://www.inec.gob.ec/inec/index.php?option=com\\_remository&Itemid=420&func=startdown&id=1250&lang=es](http://www.inec.gob.ec/inec/index.php?option=com_remository&Itemid=420&func=startdown&id=1250&lang=es)", (Consultado el 30 de octubre de 2012).

<sup>819</sup> INEC, *Últimos datos de pobreza en el Ecuador*, "[http://www.inec.gob.ec/inec/index.php?option=com\\_remository&Itemid=420&func=startdown&id=1250&lang=es](http://www.inec.gob.ec/inec/index.php?option=com_remository&Itemid=420&func=startdown&id=1250&lang=es)", (Consultado el 30 de octubre de 2012).

(v) **Repercusión social.**- Esta experiencia desde el *punto de vista sociológico* es única: de un momento a otro un pilar fundamental como la propiedad fue relativizado de manera seria.<sup>820</sup> El análisis de un fenómeno tan peculiar demanda un marco teórico para su estudio, la propuesta escogida fue la elaborada por Ralph Dahrendorf.<sup>821</sup>

En esos días Ecuador vivió un momento marcado por la anomia, término que en este estudio no se emplea en el sentido originario elaborado por Durkheim<sup>822</sup> y Merton,<sup>823</sup> si no bajo la redefinición realizada por Dahrendorf.<sup>824</sup> Esta variación implica abandonar una visión individualista, donde este término representa un estado psicológico desencadenado por la falta de influjo de los mandatos sociales sobre la persona;<sup>825</sup> para describir un estado de la sociedad,<sup>826</sup> caracterizado por la pérdida de validez de las normas y la relativización de los conceptos de ley y orden.<sup>827</sup>

Dahrendorf ejemplifica como casos extremos de esta tendencia, momentos de ruptura de la estructura estatal, producidos por fenómenos como guerras o conflictos internos. Grafica esta realidad con la situación vivida en Alemania al final de la segunda guerra mundial en el momento en que las tropas alemanas habían salido de Berlín y las tropas rusas todavía no ingresaban,<sup>828</sup> u otros períodos excepcionales como los vividos en Beirut o Belfast, donde existieron lapsos en los que todo el sistema de normas sociales quedaron en suspenso.<sup>829</sup>

El autor revela que este efecto también se puede producir de manera paulatina en determinadas segmentos funcionales de la sociedad. Su tesis consiste en que en esta

---

<sup>820</sup> Winfried Hassemer, *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*, p. 31-32.

<sup>821</sup> Dahrendorf, *ley y orden*.

<sup>822</sup> Emile Durkheim, *Escritos selectos*, Buenos Aires, Nueva visión, 1993, p. 171-172.

<sup>823</sup> Robert Merton, *Teoría y estructura sociales*, p. 210- 239.

<sup>824</sup> Dahrendorf, *ley y orden*, p. 42.

<sup>825</sup> Émile Durkheim, *El suicidio*, p. 211-223.

<sup>826</sup> Ralf Dahrendorf, *ley y orden*, p. 38.

<sup>827</sup> Ralf Dahrendorf, *ley y orden*, p. 42-45.

<sup>828</sup> Ralf Dahrendorf, *ley y orden*, p. 13-14.

<sup>829</sup> Ralf Dahrendorf, *ley y orden*, p. 15.

época en el devenir diario de las sociedades desarrolladas, esta tendencia se halla presente y toma matices preocupantes.<sup>830</sup> Este fenómeno se desencadena debido a que el Estado renuncia a ejercer el monopolio de la violencia y se observa en ciertas áreas la tendencia a dejar de forma sistemática de aplicar sanciones.<sup>831</sup>

Cuando el autor hace referencia a estas zonas prohibidas que quedan al margen de la institucionalidad,<sup>832</sup> no solo se enfoca en espacios físicos de grandes ciudades,<sup>833</sup> tales como trenes, estaciones de metros, grandes parques e incluso ciertos colegios y universidades, donde al menos a ciertas horas la policía las esquivo y se las deja confiadas a su suerte.<sup>834</sup> También incluye esferas de convivencia social tales como: los delitos contra la propiedad, de carácter tributario y los cometidos por adolescentes.<sup>835</sup>

La validez de las normas para Dahrendorf, no dependen de que sean moralmente correctas o de que en la práctica sean respetadas, la vincula de manera directa al poder institucionalizado y la imposición real de sanciones.<sup>836</sup> La punición es la garantía que toda persona tiene de que si otro no se comporta de acuerdo a las reglas establecidas recibirá un castigo. Es la base para que sea previsible el comportamiento de los otros, eje central de una vida en sociedad y el ejercicio de la libertad de las personas.<sup>837</sup>

Este marco conceptual aplicado a la realidad vivida por el Ecuador muestra su potencial explicativo. Una norma esencial para el funcionamiento social desaparece de manera repentina,<sup>838</sup> la institucionalidad se da cuenta de que la nueva realidad le imposibilita imponer sanciones, la ciudadanía descubre que ya no hay una respuesta

---

<sup>830</sup> Ralf Dahrendorf, *ley y orden*, p. 13-32.

<sup>831</sup> Thomas Hobbes, *Discurso histórico políticos*, p. 112.

<sup>832</sup> Manuel Atienza, *Introducción al Derecho*, México D. F., Fontamara, 2007, p. 37.

<sup>833</sup> Massimo Pavarini, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Buenos Aires, Siglo veintiuno, 2002, p. 68-69.

<sup>834</sup> Ralf Dahrendorf, *El conflicto social moderno: ensayo sobre la política de la libertad*, p. 193.

<sup>835</sup> Jesús Silva, "Política criminal y dogmática: algunas cuestiones sobre sus contenidos y límites", en Jesús Silva editor, *Política criminal y nuevo Derecho penal: Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, Bosh, 1997, p. 18-19.

<sup>836</sup> Ralf Dahrendorf, *ley y orden*, p. 41.

<sup>837</sup> Ralf Dahrendorf, *ley y orden*, p. 41-42.

<sup>838</sup> Robert Merton, *Teoría y estructura sociales*, p. 124-131.

coercitiva para un atentado contra su patrimonio, la ligadura social forjada en torno a la propiedad privada se relativiza, la confianza de las personas en la convivencia social y en sus semejantes se desmorona.<sup>839</sup>

En estos meses se multiplicaron las muestras de la relativización de la norma, los medios de comunicación recogieron una serie de testimonios de ciudadanos que al ser robados descubren a los infractores y son enfrentados con el argumento de que la sustracción de ese monto estaba permitida.<sup>840</sup> Este desafío se había dado incluso en presencia de policías, quienes tuvieron que reconocer que era inútil el intentar perseguir estas infracciones.<sup>841</sup> A pesar de que desde el punto de vista jurídico no es cierto que la prohibición había desaparecido, pero es interesante ver como la falta de penas y la eliminación llevó al convencimiento social de la inexistencia misma de la norma. El fin de la pena como sustento de la ley quedó en evidencia de manera dramática.<sup>842</sup>

Incluso hubo la oportunidad de escuchar a una persona que en la radio defendía de manera vehemente esta medida, porque a su entender era un mecanismo eficiente para al fin iniciar el traspaso hacia una sociedad socialista, donde estaba próxima la superación del criterio de propiedad privada. Fue una época dura, durante semanas reinó el desconcierto y el sentimiento de abandono, no solo que los ciudadanos comunes no tenían una respuesta. Incluso aquellos que por estar vinculados al sistema de justicia teníamos acceso a otros enfoques conceptuales, no atinábamos a otorgar una salida coherente que se hiciera cargo del problema de fondo.<sup>843</sup>

Algunos representantes políticos en un primer momento intentaron defender la reforma con argumentos adecuados desde el punto de vista formal e incluso técnico

---

<sup>839</sup> Ralf Dahrendorf, *ley y orden*, p. 34-36.

<sup>840</sup> Si bien formalmente esta aseveración no es cierta, pero por la vinculación de la norma con la sanción en la práctica resultaba que era correcta.

<sup>841</sup> Ralf Dahrendorf, *ley y orden*, p. 13-15.

<sup>842</sup> Winfried Hassemer, *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*, p. 24.

<sup>843</sup> Ralf Dahrendorf, *ley y orden*, p. 13-15.

jurídico. Se sostuvo que todo era un mal entendido que no se había despenalizado estos ilícitos, que simplemente se trataba de un traspaso hacia la categoría de contravenciones y que todo pasaría una vez que la población entendiera la nueva realidad.<sup>844</sup> También se recurrió a la norma constitucional para decir que solo era la aplicación del principio de mínima intervención penal aprobado por el pueblo ecuatoriano.<sup>845</sup>

La respuesta ciudadana fue contundente, la población rechazó de manera cabal esos intentos por encubrir la realidad. En la réplica institucional no había una respuesta al problema de servicio que recibía el ciudadano, el tema en discusión no era un traspaso de delito a contravención, equivalía a una despenalización. Por ello, lo que estaba en juego era la vigencia de un par de reglas básicas de la convivencia en sociedad y en esos términos es como la ciudadanía obligó a debatir a los responsables.<sup>846</sup> El tema ocupó por meses un lugar central en la mayoría de los medios de comunicación.<sup>847</sup>

Con el transcurso de las semanas, la confusión se transformó en indignación y los ruegos en demandas y acusaciones. Esa situación anómica no duró, desde el Presidente de la República, Fiscal General encargado, asambleístas de todas las bancadas y ciudadanos de todos los sectores salieron a los medios de comunicación a forjar un sólido consenso de que la norma y sus sanciones debían volver a regir. Fue interesante el observar el efecto producido por una suspensión temporal de una norma estructural.<sup>848</sup> En poco tiempo la sociedad ecuatoriana acordó que era una situación insoportable, incluso antes de la reforma había ya un consenso cerrado sobre la validez de la norma que había sido en la práctica derogada, nadie volvió a poner en duda la legitimidad de las sanciones que precautelan la propiedad.<sup>849</sup>

---

<sup>844</sup> Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y las penas*, p. 8.

<sup>845</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*, p. 23.

<sup>846</sup> Jesús Silva, *Política criminal y dogmática: algunas cuestiones sobre sus contenidos y límites*, p. 18-19.

<sup>847</sup> Juan Rousseau, *El contrato social*, p. 15-16.

<sup>848</sup> Thomas Hobbes, *Discurso histórico políticos*, p. 112.

<sup>849</sup> Ralph Dahrendorf, *El conflicto social moderno: ensayo sobre la política de la libertad*, p. 192-195.

Con este antecedente se está en condiciones de abordar el análisis de la repercusión de esta experiencia, para efectos de determinar la *libertad de los gobernantes en la esfera estructural marginal*. Resulta sorprendente constatar que frente a una derogatoria fáctica de una esfera penal reducida, el sistema democrático presenta un comportamiento anómalo. Son conocidas las falencias que en la práctica ha mostrado este sistema de gobierno en nuestro país, para conseguir alinear la actuación de los mandantes con las demandas populares. El dato llamativo consiste en que en el momento en que se afecta a una norma estructural,<sup>850</sup> esta herramienta muestra poseer una efectividad inusitada y con facilidad quiebra la voluntad de los políticos.<sup>851</sup>

Es cierto que en general existe un divorcio entre el ciudadano común y el manejo político. Sin embargo, cuando una decisión política atenta contra un engranaje esencial para el devenir cotidiano de la sociedad, sale a relucir los vínculos entre el ciudadano y la norma.<sup>852</sup> Resulta un imperativo para la persona común reaccionar, buscar responsabilidades y demandar correctivos inmediatos.<sup>853</sup>

El caso en estudio revela que los márgenes de libertad que poseen los detentadores del poder, no alcanzan para afectar de manera seria uno de los pilares de convivencia.<sup>854</sup> Por tanto, la premisa relativista absoluta de la creación de la norma propia de las posturas abolicionista y minimalista no se ratifica.<sup>855</sup>

El presente estudio ha dejado un cabo suelto, se ha trabajado bajo la hipótesis de que la disminución punitiva significó una despenalización fáctica, ejercicio que desde la perspectiva real es correcto. Pero, ¿Qué hubiese sucedido si el sistema contravencional hubiese funcionado?, ¿la reacción social hubiese sido la misma?, ¿la reforma se hubiese

---

<sup>850</sup> Thomas Hobbes, *Discurso histórico políticos*, p. 112.

<sup>851</sup> H. Hart, *El concepto de derecho*, p. 83-87.

<sup>852</sup> Ralf Dahrendorf, *ley y orden*, p. 40.

<sup>853</sup> Samuel Huntington, *El orden político en las sociedades en cambio*, p. 19-22.

<sup>854</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 8.

<sup>855</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 51-52.

caído? La respuesta a estos cuestionamientos no es sencilla, por ello el análisis no se cerrará en esta sección debido a que por el momento faltan elementos de juicio para hacerse cargo de este problema de manera integral.

Es importante recordar que este análisis se centra en la herramienta más dura del minimalismo, el extirpar de la esfera penal una conducta. Si hubiese funcionado el sistema contravencional, no habría equivalido a una despenalización, dado que en el Ecuador en las contravenciones más graves siguen siendo sancionadas con privación de libertad, se trataría de una disminución de la sanción de privación de libertad. Opción que lleva a pasar el análisis a otro ámbito que será abordado en este propio Libro.<sup>856</sup>

Por el momento basta anotar que al ser una intervención de menor grado la disminución de la pena, no es justo concluir que como no fue viable la despenalización fáctica, tampoco lo es cualquier reducción en la sanción. De hecho, la propia experiencia trae dudas sobre esta postura, ya que en primera instancia cuando se pasa estos supuestos conductuales a contravenciones y se reduce la sanción, la reacción ciudadana no se produce; la indignación se arraiga cuando la población se da cuenta que no hay una respuesta estatal. Por tanto incluso hay un indicio de que los detentadores del poder podrían tener un cierto margen mayor para graduar la pena.

**(iv) Repercusiones.-** Es de interés destacar un par de repercusiones: en primer lugar en relación a los *finés de la pena*, este es un caso paradigmático que confirma a la *sanción como fundamento de vigencia de la norma*.<sup>857</sup> Una decisión política que genera que las sanciones dejen de ser impuestas, a pesar de mantener la prohibición vigente, termina por implicar una derogatoria fáctica de la ley.<sup>858</sup> A pesar de que esta norma es estructural y tiene un profundo vínculo ético, es interesante constatar que la sociedad de manera expresa, a la falta de sanción, la concibe como derogatoria. Es más a pesar de

---

<sup>856</sup> Robert Merton, *Teoría y estructura sociales*, p. 124-131.

<sup>857</sup> Winfried Hassemer, *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*, p. 24.

<sup>858</sup> Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y las penas*, p. 10-11.

que con argumentos técnico jurídicos los detentadores del poder intentan apaciguar la reacción social, pero la claridad de la repuesta fue impresionante, la prohibición legal sin sanción no es ley.<sup>859</sup>

Más adelante se matiza la relación detectada entre sanción y vigencia de la norma, se incluye el caso en un mandato que subsiste por un cierto lapso por su solo enraizado en la ética social. La tesis que aquí se acepta, es que la vigencia de la norma,<sup>860</sup> se debe a la interacción de dos elementos: los vínculos que su mandato conductual tiene con los valores compartidos dentro de la comunidad<sup>861</sup> y la imposición de sanciones.<sup>862</sup> Sin embargo, se debe advertir que son factores interdependientes, por tanto la falta de sanción repercute en la legitimidad y viceversa.

Con respecto a la *finalidad prevencionista* de la pena y en especial a la *prevención general*. A pesar de que no hay estadísticas por el caos existente en las comisarías, pero existe un convencimiento social de que este tipo de infracciones se dispararon dentro de esta época. Durante días un segmento de la ciudadanía reportó haber sido víctima de un delito, donde las personas al ser descubiertas citaron de manera frontal la legalidad de la conducta o al menos la imposibilidad de aplicarles una sanción.<sup>863</sup> Por tanto, si bien no se tiene una base sólida para sostener que la experiencia confirma que la pena posee una capacidad preventiva, sin embargo si es justo anotar que introduce indicios relevantes y gran parte de la ciudadanía cree haber vivido el efecto descrito por esta línea de pensamiento.<sup>864</sup>

---

<sup>859</sup> Winfried Hassemer, *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*, p. 20-24.

<sup>860</sup> Winfried Hassemer, *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*, p. 24.

<sup>861</sup> Ralf Dahrendorf, *ley y orden*, p. 63.

<sup>862</sup> Ralf Dahrendorf, *ley y orden*, p. 40-41.

<sup>863</sup> Jorge Alvear, *¿Delitos de odio o delitos por odio?*,

“<http://www.eluniverso.com/2012/07/06/1/1363/delitos-odio-delitos-odio.html>”, (Consultado el 21 de febrero de 2013).

<sup>864</sup> Winfried Hassemer, *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*, p. 20-24.



Es necesario dejar constancia que se ha citado las tesis referidas a los fines de la pena esta experiencia confirma o apuntala. De ninguna manera se sostiene que las restantes posturas queden refutadas o tiendan a serlas. Simplemente revela que esta experiencia no cuenta con el potencial para pronunciarse sobre dicho efecto.<sup>865</sup>

En segundo lugar, es necesario retomar una crítica realizada en el capítulo anterior, enfocada en *la concepción marxista* de Zaffaroni. Es cierto que las normas penales son aprobadas por los detentadores del poder, sin embargo, este hecho no significa que muchas de ellas no gocen de un profundo respaldo ciudadano.<sup>866</sup>

Esta experiencia revela lo artificial que resulta el intentar explicar el funcionamiento de una sociedad sobre la base exclusiva de la lucha de clases.<sup>867</sup> Incluso, tratándose de un valor paradigmático donde la concepción marxista sustenta su postura como es la propiedad, cuando se afecta una norma estructural marginal que la protege, las clases sociales menos favorecidas toman la voz cantante para demandar el que sean reimplantadas las sanciones.<sup>868</sup> No se debe perder de vista que hay ligaduras más profundas que soportan el funcionamiento social, que aquellas generadas por una pertenencia clasista. La necesidad de sentir un mínimo de seguridad de que los demás respeten el patrimonio personal y familiar,<sup>869</sup> es un valor para el bienestar personal más trascendente que el hecho de que sea escaso o cuantioso.<sup>870</sup>

Desde el punto de vista práctico, fueron los más débiles los que sufrieron las consecuencias más gravosas de un estado anómico, ya que debido a su debilidad les es

---

<sup>865</sup> Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, Madrid, Cívitas, 1997, p. 81-99.

<sup>866</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 458-459.

<sup>867</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al derecho penal*, p. 163-164.

<sup>868</sup> Ralph Dahrendorf, *El recomienzo de la historia. De la caída del muro a la guerra de Irak*, Madrid, Katz 2006, p. 36-38.

<sup>869</sup> Mauricio Duce, *La seguridad ciudadana y la reforma del sistema de justicia penal en América Latina*, p. 102.

<sup>870</sup> Ralf Dahrendorf, *ley y orden*, p. 41-43.

más duro soportar la pérdida de vigencia del estado derecho en determinada esfera.<sup>871</sup>

La experiencia reveló que las clases pudientes no fueron las más desesperadas ante este vacío jurídico, porque tenían los medios para acceder a mecanismos de protección fácticos que les permitían palear de mejor manera el desamparo estatal.<sup>872</sup>

Por último, relativiza la crítica de Hulsman que niega la *relevancia del derecho penal* en virtud del nivel marginal de casos que resuelve.<sup>873</sup> Una de las materias donde en el Ecuador existe un mayor nivel de impunidad, sin lugar a dudas es los hurtos y robos de montos medios bajos.<sup>874</sup> Esta realidad no obstó para que cuando quedó esta área sin protección penal, se produzca un duro golpe a la coexistencia. La confianza en la convivencia en sociedad, si se quiere la *prevención general positiva* tiene un componente simbólico.<sup>875</sup> A pesar de no existir una aplicación porcentual relevante frente al total de infracciones, la no existencia de protección penal en una esfera estructural generó desconcierto social. Lo curioso es que a pesar de tratarse de un efecto mayoritariamente simbólico, no se consigue con la sola existencia de la prohibición, la sociedad debe al menos creer en la posibilidad de imponer una sanción, caso contrario el equilibrio se rompe, de ahí la relevancia de garantizar un mínimo de aplicación punitiva. En el Libro III se incluye la estrategia de la unidad de delitos flagrantes con un potencial relevante para alcanzar este objetivo.<sup>876</sup>

## 2.2 Normas estructural intermedias: la despenalización del atentado contra el pudor

El *caso de estudio* para esta categoría de normas, consiste en la despenalización de los atentados contra el pudor cometidos contra niños y adolescentes. Esta norma se

---

<sup>871</sup> Ralf Dahrendorf, *ley y orden*, p. 34-35.

<sup>872</sup> Juan Rousseau, *El contrato social*, p. 15-16.

<sup>873</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 62-63.

<sup>874</sup> Fondo Justicia y Sociedad. Fundación Esquel – USAID, *La evaluación del sistema procesal penal en el Ecuador*, Quito, Fondo Justicia y Sociedad. Fundación Esquel – USAID, 2003, p. 64.

<sup>875</sup> Jesús Silva, *Política criminal y dogmática: algunas cuestiones sobre sus contenidos y límites*, p. 18-19.

<sup>876</sup> Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general*, p. 91-92.

ha considerado como estructural media, debido a que si bien esta conducta no es la que mayor daño produce al valor que protege, sin embargo afecta un bien jurídico esencial como es la libertad sexual y además las víctimas son personas que merecen especial protección.<sup>877</sup> La conjunción de estos factores determina que se la ubique en una categoría diversa al hurto y robo de un monto medio bajo.<sup>878</sup>

Como antecedente a la *reforma* se debe tener en cuenta que hasta antes de junio del 2005, el atentado al pudor en el artículo 505 se tipificaba como “todo acto impúdico que pueda ofenderlo, sin llegar a la cópula carnal, y se ejecute en la persona de otro, sea cual fuere su sexo”.<sup>879</sup> La redacción era amplia y abarcaba cualquier supuesto.

El proceso de reforma se debió a la terminología empleada. La descripción de la conducta como “acto impúdico” no era aceptable en una época donde conviven concepciones diversas sobre el pudor. Los costos en materia de seguridad jurídica y riesgos para la libertad personal eran elevados. El problema no radica en la ilegitimidad de la reforma, sino en lo defectuoso de su ejecución.

En junio del 2005 la normativa que tipificaba el atentado al pudor queda subsumida en el siguiente texto: “quien someta a una persona menor de dieciocho años de edad o con discapacidad, para obligarla a realizar actos de naturaleza sexual, sin que exista acceso carnal”.<sup>880</sup> El punto de interés radica en el verbo rector que utiliza, “somete”, cuyo sentido ordinario es: sujetar o adquirir un cierto control sobre la víctima. Si a esta acción se agrega la finalidad de “obligarla a realizar actos de naturaleza sexual”, la esfera de protección disminuye de manera relevante.

Los puntos en conflicto fueron en lo básico dos (2): el juez tuvo que decidir si actos como tocamientos cometidos por sorpresa, donde no existía sometimiento, eran o

---

<sup>877</sup> Thomas Hobbes, *Discurso histórico políticos*, p. 112.

<sup>878</sup> Francisco Muñoz, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 175-177.

<sup>879</sup> Código penal, artículo 505, derogado en el Registro oficial No. 45, 23 de junio de 2005.

<sup>880</sup> Código penal, primer artículo innumerado introducido luego del artículo 504.

no delito. La interpretación estricta del artículo, por el uso del verbo rector “somete”, llevo a que al no haber actos de toma de control de la persona, fuesen excluidos.<sup>881</sup>

La segunda dificultad, surgió porque la nueva tipificación exige una determinada conducta de la víctima: “para obligarla a realizar actos de naturaleza sexual”. Qué pasa si el autor somete a la víctima, pero no le obliga a realizar ningún acto, es el quien hace los tocamientos. Es cierto que se puede entender que basta con que la víctima simplemente sea receptora de caricias, para que se configure la conducta; debido a que implica una participación en actos de naturaleza sexual. Sin embargo también cabe la interpretación contraria, la palabra “realizar” es lógico entenderla como una conducta activa; de hecho esta versión es más acorde al uso común. Basta con que se reconozca que existe una duda, para que la última versión prevalezca, por ser la que más favorece al procesado. El problema imputable al legislador, consiste en el primer caso haber suprimido una esfera punitiva de manera injusta; en el segundo, utilizar una redacción difusa que al abrir al menos un espacio de duda que conlleva similar consecuencia.<sup>882</sup>

En general estas fueron las dos (2) esferas más problemáticas, de hecho si se observa bajo el enfoque de estas falencias el texto de la ley reformativa que se introduce más adelante, es claro que la ley interpretativa intenta solventar estas dificultades. Esta reforma en los primeros meses no causa una reacción importante, se podría decir que pasa desapercibida. Realidad que se explica por la conjunción de dos (2) factores: el haber sido fruto de un error de técnica legislativa y no de una intencionalidad, generó que no hubiese un proponente que plantee el tema en un debate

---

<sup>881</sup> Diario Hoy, *Atentado al pudor, ¿sin sanción?*, “<http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/atentado-al-pudor-sin-sancion-235591.html> 257473.html”, (Consultado el 24 de febrero de 2013).

<sup>882</sup> La Hora, *Atentado al pudor debe volver a tipificarse*, “[http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/462604/-1/Atentado\\_al\\_pudor\\_debe\\_volver\\_a\\_tipificarse%0D%0A.html](http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/462604/-1/Atentado_al_pudor_debe_volver_a_tipificarse%0D%0A.html).”, (Consultado el 24 de febrero de 2013).

formal. Además, dada la obscuridad de la redacción incluso para los profesionales pasaron desapercibidas sus consecuencias.

Este periodo de calma se rompe cuando comienzan a salir las primeras resoluciones. En este caso de manera reiterada los jueces de distintas partes del país comienzan a archivar este tipo de procesos, en razón de que la conducta investigada ya no es delito. De la misma manera los fiscales desestiman algunas denuncias. Incluso esta postura se confirma en algunos tribunales superiores.<sup>883</sup>

A pesar que en la esfera cuantitativa no es una infracción de alta incidencia, cuando la sociedad se entera que se ha despenalizado una conducta de esta naturaleza, no tarda en fraguarse un acuerdo de que es inaceptable su derogatoria, en un par de meses tomó cuerpo el malestar ciudadano.<sup>884</sup> A diferencia de lo sucedido en la experiencia descrita en el numeral anterior, en esta ocasión aparecen cabezas visibles que lideran el repudio social. Ciertos movimientos de mujeres se convierten en portavoces y reproductoras del mensaje.

El estado anómico fue menor al suscitado por el evento del hurto y robo, debido a que como Dahrendorf ha destacado, este problema surge por la suspensión de sanciones acompañada de la pérdida de ligaduras de carácter moral.<sup>885</sup> En este caso si bien el efecto punitivo desapareció, pero la prohibición moral quedó intacta.<sup>886</sup> Las raíces éticas de una norma que protege la libertad sexual de niños y adolescentes, impidió que incluso en el momento de mayor confusión surgieran voces que cuestionasen la vigencia de esta prohibición. Desde luego el mandato ético fue un paliativo, pero no pudo esconder la gravedad de la falta de ley.<sup>887</sup>

---

<sup>883</sup> La Hora, *Atentado al pudor debe volver a tipificarse*.

<sup>884</sup> Juan Rousseau, *El contrato social*, p. 15-18.

<sup>885</sup> Ralf Dahrendorf, *ley y orden*, p. 42.

<sup>886</sup> Ralf Dahrendorf, *ley y orden*, p. 40-42.

<sup>887</sup> Ralf Dahrendorf, *ley y orden*, p. 42-43.

El repudio ciudadano se convirtió en una factura pesada para sus responsables, los engranajes democráticos entran a funcionar y la responsabilidad recayó sobre el legislativo.<sup>888</sup> Esta instancia intentó traspasar su responsabilidad hacia los jueces, porque según argumentaron la norma no debía entenderse de una manera supuestamente sesgada. Cuando la función legislativa se percató que la estrategia era inútil, que la sociedad tenía claro lo sucedido, observó cómo los costos en materia de legitimidad iban en ascenso y las críticas eran cada vez más duras.<sup>889</sup>

Al igual que lo sucedido en la experiencia anterior, era evidente que había que restablecer la vigencia normativa.<sup>890</sup> El apoyo político no era un problema, había un acuerdo amplio para solventar el impase. Pronto quedó en evidencia que el tema crucial era el factor tiempo, la preocupación radicaba en que la ciudadanía no soportaría el período que demandaba un trámite regular para la aprobación de una ley.<sup>891</sup>

A pesar que desde el primer momento hubieron voces que advirtieron que no era el procedimiento legítimo,<sup>892</sup> los diputados al verse arrinconados, comenzaron a adherirse a la tesis de solventar el problema mediante una ley interpretativa, debido a que su trámite era más cortó. En septiembre del 2006, cuando había pasado algo más de un año de la reforma original, se promulga la siguiente ley:

Los elementos constitutivos de las conductas que estuvieron tipificadas hasta el 22 de junio del 2005, en los artículos 505, 506 y 507 del Código Penal, que sancionaban los actos ejecutados en contra de la integridad sexual de las personas menores de edad, pero sin acceso carnal, consideradas como atentado al pudor, no se han eliminado, están subsumidas en el artículo que se interpreta, desde que éste se encuentra en vigencia. Las

---

<sup>888</sup> Ralf Dahrendorf, *ley y orden*, p. 40-44.

<sup>889</sup> La Hora, *Atentado al pudor debe volver a tipificarse*.

<sup>890</sup> Ralf Dahrendorf, *ley y orden*, p. 15-17.

<sup>891</sup> Ralf Dahrendorf, *ley y orden*, p. 83-90.

<sup>892</sup> La Hora, *Atentado al pudor debe volver a tipificarse*.

palabras "somete"; y, "obligarla", que contiene este artículo, se entenderán como actos momentáneos o permanentes para doblegar la voluntad de la víctima y/o como la realización de acciones con las que se pretende conseguir o se consiga, mediante violencia física, amenazas o cualquier forma de inducción o engaño dirigida a que una persona menor de dieciocho años de edad o discapacitada, acepte u obedezca y realice los actos de naturaleza sexual, sin que exista acceso carnal, sea en el propio cuerpo de la víctima, en el cuerpo de un tercero o en el cuerpo del sujeto activo.<sup>893</sup>

En lo principal el legislador con esta interpretación afrontaba tres (3) problemas:

**(i) Primer problema.-** Necesitaba conseguir que la palabra “someter” se interprete como todo acto que no cuente con la voluntad, e incluso, cualquier acción que se dirija a doblegarla. Para el efecto utiliza tres construcciones engañosas en cascada:

El primer problema de construcción consiste en incluir el término "obligarla" como un segundo verbo rector. Cuando el uso del término obligarla se da en el contexto de la frase “para obligarla a realizar actos de naturaleza sexual”. Pasaje en el que no actúa como verbo rector, es más, cumple la función de limitar la acción del único verbo a un solo fin específico. En este caso no todo sometimiento es relevante penalmente, solo aquellos que obligan a “realizar actos de naturaleza sexual”.<sup>894</sup> Este ejercicio no es ingenuo consigue introducir a la esfera punitiva todo acto que obligue a la víctima.

El segundo problema es que da por incluidos una serie de supuestos dentro de los dos verbos rectores sin una justificación válida. Dado que ya se descartó el segundo verbo rector, el análisis solo se centrará en el término “somete”. Es cierto que el “someter” es una forma de doblegar la voluntad de una persona. Sin embargo, existen otras formas de conseguir este fin que no implican un sometimiento. Esta interpretación consigue incluir el todo dentro de un concepto que abarca solo a la parte.

---

<sup>893</sup> Ley interpretativa, Suplemento del Registro oficial No. 350, 6 de septiembre de 2006.

<sup>894</sup> Ley interpretativa, Suplemento del Registro oficial No. 350, 6 de septiembre de 2006.

Por ejemplo, el texto agrega de manera expresa un supuesto que esta fuera del ámbito de “someter”. El legislador incluye la modalidad de “cualquier forma de inducción”, el inducir a una persona no es sinónimo de someterla. Porque en el primer caso significa convencerla, incidir en ella para que realice algo; en el segundo supuesto, imponer, doblegar u obligar a seguir los designios del autor. Mientras en el primer caso el control de la conducta permanece en la víctima, en el segundo ha pasado al autor

Este no es el único supuesto que se cita y que supera la esfera de “someter”. Resulta dudoso que todas las opciones de engaño puedan ser incluidas en el sometimiento. Debido a que si bien se acepta que puede haber supuestos en que se puede asimilar, sin embargo el sentido normal del engaño es diverso. Nuevamente la persona que engaña lo hace para que otro realice por su voluntad una conducta, es cierto que esa voluntad está viciada por un error, sin embargo no deja de existir; quien somete impone directamente su voluntad y asume el control de la acción.

Hay casos extremos de engaño en que es sostenible que pueda existir “sometimiento”, por ejemplo si el autor le dice a un niño que tiene secuestrado a sus padres y si no accede a participar en mutuas caricias sexuales los va a matar, sin que existe ningún secuestro, es aceptable sostener que existió “sometimiento”. Ahora, si el engaño consiste en que a cambio de participar en las caricias, le va a comprar un juego electrónico y no lo hace, ¿existirá sometimiento? La conducta es inmoral, quien escribe está de acuerdo que sea sancionada, pero no es típica.<sup>895</sup>

**(ii) Segundo problema.-** El legislador se enfrenta a la dificultad el texto legal que consagró, limita el sometimiento a la finalidad de conseguir una conducta de la víctima: “obligarla a realizar actos de naturaleza sexual”. Como se puede ver, en el supuesto establecido en la ley quien realiza los actos de naturaleza sexual para que se

---

<sup>895</sup> Ley interpretativa, Suplemento del Registro oficial No. 350, 6 de septiembre de 2006.



cumpla la exigencia legal es el ofendido. El objetivo político de la interpretación en esta materia, consiste en conseguir que no solo sea la víctima quien realice los actos, sino también que queden incluidas las acciones realizadas por el ofensor contra la voluntad de la víctima o incluso cuando no haya expresado su conformidad.<sup>896</sup>

Por segunda ocasión se realiza una mutación legal, cuando dentro de la esfera del verbo “realizar”, conducta por naturaleza activa, se incluyen supuestos como el que la víctima “acepte” el acto de naturaleza sexual. De esta manera se consigue introducir los tocamientos en el cuerpo de un menor, a pesar de que la exigencia legal era que la víctima debía “realizar actos de naturaleza sexual”.<sup>897</sup>

**(iii) Tercer problema.-** Consiste en el uso de una argumentación que se encasilla en una falacia de conclusión precipitada, porque comienza planteado el que todo el atentado al pudor, de acuerdo al texto anterior, está incluido en la versión actual. En su fundamentación nunca demuestra que “*todo acto impúdico que pueda ofenderlo, sin llegar a la cópula carnal, y se ejecute en la persona de otro*” este inmerso en la interpretación que ella realiza. Por ejemplo en la labor de ampliación del verbo “realice” llega a plantear que están incluidos los comportamientos de “acepte u obedezca y realice” de la víctima,<sup>898</sup> a pesar de ello hay supuestos que estaban incluidos en la redacción anterior que siguen sin calzar en esta interpretación extensiva. Un tocamiento realizado por sorpresa a un niño o con una negativa expresa, resulta que no está incluido en los supuestos de “acepte u obedezca y realice” que la propia interpretación recoge.<sup>899</sup>

En *resumen* esta ley interpretativa posee una serie de errores de construcción en cascada: agrega verbos rectores que no existen; supuestos no compatibles con el verbo rector existente y agregado, y por último, obtiene una conclusión donde da por

---

<sup>896</sup> Ley interpretativa, Suplemento del Registro oficial No. 350, 6 de septiembre de 2006.

<sup>897</sup> Ley interpretativa, Suplemento del Registro oficial No. 350, 6 de septiembre de 2006.

<sup>898</sup> Ley interpretativa, Suplemento del Registro oficial No. 350, 6 de septiembre de 2006.

<sup>899</sup> Además que el incluir como conjunción el término “y” problemático por restrictivo, pero por razones de espacio y necesidad de la fundamentación se deja este análisis de lado.

englobados comportamientos, incompatibles con ambos verbos rectores e incluso los supuestos agregados de manera arbitraria.

Sobre esta realidad existió más de un debate expreso en los medios de comunicación, donde varios abogados con argumentos claros dejaron sentado que la vía planteada no era jurídicamente válida. Sin embargo la necesidad forjó una complicidad en diversas instancias sociales.<sup>900</sup> No solo que los movimientos políticos acordaron esta salida en la Asamblea, sino que abogados y jueces la han convalidado en su ejercicio.<sup>901</sup>

Esta decisión poco ortodoxa, se toma en un momento en el que ya había una tendencia clara: las cartas estaban jugadas, la situación era irreversible y cada día que pasaba los costos de legitimidad aumentaba.<sup>902</sup> Desde el punto de vista ético, la situación era incómoda, porque era inexplicable la reforma realizada. No hubo un solo responsable que intente justificar la expulsión de estas conductas de la materia penal.<sup>903</sup>

Esta experiencia saca a relucir un detalle importante, para enfrentar el derrumbe de una norma estructural con relevancia media, los responsables políticos optan por dejar de lado la legalidad<sup>904</sup> y otorgar una respuesta efectiva a la demanda social.<sup>905</sup> Sin entrar en la discusión de la legitimidad o no de la opción elegida, es interesante notar que en un momento dado la institucionalidad ecuatoriana y actores privados como el gremio de juristas, tuvieron que sopesar el respeto a la legalidad y el costo del derrumbe de una norma estructural media.<sup>906</sup> La decisión fue clara, actos y omisiones se sumaron para restablecer la convivencia.<sup>907</sup>

---

<sup>900</sup> La Hora, *Atentado al pudor debe volver a tipificarse*.

<sup>901</sup> Juan Rousseau, *El contrato social*, p. 15-18.

<sup>902</sup> Luigi Ferrajoli, "Garantías y Derecho penal", en Juan Sotomayor, *Garantismo y Derecho penal*, Bogotá, Temis, 2006, p. 3-12.

<sup>903</sup> Juan Rousseau, *El contrato social*, p. 15-18.

<sup>904</sup> Eugenio Zaffaroni, "Dimensión política de un Derecho penal democrático", en Santiago Andrade, Luís Ávila editores, *La transformación de la justicia*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1998, p. 112-114.

<sup>905</sup> Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y las penas*, p. 10-11.

<sup>906</sup> Robert Merton, *Teoría y estructura sociales*, p. 124-131.

<sup>907</sup> Ralf Dahrendorf, *ley y orden*, p. 70-76.

Es de interés destacar que la ley modificatoria que derogó el adulterio es la misma que eliminó los supuestos anotados de atentado contra el pudor.<sup>908</sup> Esta coincidencia en un mismo cuerpo legal, deja sin piso la tradicional descalificación de la opinión ciudadana, en el sentido de negar la capacidad de la persona común para comprender la relevancia de las modificaciones normativas. Un análisis comparativo de la reacción social muestra comportamientos distintos frente a supuestos diversos. En el caso del adulterio, los gobernantes tuvieron la suficiente libertad para expulsar la norma; en el caso de la derogatoria de una norma estructural media, la reacción social no solo que obligo a revisar la decisión,<sup>909</sup> sino que imprimió tal premura que forzó a dejar de lado la legalidad para reinstalar de inmediato el ámbito de protección anterior.<sup>910</sup>

Es importante aclarar que la crítica ante la postura elitista no se la hace en términos absolutos. De ninguna manera se sostiene que no existen esferas jurídicas que son de difícil acceso al ciudadano común. Tampoco se afirma, que la sociedad ecuatoriana sea especialmente informada o entendida en materia jurídica. La tesis va dirigida a señalar que al tratarse de normas estructurales básicas para la convivencia, resulta forzado creer que un ciudadano común no comprenda su relevancia.<sup>911</sup> Por ejemplo, ¿es sostenible que una persona cualquiera no entienda la necesidad de proteger penalmente a los niños y adolescentes de atentados contra el pudor?

No es el único caso de derogatorias de dos normas de naturaleza diversa que se produce en un mismo cuerpo legal, la reacción social muestra su precisión al momento de reaccionar. En la reforma de marzo del 2009, se produjo dos expulsiones de ciertas esferas normativas que coinciden con esta descripción, en el primer caso, una norma

---

<sup>908</sup> Thomas Hobbes, *Discurso histórico políticos*, p. 112.

<sup>909</sup> Eugenio Zaffaroni, *Dimensión política de un Derecho penal democrático*, p. 112-114.

<sup>910</sup> Thomas Hobbes, *Discurso histórico políticos*, p. 112.

<sup>911</sup> Ralf Dahrendorf, *ley y orden*, p. 181-182.

marginal funcional como la punición al giro de cheques si provisión de fondos, y en el segundo, una norma estructural marginal como la despenalización de facto de hurtos y robos de montos medios bajos. Como en su momento se analizó, en el caso de la norma estructural hubo una reacción contundente que obligo dar pie atrás;<sup>912</sup> en tanto que en el caso de cheques sin fondos, hubo una reacción limitada que fue superada por la capacidad de los gobernantes para fijar las nuevas reglas de convivencia.<sup>913</sup>

### 2.3 Normas estructurales nucleares: la despenalización del robo agravado

El análisis de la esfera nuclear demanda volver sobre el caso de la despenalización de facto del robo. Una arista que en el primer momento no se analizó, consiste en dimensionar la real profundidad que adquirió esta reforma. El texto fue tan general que no distinguió las modalidades del robo, razón por la cual quedaron incluidos los tipos agravados.<sup>914</sup> Dicho de otro modo, si se producía un robo con muerte, con lesión permanente o un asalto a mano armada cuyo monto no superase los 720 dólares,<sup>915</sup> no constituía delito.<sup>916</sup>

Estos tipos penales son nucleares porque a pesar de que el bien jurídico directamente vinculado es la propiedad, de manera simultánea se ataca o pone el peligro la integridad física y la propia vida.<sup>917</sup> Valores que sustentan nuestra sociedad.<sup>918</sup> El *caso de estudio* puede ser cuestionado, ya que la redacción que transformaba estos delitos en contravenciones, incluía una aparente excepción: “y que por las circunstancias del acto no fueren delito”.<sup>919</sup> De hecho el Fiscal General encargado

---

<sup>912</sup> Thomas Hobbes, *Discurso histórico políticos*, p. 112.

<sup>913</sup> Claus Roxin, *Contestación*, p. 37-38.

<sup>914</sup> Suplemento del Registro oficial, No. 555, 24 de marzo de 2009.

<sup>915</sup> En la última época de vigencia.

<sup>916</sup> Jorge Zavala, *Delitos contra la propiedad*, Tomo I, Guayaquil, Edino, 1988, p. 203-229.

<sup>917</sup> Jorge Zavala, *Delitos contra las personas*, Tomo I, Guayaquil, Edino, sin año, p. 36-40.

<sup>918</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 19-22.

<sup>919</sup> Suplemento del Registro oficial, No. 555, 24 de marzo de 2009.

responsable de la reforma, cuando el tema saltó a la luz pública sostuvo esa tesis como respuesta a las críticas que recibió su reforma. Pero desde el punto de vista jurídico, nunca en la ley existió una exclusión de que el asalto, robo con muerte o lesión permanente. Al estar todas ellas incluidas como variantes del robo, son afectadas por monto establecido como límite.

No se trató de un hecho que pasó desapercibido, en esos días en eventos académicos, ante la propia Asamblea que tramitaba la contrareforma e incluso en medios de comunicación social, abogados y hasta funcionarios judiciales con argumentos contundentes denunciaron la despenalización de estas conductas. Lo curioso fue el constatar que los mismos actores cuando regresaban a sus oficinas, juzgados y tribunales, simplemente decidieron desentenderse de esta realidad y aplicar la sanción sin que existiese norma penal vigente.<sup>920</sup>

Si esta reacción de los actores se coloca en el contexto de lo que para la sociedad ecuatoriana significaba estas normas, se puede constatar que ante un ataque a un pilar central del andamiaje jurídico, los abogados, fiscales y jueces sin mediar un acuerdo expreso simplemente optan por el desacato.<sup>921</sup> Esta experiencia refleja un límite extremo para la influencia de los gobernantes. Revela que cuando el poder forja una derogatoria que ataca el núcleo mismo de convivencia, la sociedad como conjunto opta por ignorar el mandato de la autoridad.<sup>922</sup>

Cuando los jueces y fiscales se vieron obligados a elegir entre violar la ley o desestabilizar el funcionamiento social,<sup>923</sup> la respuesta fue clara, se optó por dejar la normatividad de lado y la apuesta fue por la convivencia.<sup>924</sup> El respeto a la legalidad no

---

<sup>920</sup> Gustav Radbruch, "Leyes que no son derecho", en *Derecho injusto y derecho nulo*, Madrid, Aguilar, 1971, p. 12-14.

<sup>921</sup> Juan Rousseau, *El contrato social*, p. 15-18.

<sup>922</sup> H. Hart, *El concepto de derecho*, p. 83-87.

<sup>923</sup> Robert Merton, *Teoría y estructura sociales*, p. 124-131

<sup>924</sup> Winfried Hassemer, *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*, p. 14-16.

fue un obstáculo para que saliera a relucir un vínculo más profundo de los funcionarios y abogados con las reglas básicas de convivencia en sociedad.<sup>925</sup> Se deja constancia que la descripción realizada no avala la decisión tomada, simplemente recoge hechos sucedidos en un capítulo difícil del convivir nacional.<sup>926</sup>

En este caso la discusión trascendió poco del sector vinculado a la justicia, porque en el fondo la derogatoria nunca llegó a tener vigencia, debido a que su aplicación fue nula. Esta realidad a su vez permite precisar un tanto más la lealtad del ciudadano con la norma, esta no se produce con la ley como un valor en abstracto, a pesar de que hubo voces que advirtieron sobre la gravedad de la reforma, al ciudadano le preocupó poco. La razón radica en que en la práctica la convivencia no se vio afectada, por tanto no paso de una discusión entre abogados.<sup>927</sup>

Una postura justa lleva reconocer que la ciudadanía como regla general se desentiende de los cambios normativos y discusiones jurídicas, sin embargo si pone en riesgo las condiciones mínimas para que su vida diaria se desarrolle con normalidad, se genera una reacción contundente que se impone ante cualquier deseo del poder.<sup>928</sup> Todos los ejemplos coinciden al mostrar que los gobernantes fracasan de manera reiterada cuando intentan expulsar normas estructurales en cualquiera de sus grados.<sup>929</sup> En tanto imponen su voluntad frente a una ley ubicada en la esfera marginal.<sup>930</sup>

El escenario descrito donde se evidencia una absoluta desobediencia a la norma que deroga una norma estructural nuclear, ¿debe entenderse como una refutación de la tesis relativista?, ¿en esta esfera los gobernantes no tienen ningún margen de maniobra

---

<sup>925</sup> Ralph Dahrendorf, *El conflicto social moderno: ensayo sobre la política de la libertad*, p. 195.

<sup>926</sup> Jhon Rawls, *Teoría de la justicia*, p. 320-321.

<sup>927</sup> Claus Roxin, *Contestación*, p. 37-38.

<sup>928</sup> Ralf Dahrendorf, *ley y orden*, p. 63-64.

<sup>929</sup> Thomas Hobbes, *Discurso histórico políticos*, p. 112.

<sup>930</sup> Miguel Carbonell, "Introducción", en Miguel Carbonell editor, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y derecho humanos, p. 10-11.

para reducir la esfera de protección?<sup>931</sup> La respuesta es negativa, porque a pesar del franco desacato de la sociedad, se debe reconocer que el legislador es quien plasma la ley y esta labor lleva implícita alguna capacidad de influjo en su alcance.<sup>932</sup> Incluso, en la selección de los términos que elige emplear al redactar un tipo penal, sin lugar a dudas que termina por generar alguna diferencia en la esfera de protección.<sup>933</sup>

Para terminar el análisis del relativismo en la esfera estructural, vale la pena notar que el solo hecho de haber plasmado reformas legales que llegaron a reducir de manera relevante la esfera de protección en los distintos niveles de normas estructurales, de por sí evidencia la existencia de un margen de acción de quienes están en el poder.<sup>934</sup> Tema distinto es que tengan la suficiente fortaleza para soportar la rendición de cuentas a la que fueron sometidos de manera inmediata.<sup>935</sup>

En resumen, este estudio no niega la existencia del relativismo en todo supuesto, simplemente precisa que la capacidad para expulsar esferas relevantes de protección termina en el ámbito marginal, en la esfera estructural queda reducida a ámbitos ínfimos donde sus repercusiones no conllevan efectos relevantes.<sup>936</sup>

### **3. Validación de Resultados: las reformas penales desde la vigencia del minimalismo**

El presente numeral tiene por finalidad confirmar el nivel de fiabilidad de la tesis planteada en los dos apartados anteriores, debido a que al haber partido de casos paradigmáticos existe el riesgo de que esta muestra no sea representativa y la conclusión sea sesgada. En concreto el ejercicio a realizarse consiste en constatar si en las cinco (5) reformas introducidas al código penal desde el año 2008, fecha en que entró en vigencia

---

<sup>931</sup> Thomas Hobbes, *Discurso histórico políticos*, p. 112.

<sup>932</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 167-172.

<sup>933</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 172-174.

<sup>934</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 167-172.

<sup>935</sup> Manuel Atienza, *El sentido del Derecho*, p. 141-143.

<sup>936</sup> Thomas Hobbes, *Discurso histórico políticos*, p. 112.

la filosofía minimalista,<sup>937</sup> existe alguna reducción de la esfera de protección del sistema penal y de ser así a qué tipo de norma afecta. En concreto se estudian la reforma de: marzo 2009,<sup>938</sup> abril 2009,<sup>939</sup> marzo 2010,<sup>940</sup> diciembre 2010<sup>941</sup> y marzo 2011.<sup>942</sup> Se ha excluido la reforma de mayo del 2010,<sup>943</sup> porque tuvo por objetivo introducir toda la legislación penal policial y militar al código penal, finalidad que marca una naturaleza diversa e impone un análisis diferenciado. Por su complejidad y poca repercusión para los fines de este análisis no justifican su introducción.

Una revisión de las mencionadas reformas, revela que durante este lapso en sentido estricto no ha existido otra merma punitiva ni disminución de la intensidad de la pena. Un caso peculiar que debe ser analizado, se produjo en la reforma de marzo del 2009, la misma que incluyó la despenalización fáctica del hurto y robo. Se hace referencia a un cambio procesal aplicable a los delitos de estafa y otras defraudaciones,<sup>944</sup> violación de domicilio, hurto<sup>945</sup> y lesiones que no superen los treinta (30) días de incapacidad para el trabajo.

La variación significó que dejen de ser tramitados por el procedimiento para delitos de acción pública y se lo haga por el fijado para las infracciones de acción privada.<sup>946</sup> Se ha decidido analizar esta variación, porque el suprimir la posibilidad de impulso oficial, en la práctica conlleva abolir el impulso estatal en la persecución

---

<sup>937</sup> Luigi Ferrajoli, *El paradigma del Derecho penal mínimo*, p. 61-63.

<sup>938</sup> Suplemento del Registro oficial, No. 555, 24 de marzo de 2009.

<sup>939</sup> Registro oficial, No. 578, 27 de abril de 2009.

<sup>940</sup> Suplemento del Registro oficial, No. 160, 29 de marzo de 2010.

<sup>941</sup> Suplemento del Registro oficial, No. 352, 30 de diciembre de 2010.

<sup>942</sup> Registro oficial, No. 398, 4 de marzo de 2011.

<sup>943</sup> Suplemento del Registro oficial, No. 196, 19 de mayo 2010.

<sup>944</sup> Jorge Zavala, *Delitos contra la propiedad*, tomo III, Guayaquil, Edino, 1992, p. 87-100.

<sup>945</sup> Jorge Zavala, *Delitos contra la propiedad*, tomo I, p. 83-84.

<sup>946</sup> Cambio que conlleva en lo conceptual el reconocimiento estatal de que los interesados en este tipo de conflictos son el ofendido y el procesado. En materia de repercusiones prácticas se puede citar, la falta de impulso oficial, la no participación de la policía en la investigación, de la Fiscalía en el proceso, la ausencia de prisión preventiva, un trámite simplificado donde por ejemplo no existe etapa intermedia, la plena libertad para transigir, entre otra particularidades.



delictiva.<sup>947</sup> En consecuencia, equivale a extirpar de la esfera penal todos aquellos casos pertenecientes a estas categorías delictivas en que las víctimas no tengan un interés en su sanción o incluso donde no cuenten con los medios para impulsar su trámite.

En la práctica la disminución de la esfera punitiva no es despreciable, porque si se considera que una parte importante de la sociedad no tiene los recursos suficientes para sufragar estos costos o si los tiene no está dispuesto a invertir para que se haga justicia, se verifica su trascendencia.<sup>948</sup> Sin embargo el comprender sus repercusiones, conlleva un análisis más complejo, no es lo mismo despenalizar una esfera delictiva, que obligar a asumir costos a los interesados, el ataque es más sutil. Por ello, es que resulta ideal para enriquecer el estudio un caso que dificulta la reacción ciudadana y demanda de un análisis de filigrana.

El estudio requiere asignar cada modalidad delictiva a una de las categorías planteadas. Los tipos penales afectados caben en dos categorías: la primera, *la esfera estructural marginal*, donde se hallan la estafa y otras defraudaciones,<sup>949</sup> hurto<sup>950</sup> y las lesiones que no pasen de treinta días de incapacidad. Se las ha ubicado en esta género porque si bien son tipos que hoy en día son pilares de la estructura funcional de la sociedad, dentro de este sector su aporte es de un nivel bajo.<sup>951</sup> La segunda categoría, *la esfera marginal funcional* cobija al delito de revelación de secretos de fábrica. Supuesto legal que a pesar de que conlleva un aporte para la convivencia social, no juega un papel estructural para su funcionamiento.<sup>952</sup> Es difícil sacar una conclusión autónoma para

---

<sup>947</sup> Günter Kaiser, *Introducción a la criminología*, p. 134-137.

<sup>948</sup> Günter Kaiser, *Introducción a la criminología*, p. 134-137.

<sup>949</sup> Jorge Zavala, *Delitos contra la propiedad*, tomo I, p. 83-84.

<sup>950</sup> Jorge Zavala, *Delitos contra la propiedad*, tomo I, p. 83-84.

<sup>951</sup> Claus Roxin, *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, Valencia, 2000, Tirant lo Blanch, p. 59-60.

<sup>952</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 24.

esta reforma, ya que el debate conformó un solo paquete, donde predominó la preocupación de despenalización fáctica del hurto y robo de nivel medio bajo.<sup>953</sup>

Aceptada esta limitación, resulta justo anotar que el cambio de trámite aplicado a cada categoría fue diferente. En el caso de las normas estructurales marginales fueron motivo de debate, el mismo que sin ser profundo, puso sobre la mesa de discusión ciertas repercusiones del cambio de trámite. A diferencia de lo sucedido con la revelación de secretos de fábrica, donde en la práctica no hubo preocupación alguna.<sup>954</sup>

El recelo que existió alrededor del cambio de vía de los delitos que fueron encasillados en la esfera estructural marginal, se centró en variaciones que afectaban al funcionamiento del sistema penal.<sup>955</sup> Así por ejemplo, se enfocó en el hecho de que las víctimas ya no tenían el apoyo estatal para la investigación de la infracción, la necesidad de patrocinio de un abogado para enfrentar su trámite y la no existencia de la posibilidad de dictar prisión preventiva.<sup>956</sup>

En la totalidad de casos, una vez más se confirmó la falta de sostenibilidad de la disminución punitiva, todos volvieron al trámite original. No se está en condiciones de considerar a esta experiencia como un ejemplo autónomo, donde se pueda afirmar que el repudio social marcó el fracaso de la reforma. Sin embargo, sí abona a la tesis planteada, porque mientras que los tipos estructurales, a pesar de haber una menor preocupación que en la despenalización fáctica del hurto y robo, hubo una presión social considerable. En el caso de la norma marginal no fue motivo de atención.<sup>957</sup>

Es cierto que el caso de revelación de secretos de fábrica muestra un comportamiento anómalo, a pesar de no ser estructural tampoco consigue mantener su

---

<sup>953</sup> Diario Hoy, *Reformas penales con vacíos*, "<http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/reformas-penales-con-vacios-341940.html>", (Consultado el 13 de febrero de 2013).

<sup>954</sup> Claus Roxin, *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, 59-60.

<sup>955</sup> Robert Merton, *Teoría y estructura sociales*, p. 124-131.

<sup>956</sup> Más noticias, *Impunidad delictiva con últimas reformas*, "<http://www.masnoticias.com.ec/4314-impunidad-delictiva-con-ultimas-reformas.html>", (Consultado el 19 de febrero de 2013).

<sup>957</sup> Thomas Hobbes, *Discurso histórico políticos*, p. 112.

disminución punitiva. El problema es que existe un factor de distorsión, hubo un arrastre generado por el problema de ilegitimidad que conllevó la despenalización fáctica de los delitos contra la propiedad. Ante esta realidad la Asamblea decidió no correr riesgos, la esfera de protección y sus trámites volvieron al estado anterior.<sup>958</sup>

A pesar de no estar en condiciones de vaticinar el resultado en caso de que no hubiese mediado esta distorsión, si se puede afirmar que hubo dos (2) escenarios distintos. El primero, donde hubo un debate autónomo, que si bien no fue determinante por sí solo para quebrar la voluntad de los poderosos, ejerció influjo suficiente como para incorporar esa reforma procesal a la revisión de la reforma efectuada. El segundo, en el caso del delito marginal funcional no existió presión alguna. Por tanto, se trata de una norma marginal funcional donde como se había analizado el amplio margen de maniobra que tienen los gobernantes para introducir y eliminar conductas punibles.

De manera adicional, se confirma la tendencia de que a menor reducción de la esfera punitiva mayor libertad. Por ejemplo, el hurto es reducido por dos vías: una directa, elevar el monto; la segunda indirecta, crear obstáculos en su trámite. La reacción en el primer caso es contundente, en el segundo es menos intenso.

Al no existir otro caso adicional que analizar, es justo señalar que el estudio de las reformas legales posteriores a la introducción de la filosofía del derecho penal mínimo en la Constitución, revelan que los intentos de expulsar normas de carácter estructural carecen de sostenibilidad.<sup>959</sup> El ámbito donde ha podido ser llevado a la práctica esta filosofía es la de naturaleza marginal.<sup>960</sup>

---

<sup>958</sup> Diario Hoy, *Reformas penales, con vacíos*.

<sup>959</sup> Thomas Hobbes, *Discurso histórico políticos*, p. 112.

<sup>960</sup> Claus Roxin, *Problemas actuales de dogmática penal*, Ara, Lima, 2004, p. 20-21.

## Capítulo II:

### Reducción de la extensión del sistema penal: un ensayo de reforma integral

La diferencia entre el Capítulo anterior y este, consiste en que el enfoque del primero se basó en experiencias que tuvieron vigencia, en tanto que el presente estudio parte de un referente que se halla en un nivel propositivo, un proyecto de ley que no se llegó a aprobar. La tesis planteada en este estudio será puesta a prueba, mediante la verificación de su nivel aplicabilidad frente a una construcción elaborada por representantes del movimiento minimalista: el anteproyecto de código de garantías penales. Al ser este texto una especie de fotografía del “deber ser” de la legislación para esta filosofía, el interés de este ejercicio radica en que permite analizar en qué medida la tesis planteada es compatible con esta meta ideal.<sup>961</sup>

Zaffaroni tuvo un papel protagónico en la proceso de creación del anteproyecto, participo en su elaboración,<sup>962</sup> realizó una revisión integral,<sup>963</sup> fue el autor de textos completos<sup>964</sup> e hizo la presentación de la propuesta normativa.<sup>965</sup> Incluso los responsables de su elaboración, dejan constancia del influjo del pensamiento de dos (2) autores que han sido analizados como referentes de la fuentes de la propuesta de

---

<sup>961</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*, p. 23.

<sup>962</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*, p. 36.

<sup>963</sup> Néstor Arbito, “Presentación”, en Ramiro Ávila editor, *Anteproyecto de código de garantías penales, La constitucionalización del Derecho penal*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1990, p. 9.

<sup>964</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*, p. 36.

<sup>965</sup> Eugenio Zaffaroni, *Presentación del anteproyecto de código de garantías penales del Ecuador*, p. 11-19.

Zaffaroni: Hulsman y Baratta. Al igual que Ferrajoli,<sup>966</sup> Mathiesen y Christie autores que influyeron en la obra del autor argentino.<sup>967</sup>

El diseño de este estudio se basa en la naturaleza de los insumos utilizados. El primer componente, (1) “la propuesta minimalista: los textos introductorios del código de garantías penales”, es de naturaleza exploratoria, su finalidad es detectar esferas de reducción normativa que haya sido citadas en los múltiples documentos de presentación, elaborados con el objeto de presentar su propuesta de reforma. El segundo, (2) “la propuesta minimalista: propuesta normativa del código de garantías penales”, se basa en un estudio comparativo de los textos actuales con la propuesta realizada con el fin de determinar, al menos en una muestra de tipos penales, la variación que conlleva la filosofía minimalista.

### **1. La propuesta minimalista: análisis de los textos introductorios del anteproyecto de código de garantías penales**

El *objetivo* de este estudio consisten en poner a prueba la fiabilidad de la tesis referida los límites al relativismo propuestos en este estudio, mediante la confrontación con los textos introductorios del anteproyecto de código de garantías penales. Este ejercicio se realiza mediante la descripción que estos documentos hacen de la reforma propuesta, en especial de las esferas donde la propuesta minimalista consigue reducir la esfera de conductas protegidas por el sistema penal.<sup>968</sup>

El proyecto de garantías penales en su segunda y última versión, fue elaborado bajo un formato de una publicación académica, esta finalidad generó un conjunto de

---

<sup>966</sup> Luís Ávila, María Ávila, María Álvarez y otros, “Apuntes sobre la Construcción del Código”, en Ramiro Ávila editor, *Anteproyecto de código de Garantías Penales. La constitucionalización del Derecho penal*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1990, p. 371.

<sup>967</sup> Luís Ávila, *Apuntes sobre la Construcción del Código*, p. 382.

<sup>968</sup> Claus Roxin, *Problemas actuales de dogmática penal*, p. 20-21.

documentos introductorios bastante acabados.<sup>969</sup> Se trata de cinco documentos que recogen de manera adecuada su filosofía y lo que es más importante, una descripción de los principales cambios normativos que conlleva. El primero, se trata de la (i) “Presentación” elaborada por Néstor Arbito Ministro de justicia y derechos humanos responsable político último del proyecto;<sup>970</sup> el segundo, la (ii) “Presentación del anteproyecto de código orgánico de garantías penales del Ecuador” de autoría de Zaffaroni;<sup>971</sup> el tercero, (iii) “Apuntes sobre la construcción del código” documento que contiene una breve descripción de la experiencia y la visión que guio el trabajo de trece (13) técnicos que tuvieron a su cargo la elaboración del anteproyecto;<sup>972</sup> el cuarto, la (iv) “Introducción. El código penal que una constitución garantista exige” cuyo autor es Ramiro Ávila,<sup>973</sup> responsable político directo de la elaboración de la reforma y de la publicación realizada; por último, la (v) “Exposición de motivos” del proyecto de ley.<sup>974</sup>

La estructura de este estudio consta de 3 componentes: una (i) introducción, una descripción del ambiente que rodeaba la construcción del proyecto de reforma, el (ii) análisis de contenido de los documentos introductorios, y por último, una breve (iii) reflexión de la profundidad alcanzada en la materialización de la tesis minimalista.<sup>975</sup>

**(i) Introducción.-** La construcción del anteproyecto de ley contó con un ambiente marcado por la libertad de los autores para plasmar su filosofía. Ávila subsecretario de desarrollo normativo describe el contexto en que se forjó la propuesta:

---

<sup>969</sup> Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Anteproyecto de código de garantías penales. La constitucionalización del derecho penal*.

<sup>970</sup> Néstor Arbito, *Presentación*, p. 7-9.

<sup>971</sup> Eugenio Zaffaroni, *Presentación del anteproyecto de código de garantías penales del Ecuador*, p. 11-19.

<sup>972</sup> Luis Ávila, *Apuntes sobre la Construcción del Código*, p. 371-388.

<sup>973</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*, p. 21-38.

<sup>974</sup> Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Anteproyecto de código de Garantías Penales. exposición de motivos*, p. 41-71.

<sup>975</sup> Luigi Ferrajoli, *El paradigma del Derecho penal mínimo*, p. 61-63.

Para realizar el primer borrador del Código (julio del 2009) no tuvimos más limitaciones que los derechos y los principios establecidos en la Constitución y nuestras propias capacidades. No hubo ningún tipo de restricción política y de alguna manera tuvimos completa libertad de pensamiento (...). Para no olvidarnos de que estábamos tratando, más de un libro sobre criminología crítica leímos y más de una vez revisamos nuestras cárceles.<sup>976</sup>

Los márgenes de libertad descritos son relevantes para este estudio, porque una cosa es la propuesta que puede realizar un equipo de minimalistas en un escenario de libertad como el bosquejado y otro diferente, si tuviese que soportar limitantes fuertes de origen político que condicionen su trabajo.<sup>977</sup> Se constata lo propicio de la coyuntura, a pesar de la demanda de seguridad ciudadana existente en la región y en el Ecuador.<sup>978</sup>

En cuanto a la legitimidad de la propuesta, en la introducción de este estudio se dejó constancia de que el pueblo ecuatoriano acababa de aprobar en las urnas la tesis minimalista incluida en la Constitución del 2008; el gobierno había alcanzado una concentración de poderes y un nivel de aceptación popular sin precedentes en la historia reciente.<sup>979</sup>

La propuesta desde el primer momento en que se pone a consideración de personas ajenas al equipo relator, muestra problemas de compatibilidad con las exigencias sociales. Ávila realiza una descripción de este episodio: “En este primer borrador establecimos algunas instituciones penales que se acercaban mucho más a un

---

<sup>976</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*, p. 28.

<sup>977</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*, p. 28-29.

<sup>978</sup> Mauricio Duce, *La seguridad ciudadana y la reforma del sistema de justicia penal en América Latina*, p. 102.

<sup>979</sup> Constitución de la república del Ecuador, Preámbulo.

derecho penal mínimo, pero que las circunstancias políticas impidieron que se refleje en esta segunda versión. Digamos que esa primera propuesta choco con la realidad”.<sup>980</sup>

La colisión del texto con la realidad se da a pesar de un escenario propicio. El borrador en este primer momento no sale a debate público, simplemente se realiza una consulta a personas escogidas en razón de su formación técnica.<sup>981</sup> En Ecuador este sector no es representativo de la opinión general de la ciudadanía, está compuesto por una élite, donde predomina en términos casi absolutos la ideología minimalista, por tanto se trata de un ambiente sesgado de manera favorable a la propuesta.<sup>982</sup>

A pesar de la adscripción ideológica del sector académico consultado, en su seno se forja una respuesta con un nivel de intensidad suficiente, como para ocasionar que los propulsores abandonen parte de sus postulados originales. En el momento en que un sector adscrito a la ideología minimalista, se enfrenta a textos legales que la materializan, cuestionan su viabilidad.

**(ii) Análisis de contenido de los documentos introductorios.-** El *objetivo* para someter análisis este conjunto de textos introductorios, consiste en obtener una descripción o al menos una guía que permita detectar las esferas que en esta propuesta minimalista plasman la reducción de la esfera punitiva.

(i) El texto titulado “presentación” de autoría de Arbito, se centra en colocar en contexto la reforma al área penal dentro de los mandatos constitucionales y el esfuerzo realizado por el Ministerio de Justicia.<sup>983</sup> Dado su carácter general no llega a un nivel de detalle como para abordar las esferas donde se ha plasmado la filosofía minimalista.

(ii) El segundo documento despierta más interés, se trata de la presentación efectuada por Zaffaroni, este texto adquiere relevancia porque su autor es el mayor

---

<sup>980</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*, p. 29.

<sup>981</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*, p. 28-33.

<sup>982</sup> Luigi Ferrajoli, *El paradigma del Derecho penal mínimo*, p. 61-63.

<sup>983</sup> Néstor Arbito, *Presentación*, p. 7-9.



representante del minimalismo en la región, de hecho su historia de vida da cuenta de la lucha por décadas que ha tenido para que sus postulados se difundan.<sup>984</sup>

Lo llamativo es que el portavoz del minimalismo penal, en un momento cumbre, cuando un país de la región forja un proyecto para que todas las materias del área penal acojan la ideología propuesta. Al realizar su presentación, describe los principales pilares conceptuales del minimalismo y reconoce la adscripción de este texto a esta línea de pensamiento, sin embargo no menciona ejemplo alguno de la forma como se ha materializado la reducción de la esfera normativa. Realidad que contrasta con lo generoso que es al momento de citar avances de la nueva Constitución que el Ecuador había promulgado, elemento que para efectos del proyecto es solo una fuente.<sup>985</sup>

(iii) Igual tendencia se refleja en el documento “Apuntes sobre la construcción del Código”, donde en la descripción que hacen trece (13) técnicos de la experiencia de haber elaborado este anteproyecto, a pesar de que varios de ellos hacen relación expresa a la ideología minimalista que inspira su contenido, resulta curiosos que ninguno mencione una esfera concreta donde se ha materializado esta ideología.<sup>986</sup>

(iv) El cuarto documento, “Introducción. El código penal que una Constitución garantista exige” cuyo autor es Ávila, es el más descriptivo de todos. A pesar de que hace un extenso recorrido, referido a la relevancia que adquirieron los distintos pilares de la filosofía minimalista para la elaboración del proyecto, tampoco cita un ámbito donde la disminución de la esfera normativa se ha materializado.<sup>987</sup>

Resulta llamativo que solo cite dos (2) sectores normativos que en el primer borrador habían sido suprimidos como infracciones y que por el choque que habían

---

<sup>984</sup> Eugenio Zaffaroni, *Presentación del anteproyecto de código de garantías penales del Ecuador*, p. 11-19.

<sup>985</sup> Eugenio Zaffaroni, *Presentación del anteproyecto de código de garantías penales del Ecuador*, p. 11-12.

<sup>986</sup> Luís Ávila, *Apuntes sobre la Construcción del Código*, p. 371-392.

<sup>987</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*, p. 21-38.

generado con la realidad, en la segunda versión debieron ser incluidas nuevamente: La el delito de tráfico de bienes prohibidos y en especial con la droga, y el aborto.<sup>988</sup>

A pesar de tratarse de una esfera a la que se tuvo que renunciar, resulta de interés confrontar este intento con la tesis propuesta. La primera figura delictiva eliminada fue el tráfico de drogas. Ávila justifica la decisión original de despenalizarla, debido al principio de lesividad, en razón de que la imposición de una demanda el que se haya producido un daño a una persona concreta.<sup>989</sup> Además lo deslegitima por tratarse de un delito de peligro abstracto,<sup>990</sup> modalidad en la que al no existir una lesión directa al bien jurídico protegido, no se halla justificada la imposición de una sanción.<sup>991</sup>

En el caso del aborto, la justificación que utiliza se basa en el argumento de que su punición genera mayores daños que la propia conducta. Debido a que *“es el medio más desproporcionado e inútil para hacerlo. No solo que la ilegalidad no precautela la vida del no nacido, sino que además pone en riesgo la vida de la madre que aborta”*.<sup>992</sup>

Para efectos de este estudio es interesante introducir una reflexión sobre la *esfera normativa* a la que pertenecen estas leyes. A pesar de que no son normas fáciles de ubicar, porque se hallan en una esfera límite entre una norma marginal funcional y estructural marginal, este estudio se inclina por categorizarlas en la última esfera.

En el caso del *tráfico de drogas*, a pesar de que en los últimos años se ha tomado fuerza la tendencia a despenalizar estos delitos, sin embargo dada la realidad nacional e internacional, si en este momento el Ecuador de manera unilateral suprime estos tipos penales, existiría un impacto relevante en la convivencia.<sup>993</sup>

---

<sup>988</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*, p. 30-31.

<sup>989</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*, p. 30-31.

<sup>990</sup> Claus Roxin, *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, p. 90-91.

<sup>991</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*, p. 31.

<sup>992</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*, p. 31.

<sup>993</sup> Thomas Hobbes, *Discurso histórico políticos*, p. 112.

En el caso del aborto también se la adscribe a la esfera estructural marginal. Porque a pesar de que se comparte la preocupación de Ávila por la ineficacia del sistema penal y los riesgos que conlleva la ilegalidad,<sup>994</sup> sin embargo, no se puede desconocer que hay una vida en juego y que para la mayoría de la sociedad ecuatoriana es una norma básica de convivencia.<sup>995</sup> Desde luego el análisis merece ser más detallado, quien escribe tiene dudas de que por ejemplo la tipificación de modalidades como el aborto en violación alcance el mismo nivel. Ya en nuestro país se reconoce esferas de excepción muy cercanas como el aborto terapéutico y de violación en una mujer con trastorno mental, modalidades también recogidas en este proyecto. Lamentablemente esta propuesta pasó de una despenalización integral a dejar intacta la legislación vigente, por tanto no permite un análisis más fino.<sup>996</sup>

La respuesta social que describe Ávila, calza de manera adecuada con la tesis propuesta en este estudio, porque a pesar de que solo salió a debate entre un reducido sector de personas técnicas, en este foro la expulsión de normas de naturaleza estructural marginal generó una reacción importante. Cuando la propuesta de reducción del sistema penal cruza el umbral hacia la esfera estructural, los gobernantes muestran carecer de fortaleza para viabilizar la reducción normativa.<sup>997</sup> En términos de Ávila: la “propuesta chocó con la realidad”.<sup>998</sup>

(v) Una revisión del último documento, esto es la *exposición de motivos* del anteproyecto de ley, permite constatar que al igual que todos los anteriores tampoco trae una descripción de las aéreas donde la filosofía minimalista se ha materializado. La particularidad sobre la que vale la pena detenerse, surge en el momento que en se realiza

---

<sup>994</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*, p. 31-32.

<sup>995</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 4.

<sup>996</sup> El motivo por el cual se sostiene esta posibilidad es porque en este momento ya es legal el aborto para los casos de embarazo a causa de violación en mujer idiota o demente.

<sup>997</sup> Thomas Hobbes, *Discurso histórico políticos*, p. 112.

<sup>998</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*, p. 29.

una comparación entre dos títulos: “*El garantismo penal*”,<sup>999</sup> versus la “*Adecuación de la norma nacional a los compromisos internacionales*”.<sup>1000</sup>

El primer subtítulo, tiene por finalidad establecer los postulados del derecho penal mínimo.<sup>1001</sup> El carácter central que debe ser destacado consiste en su nivel de profundidad, se limita a una esfera netamente declarativa, sin que haya precisión alguna de la forma como se ha materializado los objetivos político pregonados.

En contrapartida, el segundo apartado sí cita cambios concretos y palpables en la esfera punitiva: “El anteproyecto establece no solo tipos penales adaptados a las normas constitucionales sino también capítulos nuevos, como el primero que se refiere a delitos contra la humanidad y las graves violaciones a derechos humanos...”.<sup>1002</sup> La ampliación que se genera no es nada depreciable, se trata de un capítulo con dos secciones y un total de 42 artículos que introducen tipos penales nuevos, algunos de ellos con más de cinco conductas prohibidas y de manera adicional con uso de pluralidad de verbos rectores que multiplica la esfera penal.<sup>1003</sup> También se recoge la ampliación de ciertos delitos que suelen estar vinculados a la criminalidad organizada.

Es llamativa la diferencia en materia de profundidad cuando se describe la esfera donde se produce una disminución punitiva, frente a lo que sucede cuando se analiza el incremento de esferas sometidas al control penal. El conjunto de textos muestra un nivel de comodidad amplio al momento de aceptar la filosofía minimalista y plasmar los principios rectores. Sin embargo existe una tendencia sistemática a esquivar precisar en

---

<sup>999</sup> Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Anteproyecto de código de Garantías Penales. exposición de motivos*, p. 47-48.

<sup>1000</sup> Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Anteproyecto de código de Garantías Penales. exposición de motivos*, p. 49-50.

<sup>1001</sup> El texto utiliza como sinónimos garantismo y minimalismo.

<sup>1002</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*, p. 49-50.

<sup>1003</sup> Por ejemplo artículos como el 51, 73, 75, 77, 79.

qué área se da la anunciada disminución de la esfera penal.<sup>1004</sup> Este nivel de autocensura se da a pesar del reconocimiento expreso de no existir limitaciones políticas, la tensión tiende a ubicarse entre la propuesta y la realidad.<sup>1005</sup>

## 2. La propuesta minimalista: análisis normativo del anteproyecto de código de garantías penales

El objetivo de este estudio es determinar en qué nivel el anteproyecto plasma la propuesta minimalista y de esta manera, tener una imagen de lo que sería un código que represente a esta ideología.<sup>1006</sup> El presente análisis tiene por objeto tomar una muestra de casos límites ubicados en el código vigente y verificar dos (2) aspectos: si alguno de ellos ha sido expulsado, y el aspecto que tiene se ha usado la redacción como instrumento para plasmar una disminución de la esfera de protección.

Ante la imposibilidad por razones de espacio de comparar de manera integral los dos cuerpos normativos; se ha optado por una metodología casuística. Se han escogido cinco tipos penales que por su naturaleza, son candidatos paradigmáticos para ser objeto de expulsión o reducción normativa.

La metodología escogida presenta una dificultad, la elección de los tipos que serán sometidos a estudio resulta esencial, porque podría conllevar problemas de ilegitimidad. ¿Qué tipo de características deberían tener las normas penales que sean sometidas a estudio?, Se ha decidido que los caracteres deben ser dos (2): el primero, debe tratarse de normas ubicadas en una esfera donde se esperaría que una propuesta minimalista debería intervenir. Porque resultaría un ejercicio injusto seleccionar por ejemplo normas que pertenezcan a la esfera estructural nuclear, como el homicidio,

---

<sup>1004</sup> Ministerio de Justicia y Derechos HumanosMinisterio de Justicia y Derechos HumanosMinisterio de Justicia y Derechos Humanos, *Anteproyecto de código de garantías penales. La constitucionalización del derecho penal.*

<sup>1005</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*, p. 21-38.

<sup>1006</sup> Ministerio de Justicia y Derechos HumanosMinisterio de Justicia y Derechos HumanosMinisterio de Justicia y Derechos Humanos, *Anteproyecto de código de garantías penales. La constitucionalización del derecho penal.*

secuestro y violación, y ante la constatación de su no expulsión, concluir que la propuesta de disminución punitiva no ha alcanzado profundidad.<sup>1007</sup> El objeto de estudio se circunscribe a normas marginales o estructural marginales, donde solo una reducción en estas últimas colisionaría con la tesis planteada.<sup>1008</sup>

El segundo requisito, se relaciona con la necesidad de garantizar que se trate de tipos penales con una vigencia real. Porque, como se ha analizado existe un conjunto de normas que en la práctica han perdido vigencia, motivo por el cual su expulsión no implicaría en realidad la materialización de la filosofía minimalista, sino que simplemente se trataría de un proceso de actualización normativa, proceso que se esperaría de cualquier cambio de código de manera independiente de su ideología.<sup>1009</sup> Dentro de esta esfera a su vez se ha escogido delitos que sean significativos en la vida diaria, porque resultaría una falacia el eliminar una decena de tipos penales que en conjunto no representen el uno por mil de los casos que ingresan al sistema.<sup>1010</sup>

La selección de los tipos penales a estudiarse responde a una valoración en la que sin duda pesa el factor subjetivo. Ante la imposibilidad de encontrar un método que permitiese adoptar un criterio objetivo de valoración, se ha tomado algunos recaudos: dejar constancia de este riesgo, con el fin de facilitar la crítica del análisis realizado. Justificar en cada caso los criterios de su selección, con el fin de transparentar los motivos por los cuales se ha incluido en el objeto de estudio. Por último, previo a la selección definitiva se sometió a una consulta previa con un conjunto de personas técnicas del medio para constatar si en verdad consideraban que una propuesta minimalista debería afectar a estas normas, con el fin de limitar el impacto de la valoración subjetiva de quien escribe.

---

<sup>1007</sup> Claus Roxin, *Problemas actuales de dogmática penal*, p. 20-21.

<sup>1008</sup> Thomas Hobbes, *Discurso histórico políticos*, p. 112.

<sup>1009</sup> No tendría sentido el analizar tipos penales sin incidencia real.

<sup>1010</sup> Robert Merton, *Teoría y estructura sociales*, p. 124-131.

El primer delito es el *hurto*, debido a que al tratarse de una infracción contra la propiedad cometida sin violencia ni engaño, se ubica en una esfera cercana a la protección que brinda el derecho civil.<sup>1011</sup> De manera paralela cumple la segunda exigencia, porque a pesar de que es visto como un delito no grave, es un tipo penal vigente que juega un papel en la convivencia social y tiene un impacto cuantitativo.<sup>1012</sup>

El segundo delito es la *usura*, los valores en juego desde la perspectiva del ofendido es la propiedad y desde el enfoque de la sociedad el orden económico.<sup>1013</sup> A pesar que son bienes jurídicos de cierta trascendencia, la afectación es baja. En razón de que en este caso no solo que no existe ni violencia ni engaño, sino que además hay un acuerdo entre las partes, por tanto su modalidad de ejecución le convierte en un candidato apto para que sea objeto de una expulsión normativa.

En el caso ecuatoriano la sola tipificación actual demuestra la marginalidad de la conducta, la sola usura no está penada, en principio este conflicto se resuelve en la legislación civil, donde la consecuencia jurídica consiste en que el juez corrija el exceso pactado.<sup>1014</sup> La tipificación existente se enfoca en conductas colaterales como la habitualidad y el encubrimiento.<sup>1015</sup> Con respecto al segundo requisito, esto es el papel que juega esta tipificación, cumple con la exigencia de tener una vigencia efectiva y una repercusión relevante en el funcionamiento real de la justicia.<sup>1016</sup>

El tercer delito, las *injurias*, sin lugar a dudas se trata de una conducta de baja relevancia social, debido a que el bien jurídico que protege no alcanza un nivel que en general se ha reconocido como de alto impacto: la honra. Con frecuencia se ha hecho

---

<sup>1011</sup> Jorge Zavala, *Delitos contra la propiedad*, tomo I, p. 29-84.

<sup>1012</sup> Fiscalía General del Estado, *Hacia la seguridad ciudadana. Rendición de cuentas 2007-2010*, Quito, Fiscalía General del Estado, p. 48.

<sup>1013</sup> Fermín Echarri y Santiago González, *Aspectos procesales de la delincuencia económica*, en Manuel Jaen y Francisco Bernate directores, *Colección autores extranjeros Derecho penal*, Bogotá, Gustavo Ibañez, 2005, p. 24-27.

<sup>1014</sup> Jorge Zavala, *Delitos contra la propiedad*, Tomo III, p. 158.

<sup>1015</sup> Jorge Zavala, *Delitos contra la propiedad*, Tomo III, p. 157-160.

<sup>1016</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 24-25.

notar que es de difícil su protección jurídica, en razón de que la afectación es relativizada en el caso concreto por factores tales como: la situación de los intervinientes, el tipo relación que mantengan, la valoración de la infracción por parte del ofendido, entre otros.<sup>1017</sup> Incluso la propia legislación da cuenta de su bajo impacto social, debido a que le somete como regla general al procedimiento de acción privada, trámite creado precisamente para conflictos con predominante interés particular. A pesar de todo lo anotado, esta tipificación también cumple el requisito de tener una vigencia real, debido a que hoy en día, a diario se tramitan causas en los juzgados penales por esta modalidad.

El cuarto delito, se relaciona con las *lesiones de menor incidencia*. Se esperaría una reducción normativa en esta esfera, en razón de que si bien se trata del delito contra la integridad personal, sin embargo este tipo penal protege la esfera de más baja repercusión, razón por la cual en la práctica su incidencia social es acotada. De hecho, en este momento las lesiones que no superan los tres (3) días de incapacidad para el trabajo, no son consideradas como delitos sino como contravenciones.<sup>1018</sup> De manera paralela, también cumple con la segunda exigencia, porque estos supuestos penales han adquirido una vigencia nada despreciable en el funcionamiento diario de la justicia.<sup>1019</sup>

La última infracción, el *microtráfico de droga*<sup>1020</sup> es un delito cuya despenalización en los últimos años ha estado en un debate tanto a nivel nacional como regional. Incluso los propios proponentes del proyecto en un primer momento consideraron despenalizar esta infracción, elementos que justifican su calidad de

---

<sup>1017</sup> Francisco Muñoz, *Derecho penal. Parte especial*, p. 238-239.

<sup>1018</sup> Código penal, Artículo 607, numeral 3.

<sup>1019</sup> Fiscalía General del Estado/Fiscalía General del Estado, *Hacia la seguridad ciudadana. Rendición de cuentas 2007-2010*, p. 48.

<sup>1020</sup> Fiscalía General del Estado/Fiscalía General del Estado, *Hacia la seguridad ciudadana. Rendición de cuentas 2007-2010*, p. 48.



candidato a la despenalización.<sup>1021</sup> Con respecto a su vigencia, en la realidad ecuatoriana entre las normas con mayor incidencia tienen en la realidad social.<sup>1022</sup>

Con respecto a la naturaleza de estas normas y el papel que juegan en el andamiaje jurídico, se impone una diferenciación del delito de injurias de los restantes tipos penales anotados. Porque mientras que la generalidad de las normas analizadas, cumplen una función que si bien es estructural, su aporte es limitado, por tanto se las ha ubicado en la esfera estructural marginal.<sup>1023</sup> La injuria se considera que no alcanza este nivel, por ello se la ubica en la esfera marginal, debido a que no se visualiza la protección penal de la honra como un pilar que mantiene el funcionamiento de la sociedad ecuatoriana.<sup>1024</sup>

Es importante dejar constancia de una divergencia de criterios entre los técnicos consultados con respecto a este tipo penal. Hubo un sector minoritario que prefirieron realizar una diferenciación, consideraron que ciertas modalidades de injurias como por ejemplo las calumniosas realizadas a través de los medios de comunicación se ubicaban en la esfera estructural.<sup>1025</sup> A pesar de que se reconoce que es un caso límite y que sin lugar a dudas esta norma aporta para una convivencia pacífica,<sup>1026</sup> pero en este estudio se prefirió no hacer una diferenciación de estos supuestos, porque incluso en estos casos, el bien protegido sigue siendo el honor y no se ve como la protección de este valor llega a ser un pilar esencial para el funcionamiento de la sociedad.<sup>1027</sup>

El siguiente cuadro contiene la tipificación de las mencionadas conductas.

Art. 106.- Hurto.- Será sancionada con	Art. 547.- Son reos de hurto los que, sin
--	---

<sup>1021</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*, p. 30-31.

<sup>1022</sup> Fondo Justicia y Sociedad. Fundación Esquel – USAID, *Segunda evaluación del sistema procesal penal*, Quito, Fondo Justicia y Sociedad. Fundación Esquel – USAID, 2006, p. 179.

<sup>1023</sup> Francisco Muñoz, *Derecho penal. Parte especial*, p. 241-243.

<sup>1024</sup> Robert Merton, *Teoría y estructura sociales*, p. 124-131.

<sup>1025</sup> Thomas Hobbes, *Discurso histórico políticos*, p. 112.

<sup>1026</sup> Claus Roxin, *Contestación*, p. 37-38.

<sup>1027</sup> Juan Rousseau, *El contrato social*, p. 15-18.

<p>pena de hasta un (1) mes de restricción de libertad la persona que, sin voluntad de su dueño, se apodere de cosa mueble ajena. Para la determinación o exención de la pena se tomará en cuenta el valor de la cosa al momento del apoderamiento.</p> <p>Igual pena tendrá la persona que se apodere ilegítimamente de energía eléctrica o señal de telecomunicaciones, cuya defraudación sea superior a una remuneración básica unificada del trabajador en general.</p> <p>La pena será de restricción de libertad de hasta tres (3) meses si el valor de lo hurtado supera las tres (3) remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general, siempre y cuando se pueda determinar su valor al momento del apoderamiento.</p> <p>Si el autor del hurto, atrapado en el momento de la ejecución, ejerce violencia contra las personas para conservar la posesión del bien hurtado, se le impondrá la pena de tres (3) meses hasta un (1) año de restricción de libertad, siempre que no se establezca una pena mayor.</p> <p>La tentativa de hurto será punible.</p>	<p>violencias ni amenazas contra las personas, ni fuerza en las cosas, sustrajeren fraudulentamente una cosa ajena, con ánimo de apropiarse.</p> <p>Art. 548.- El hurto será reprimido con prisión de un mes a tres años, tomando en cuenta el valor de las cosas hurtadas.</p> <p>Art. 549.- La pena será de seis meses a cinco años de prisión:</p> <p>1o.- Cuando se tratase de máquinas o instrumentos de trabajo dejados en el campo, o de alambres u otros elementos de cercas, causándose la destrucción total o parcial de éstas;</p> <p>2o.- Cuando el hurto se cometiere con ocasión de un incendio, explosión, inundación, naufragio, accidente de ferrocarril, asonada o motín, o aprovechando las facilidades provenientes de cualquier otro desastre o conmoción pública;</p> <p>3o.- Cuando se tratase de herramientas, instrumentos de labranza u otros útiles, o animales de que el ofendido necesite para el ejercicio de su profesión, arte, oficio o trabajo; y,</p> <p>4o.- Cuando las personas a quienes se hurtare fueren miserables o necesitadas, o cuando lo que se les hurtare fuere bastante para arruinar su propiedad.</p>
<p>Art. 116.- Usura.- Será sancionada con pena de hasta un (1) año de restricción de libertad la persona que suministre valores a</p>	<p>Art. 583.- Es usurario el préstamo en el que, directa o indirectamente, se estipula un interés mayor que el permitido por ley, u otras ventajas usurarias.</p>

<p>cambio de prestaciones económicas, que en conjunto excedan del interés máximo permitido por la ley.</p> <p>La pena será de hasta dos (2) años de restricción de libertad para la persona que perjudique a más de quince (15) personas, siempre y cuando sea de forma verificada y con las garantías del debido proceso.</p>	<p>Art. 584.- Será reprimido con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de dieciséis a trescientos once dólares de los Estados Unidos de Norte América, el que se dedicare a préstamos usurarios.</p> <p>Art. 585.- Será reprimido con prisión de dos a cuatro años y multa de mil dólares de los Estados Unidos de Norte América, el que encubriere, con otra forma contractual cualquiera, la realidad de un préstamo usurario.</p>
<p>Art. 105.- Calumnia.- Será sancionada con pena restrictiva de libertad de hasta tres (3) meses la persona que realice contra otra una imputación pública de un delito.</p> <p>La calumnia dejará de ser punible cuando fuere recíproca o, cuando no existiere real malicia, si la información materia del delito se refiere a servidoras o servidores públicos en el ejercicio de su función, o a personas privadas que, por su profesión u oficio, tengan una exposición voluntaria social de relevancia.</p>	<p>Art. 489.- La injuria es:</p> <p>Calumniosa, cuando consiste en la falsa imputación de un delito; y, No calumniosa, cuando consiste en toda otra expresión proferida en descrédito, deshonra o menosprecio de otra persona, o en cualquier acción ejecutada con el mismo objeto.</p> <p>Art. 490.- Las injurias no calumniosas son graves o leves:</p> <p>Son graves:</p> <p>1o.- La imputación de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias pueden perjudicar considerablemente la fama, crédito, o intereses del agraviado;</p> <p>2o.- Las imputaciones que, por su naturaleza, ocasión o circunstancia, fueren tenidas en el concepto público por afrentosas;</p> <p>3o.- Las imputaciones que racionalmente merezcan la calificación de graves, atendido el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor;</p> <p>y,</p>

	<p>40.- Las bofetadas, puntapiés, u otras ultrajes de obra. Son leves las que consisten en atribuir a otro, hechos, apodos o defectos físicos o morales, que no comprometan la honra del injuriado.</p> <p>Art. 491.- El reo de injuria calumniosa será reprimido con prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinte y cinco dólares de los Estados Unidos de Norte América, cuando las imputaciones hubieren sido hechas:</p> <p>En reuniones o lugares públicos; En presencia de diez o más individuos; Por medio de escritos, impresos o no, imágenes o emblemas fijados, distribuidos o vendidos, puestos en venta, o expuestos a las miradas del público; o, Por medio de escritos no publicados, pero dirigidos o comunicados a otras personas, contándose entre éstos las cartas.</p> <p>Art. 492.- Serán reprimidos con uno a seis meses de prisión y multa de seis a doce dólares de los Estados Unidos de Norte América, los que hicieren la imputación privadamente, o en concurrencia de menos de diez personas.</p> <p>Art. 495.- El reo de injuria grave no calumniosa, realizada de palabra o hecho, por escrito, imagen eso emblemas, en alguna de las circunstancias indicadas en el Art. 491, será reprimido con prisión de tres a seis meses y multa de seis a doce dólares de los Estados Unidos de Norte América; y en las circunstancias del Art. 492, con prisión de quince días a tres meses y multa de seis dólares de los Estados Unidos de Norte América.</p>
--	---

<p>Art. 88.- Lesiones.- Será sancionada con pena de restricción de libertad la persona que lesione a otra de acuerdo a las siguientes reglas:</p> <p>1. Levísimas.- Si le produce a la víctima un daño, enfermedad o incapacidad no superior a treinta (30) días, la pena será no privativa de libertad.</p> <p>2. Leves.- Si le produce a la víctima un daño, incapacidad o enfermedad de treinta (30) a noventa (90) días la pena será de hasta dos (2) años de restricción de libertad.</p> <p>3. Graves.- Si le produce a la víctima una grave enfermedad o una disminución de sus facultades físicas o mentales, que no alcancen la entidad de las señaladas en el número siguiente, o una incapacidad o enfermedad, que no siendo permanente, supere los noventa (90) días la pena será de hasta cuatro (4) años de restricción de libertad.</p> <p>4. Gravísimas.- Si produce a la víctima enajenación mental, pérdida de un sentido o de la facultad del habla, inutilidad para el trabajo, impotencia, pérdida o impedimento de algún miembro importante, deformidad notable, o alguna grave enfermedad transmisible e incurable la pena será de hasta ocho (8) años de restricción de libertad.</p> <p>La lesión culposa será sancionada con restricción de libertad de hasta un tercio (1/3)</p>	<p>Art. 463.- El que hiriere o golpeare a otro, causándole una enfermedad o incapacidad para el trabajo personal, que pase de tres días y no de ocho, será reprimido con prisión de quince días a tres meses y multa de seis a doce dólares de los Estados Unidos de Norte América.</p> <p>Si concurre alguna de las circunstancias del Art. 450, las penas serán de prisión de dos a seis meses y multa de ocho a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América.</p> <p>Art. 464.- Si los golpes o heridas han causado una enfermedad o una incapacidad para el trabajo personal, que pase de ocho días y no exceda de un mes, las penas serán de prisión de dos meses a un año y multa de doce a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norte América.</p> <p>Si concurre alguna de las circunstancias del Art. 450, la prisión será de seis meses a dos años, y la multa, de dieciséis a cuarenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América.</p> <p>Art. 465.- Si los golpes o heridas han causado una enfermedad o incapacidad para el trabajo, que pase de treinta días y no exceda de noventa, las penas serán de prisión de seis meses a dos años, y multa de dieciséis a cuarenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América.</p> <p>En caso de concurrir alguna de las circunstancias del Art. 450, la prisión será de uno a tres años, y la multa de dieciséis a sesenta y dos dólares de los Estados Unidos de Norte América.</p>
---	---

<p>de las penas previstas en los numerales anteriores.</p>	<p>Art. 466.- Si los golpes o heridas han causado una enfermedad o incapacidad para el trabajo personal, que pase de noventa días, o una incapacidad permanente para los trabajos a que hasta entonces se había dedicado habitualmente el ofendido, o una enfermedad grave, o la pérdida de un órgano no principal, las penas serán de prisión de uno a tres años y multa de dieciséis a setenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América.</p> <p>En caso de concurrir alguna de las circunstancias del Art. 450, las penas serán de prisión de dos a cinco años y multa de treinta y un a ciento veinte y cinco dólares de los Estados Unidos de Norte América.</p> <p>Art. 467.- Las penas serán de prisión de dos a cinco años y multa de treinta y un a ciento veinte y cinco dólares de los Estados Unidos de Norte América, si de los golpes o heridas ha resultado una enfermedad cierta o probablemente incurable, o una incapacidad permanente para el trabajo, o una mutilación grave, o la pérdida o inutilización de un órgano principal.</p> <p>Las penas serán de reclusión menor de tres a seis años y multa de dieciséis a ciento cincuenta y seis dólares de los Estados Unidos de Norte América, si concurre alguna de las circunstancias del Art. 450.</p> <p>Art. 468.- Será reprimido con prisión de uno a seis meses y multa de doce a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norte América, el que hubiere causado a otro una enfermedad o incapacidad</p>
--	--

	<p>transitoria para el trabajo personal, administrándole voluntariamente sustancias que puedan alterar gravemente la salud.</p> <p>Art. 469.- La pena será de prisión de dos a cinco años, cuando dichas sustancias hubieren causado una enfermedad cierta o probablemente incurable, o una incapacidad permanente para el trabajo personal, o la pérdida absoluta, o inutilización de un órgano.</p>
<p>Art. 211.- Producción y tráfico de narcóticos por menudeo.- Será sancionada con pena de restricción de libertad de hasta dos (2) años la persona que, directa o indirectamente, produzca, almacene, transporte o comercialice en forma material con narcóticos en cantidades iguales o inferiores a las establecidas para la dosis máxima de consumo personal multiplicadas por mil.</p> <p>Habrá igualmente narcomenudeo si, en cantidades inferiores a la establecida, se comprueba que la posesión o tenencia de narcóticos son destinados confines distintos al consumo.</p> <p>Si el narcomenudeo se comete en centros educativos, asistenciales, policial eso de restricción de la libertad, o en un radio que diste a menos de trescientos (300) metros de ellos, la pena será de hasta dos (2) años de restricción de libertad.</p>	<p>Art. 60.- Sanciones para el tráfico ilícito.- Quienes compren, vendan o entreguen a cualquier título, distribuyan, comercialicen, importen, exporten o, en general, efectúen tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, psicotrópicas y otras sujetas a fiscalización, serán reprimidos con reclusión mayor extraordinaria de doce a diez y seis años y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales.</p> <p>Se entenderá por tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, psicotrópicas u otras sujetas a fiscalización toda transacción mercantil o toda entrega, a cualquier título, de dichas sustancias, realizada en contravención a los preceptos de esta Ley.</p>

El análisis incluye dos niveles, el primero, la expulsión de normas consideradas como prototípicas para que el minimalismo pueda expulsarlas de la esfera penal. En este segmento no existió ningún caso de despenalización integral. La segunda esfera se relaciona con cambios en la esfera de protección.

Para efectos de analizar la esfera punitiva de cada delito, se ha procedido a agrupar los supuestos en cuatro (4) categorías. En la primera se analizará la usura, caso en el que existió una *ampliación de la esfera penal*. La propuesta minimalista incorpora la tipificación de la conducta básica, motivo por el cual existe una expansión considerable en la esfera punible. Un acto individual usuario, en este momento no es delito, sin embargo el proyecto incorpora este supuesto.<sup>1028</sup>

Se podría pensar que paralelamente existe una disminución, ya que la legislación actual tipifica el encubrimiento de usura, en tanto que el proyecto de ley no.<sup>1029</sup> Esta apreciación no es exacta porque en el anteproyecto de ley, se prevé un tipo independiente contra la tutela judicial efectiva que cubre este comportamiento.<sup>1030</sup>

En la segunda categoría, se aglutina el hurto<sup>1031</sup> y las lesiones,<sup>1032</sup> en este caso existe un *incremento aparente de la esfera penal*. Debido a que el proyecto recoge como delito cualquier hurto o lesión sin un límite relacionado con un mínimo de afectación. Esta apreciación no es exacta porque la técnica legislativa empleada por el anteproyecto, suprime las diferencias entre delito y contravenciones. Por tanto, lo que existe en realidad es una nueva técnica legislativa.<sup>1033</sup>

En la tercera categoría se halla el microtráfico de droga, en este caso existe una *esfera punitiva similar*. Porque a pesar de que en el proyecto se diferencia esta esfera

---

<sup>1028</sup> Código penal, Artículo 584.

<sup>1029</sup> Código penal, Artículo 585.

<sup>1030</sup> Anteproyecto de código de garantías penales, artículo 151.

<sup>1031</sup> Código penal, Artículo 607.

<sup>1032</sup> Código penal, Artículo 463.

<sup>1033</sup> Anteproyecto de Código de garantías penales, artículo 106.



del tráfico propiamente dicho, ya que ambos supuestos se hallan sancionados, la esfera penal es la misma.<sup>1034</sup> En este caso la diferenciación repercute sobre la disminución de la pena, tema a analizarse en el siguiente apartado.

En la última categoría están las injurias, en este caso si existe una *disminución de la esfera punitiva*, la propuesta despenaliza las injurias no calumniosas. En tal virtud, este es el único caso en estudio, donde la filosofía minimalista de manera efectiva se ha materializado en la propuesta de reforma.<sup>1035</sup>

Este último ejemplo no se confronta con la tesis planteada, más bien tiende a confirmarla. El único caso donde se plantea una disminución de la esfera penal, se ubica en la esfera marginal. La propuesta plasmada en el proyecto no deja duda de esta adscripción, porque la esfera que despenaliza no es toda injuria, se enfoca en las no calumniosas. Supuesto que demanda un ejercicio forzado catalogarlo de estructural.<sup>1036</sup>

Si se parte de la filosofía expresada en los documentos introductorios, se esperaría que la propuesta de reforma conlleve un profundo cambio en la esfera punitiva analizada. Sin embargo esta breve revisión de artículos límite, revela la no existencia de una variación. Es cierto que este análisis no tiene el potencial de justificar que no existe una norma estructural que no haya sido reducida en una esfera relevante. Aceptado este límite, se debe dejar constancia de que no se ha detectado esferas estructurales significativas donde haya una disminución en la esfera punitiva.<sup>1037</sup> Además si una propuesta minimalista no disminuye la esfera punitiva de delitos como el hurto, usura, lesiones de menor afectación, microtráfico y tan solo despenaliza las injurias no calumniosas, no parece ser consecuente con el objetivo de reducir el espectro penal.<sup>1038</sup>

---

<sup>1034</sup> Anteproyecto de Código de garantías penales, artículo 211.

<sup>1035</sup> Anteproyecto de Código de garantías penales, artículo 105.

<sup>1036</sup> Thomas Hobbes, *Discurso histórico políticos*, p. 112.

<sup>1037</sup> Thomas Hobbes, *Discurso histórico políticos*, p. 112.

<sup>1038</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 284-285.

¿Qué demuestra esta experiencia?, justifica que la propuesta elaborada por algunos de los portavoces nacionales más representativos del minimalismo, apoyados por líderes regionales y mundiales, en la práctica no realizaron una propuesta capaz de variar la esfera de cobertura del sistema penal.<sup>1039</sup>

### Capítulo III:

#### Repercusiones conceptuales de los resultados

A estas alturas del estudio es justo concluir que está demostrada la tesis de que la libertad de los detentadores del poder no es absoluta, se halla limitada por la ubicación de la norma en el andamiaje jurídico que soporta el funcionamiento social: a mayor centralidad menor libertad. La repercusión práctica más relevante es que dentro de esta escala en el Ecuador se ha constado que los gobernantes no tienen la capacidad de reducir sectores relevantes en la esfera de protección penal en normas estructurales.

La demostración de esta tesis se ha realizado mediante un estudio empírico basado en dos *niveles*: el primer nivel está constituido por reformas vigentes. En este caso se realizó dos (2) estudios: El *estudio inicial*, se basó en un conjunto de cambios normativos que reducían la esfera de protección penal, en él se constató que la intensidad de la reacción social guardaba estrecha relación con el tipo de normas; la variación fluctuó desde la indiferencia en el caso de normas marginales en desuso, hasta el desacato absoluto en el caso de una ley estructural nuclear. El tema central es que se constató que en el caso de afectación a normas marginales los procesos fueron exitosos, en tanto que frente a normas estructurales no fueron viables y tuvieron que ser revertidos. Esta realidad detectada en base a una muestra se cómo en el *segundo estudio*

---

<sup>1039</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*, p. 28.

se confirmó al verificar la totalidad de reformas que han existido en nuestro país desde la vigencia constitucional del minimalismo, habiendo todas confirmado la tesis.

El segundo nivel es más exigente, se puso a prueba la tesis frente a la propuesta ideal plasmada por el movimiento minimalista y se verificó en dos niveles: en el *nivel discursivo*, a pesar de haber documentos completos y detallados de presentación, en ninguno de ellos se hace referencia a una esfera estructural que haya sido reducida. En el *nivel pragmático*, se tomaron casos límite que se esperaba que sean afectados por esta filosofía y se constató que como regla general no hubo reducciones en la esfera de protección; la única rebaja consagrada se ubicó en la esfera de las injurias no calumniosas, norma que al ser marginal no cuestiona la tesis. En conjunto las verificaciones realizadas permiten sostener que la tesis está validada.

### **1. Revisión de la tesis relevista originaria de la creación de la norma**

El análisis realizado demanda abrir una reflexión sobre la validez del postulado referido a la creación de la norma. Para cumplir este objetivo se debe partir de la división planteada desde el primer momento en este Libro, la postura relativista de Becker<sup>1040</sup> es distinta aquella adoptada por el abolicionismo<sup>1041</sup> y minimalismo,<sup>1042</sup> debido a que en estas últimas adquiere un carácter absoluto.

Dado que las repercusiones de este estudio son diversas para las dos posturas descritas, se optó por realizar un trato diferenciado, en este subtítulo se analizará las repercusiones para el relativismo en la versión del interaccionismo simbólico. En tanto en el próximo, se estudiará las repercusiones para el abolicionismo y minimalismo.

Existe una primera pregunta básica que responder: ¿el conjunto de experiencias obtenidas de la realidad ecuatoriana permite destacar la tesis relativista del

---

<sup>1040</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 154-174.

<sup>1041</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 51-52.

<sup>1042</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 75.

interaccionismo simbólico?<sup>1043</sup> La respuesta desde la óptica de este estudio es negativa, porque, como se recordará la tesis de Becker en lo fundamental consiste en negar la creencia de que las normas eran simples materializaciones de valores inmanentes al ser humano. Con acierto hace notar que esa posición enmascara la presión de los grupos de poder en los procesos de creación de una ley.<sup>1044</sup> La aplicabilidad del factor relativista a cualquier proceso de creación normativa, es una realidad que ya ha sido justificado en este estudio, incluso en el caso de las normas estructurales nucleares, por tanto resulta innecesario insistir en ello.<sup>1045</sup>

El aspecto que requiere alguna precisión, es la influencia de factores como las convicciones e intereses de distintos sectores de poder. Si bien es cierto, en los análisis realizados no se ha tocado el tema de manera expresa, sin embargo, de las descripciones hechas, revelan esta realidad. Por ejemplo, en el caso de la despenalización fáctica del hurto y robo de montos medios bajos, se observa el influjo de intereses institucionales y personales que marcaron el surgimiento de la propuesta.<sup>1046</sup> Esta reforma se forjó en un contexto en que la Fiscalía y su máximo representante, al no conseguir efectividad en el cumplimiento de su rol, necesitaban cambiar el foco de atención, porque la sociedad y un cierto sector de asambleístas comenzaban a pedirle cuentas.<sup>1047</sup>

Incluso el desenlace de la experiencia es aún más gráfico. Cuando fracasó la estrategia disuasiva de responsabilizar a la Asamblea, en los meses posteriores, la puja entre estos dos segmentos institucionales se profundizó. Una parte considerable de la Asamblea terminó por proponer un juicio político contra el Fiscal General encargado, iniciativa que a pesar de que no prosperara, implicó un serio golpe para la legitimidad

---

<sup>1043</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 11-12.

<sup>1044</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 156-172.

<sup>1045</sup> Thomas Hobbes, *Discurso histórico políticos*, p. 112.

<sup>1046</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 167-182.

<sup>1047</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 157-165.

institucional y altos costos para la carrera de este funcionario. El proceso entero de reforma y contrarreforma se ve cruzado de motivaciones políticas y personales.<sup>1048</sup>

De la misma, forma basta ver el surgimiento de todos los procesos de contrarreforma, para notar que en todos ellos es evidente la necesidad de los políticos de las distintas tendencias en no ser golpeados por los costos de una confrontación con los intereses ciudadanos. Los cálculos políticos en gran medida es el factor que desencadena los procesos de rectificación. La ciudadanía no necesita realizar actos de fuerza, basta con evidenciar un rechazo profundo para forzar un cambio de postura.

Si los postulados esenciales de la tesis han sido confirmados, ¿esto quiere decir qué las experiencias obtenidas de la realidad ratifican en su integridad la teoría de Becker?, la respuesta nuevamente es negativa, no es correcto sostener ninguno de los dos extremos. La tesis que forja este estudio, consiste en que si bien Becker tiene razón en que el relativismo es un factor que siempre influye en la promulgación de una ley,<sup>1049</sup> su postura debe ser revisada de acuerdo a su incidencia según el tipo de norma.

El *fundamento de esta revisión* consiste en que si bien los casos en estudio permiten aceptar siempre la presencia del factor relativista, no en todos ellos adquiere una similar relevancia.<sup>1050</sup> El grado de relativismo es vinculado al nivel de marginalidad o no de la norma. A mayor nivel de marginalidad, mayor relativismo y mayor posibilidad de que la norma sea expulsada. Mientras más nuclear es la ley la relación es inversa.<sup>1051</sup>

La riqueza de los casos estudiados, bosquejó con un nivel de claridad en la *variación que sufre el relativismo* que no se pensó alcanzar cuando se diseñó la

---

<sup>1048</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 164-165.

<sup>1049</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 152-153.

<sup>1050</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 154-174.

<sup>1051</sup> Claus Roxin, *Problemas actuales de dogmática penal*, p. 20.

metodología. Las categorías y subcategorías planteadas, reflejan una *tendencia* en el incremento de la reacción social y en la premura por restituir la vigencia normativa.

Cuando se despenalizó una norma marginal en desuso, no existió reacción social alguna; la expulsión de una norma marginal funcional, genera una reacción social, pero ella no llega a poner en riesgo la vigencia de la reforma; en la esfera estructural marginal, la respuesta social ya es contundente, arrincona a la institucionalidad y obliga a revertir la expulsión normativa; ante la remoción de una norma estructural intermedia, la reacción fue tal que el Congreso, las cortes y parte de la sociedad civil prefirieron dejar de lado la legalidad y algunos derechos básicos de la persona,<sup>1052</sup> para restablecer la convivencia mediante una vía ilegal; por último, al tratarse de una norma nuclear la sociedad y la institucionalidad simplemente ignoraron el cambio, a pesar de que hubo conciencia de que se trataba de un franco desacato a la ley.<sup>1053</sup>

Desde luego no se sostiene que cada categoría necesariamente conlleva una reacción determinada.<sup>1054</sup> Incluso debe ser relativizada la relación existente entre norma marginal y la posibilidad de ser derogada, así como norma estructural sinónimo de ausencia de capacidad para limitar la esfera penal. Se reconoce el influjo en uno y otro sentido de ciertos factores que en casos límite pueden variar estas ecuaciones.<sup>1055</sup> Por ejemplo, un proceso de despenalización de una norma marginal, ¿puede fracasar por los intereses, convicciones morales o un ambiente especialmente sensible ante la inseguridad?;<sup>1056</sup> a la inversa, una norma estructural marginal que tenga baja aplicación

---

<sup>1052</sup> Eugenio Zaffaroni, *Dimensión política de un Derecho penal democrático*, p. 112-114.

<sup>1053</sup> Thomas Hobbes, *Discurso histórico políticos*, p. 112.

<sup>1054</sup> Robert Merton, *Teoría y estructura sociales*, p. 124-131.

<sup>1055</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 157-165.

<sup>1056</sup> Mauricio Duce, *La seguridad ciudadana y la reforma del sistema de justicia penal en América Latina*, p. 102.

cuantitativa, ¿podría conseguir ser expulsada y gracias a un proceso coyuntural pasar desapercibida hasta que la sociedad forje mecanismos de estabilización?<sup>1057</sup>

Es importante hacer una precisión, si bien los casos en estudio hasta este punto solo se los ha relacionado con la posibilidad expulsar del ordenamiento un tipo penal, si se analiza con más detenimiento, la esencia de los casos en estudio permite extraer una conclusión más rica. Si como premisa se acepta que la expulsión de una norma, no es más que una especie extrema dentro del género reforma legal. Surge la interrogante de que si el condicionamiento detectado al relativismo, ¿se aplica solo a la derogatoria o a cualquier reducción en la esfera normativa?<sup>1058</sup>

Si se parte de la esencia de los ejemplos referidos a los delitos contra la propiedad, se debe reconocer que en estricto sentido no son ejemplos de expulsiones del ordenamiento jurídico o del área penal, en esencia se trató de modificaciones a la norma que bajaba la graduación de la infracción y reduce ámbitos acotados de protección. Es cierto que esta reforma fue de tal magnitud que en la práctica casi equivalió a una despenalización, pero en esencia no pasó de ser una reforma parcial. De manera adicional, si se parte de que en el estudio, no se sostiene en elementos formales propios del proceso de reforma, si no en la repercusión que un cambio normativo produce en el funcionamiento de la sociedad y en las ligaduras existentes entre la sociedad con sus normas, por tanto no hay motivos válidos para que los resultados no se apliquen.<sup>1059</sup>

Si bien en este estudio se destaca que como variable que influye en el relativismo, la posición que la norma ocupa en el andamiaje jurídico, de ninguna manera se opta por una postura absolutista, se sostiene consciencia que la vida social es un entramado complejo donde factores de diversa naturaleza ejercen influjo.

---

<sup>1057</sup> Robert Merton, *Teoría y estructura sociales*, p. 124-131

<sup>1058</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 458-459.

<sup>1059</sup> Manuel Atienza, *El sentido del derecho*, p. 141-142.

De hecho, hay al menos otro factor de naturaleza estructural que tiene el potencial de variar de manera radical el panorama. La tesis expuesta parte del supuesto de una sociedad con ciertos mínimos democráticos, una variación en el escenario de la forma de gobierno, desde luego que puede variar la tendencia. En el contexto internacional se encuentran leyes como las antijudías del régimen Nazi, leyes de estatización de la propiedad en regímenes socialistas, normas de restricción de la libertad en especial de expresión en regímenes autoritarios de posturas políticas extremas, donde se atacan bienes que normalmente son considerados como esenciales para una convivencia regular.<sup>1060</sup> Sin embargo, en este tipo de regímenes han conseguido alcanzar períodos largos de viabilidad.<sup>1061</sup> De la misma forma se aceptó ya la influencia de ciertos factores coyunturales.

A pesar de haber reconocido otros factores tanto de índole estructural como coyuntural, este estudio seguirá su desarrollo en base a esta variable. En razón de que la introducción del factor estructural tratado, presupone teorizar sobre un Estado sin un sistema de contrapesos y resulta poco fecundo plantear una reflexión referida a los márgenes de una política criminal, cuando se está sometido al absoluto arbitrio del gobernante.<sup>1062</sup> De la misma manera no se tomará en cuenta las variables coyunturales, porque ellas por concepto son impredecibles tanto su presencia como sus repercusiones dependen del caso concreto, por tanto su inclusión impediría un análisis comprensivo de la esencia del fenómeno en estudio. Por las razones expuestas la construcción se realiza desde la perspectiva del relativismo de Becker, sumada la variable del tipo de ley según el sitio que ocupa en la estructura normativa.<sup>1063</sup>

---

<sup>1060</sup> Claus Roxin, *Contestación*, p. 37-38.

<sup>1061</sup> Gustav Radbruch, "El relativismo en la filosofía del derecho", en Luís Villar compilador, *Relativismo y derecho*, Bogotá, Temis, 2009, p. 25-28.

<sup>1062</sup> Claus Roxin, *Problemas actuales de dogmática penal*, p. 59-60.

<sup>1063</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 21-22.



Bajo el supuesto indicado, la *revisión de la teoría de Becker* sobre la creación normativa se realiza en los siguientes términos: si bien se acepta la tesis de que “el proceso de creación de una norma siempre es relativo”, se complementa con la siguiente matización “pero el nivel de relativismo no es de igual magnitud en todos los casos”.<sup>1064</sup> La reformulación realizada puede ser caracterizada como la relativización de la tesis relativista, que no es más que un desarrollo llamado a completarla. Donde el grado de centralidad que presenta la norma dentro de la estructura legal, determina la disminución del nivel de libertad que el poder tiene para variar los límites del sistema penal. Hasta el punto de que la regla es que en el caso de normas estructurales, suele ser insuficiente para expulsar o disminuir una esfera significativa de protección penal.<sup>1065</sup>

## **2. La refutación de la tesis relativista absoluta de la creación de la norma**

Si bien el postulado relativista de la norma, propio de la escuela de la reacción social no fue refutado, es importante precisar que esta realidad se debió a que incluso en el caso de leyes nucleares se reconoció la existencia de un margen mínimo de incidencia de este factor.<sup>1066</sup> La situación varía cuando a la tesis relativista se le otorga la calidad de absoluta, bajo esta óptica toda norma en su promulgación y derogatoria depende de manera exclusiva de la voluntad de quienes están en el poder, por tanto si bien puede parecer un cambio de matiz, en la práctica conlleva el adoptar una postura diversa.<sup>1067</sup>

Los casos de la realidad ecuatoriana revelan que mientras más estructural es una norma, el nivel relativismo disminuye, esta realidad diferenciada no es compatible con una concepción absolutista.<sup>1068</sup> Debido a que si bien en el extremo marginal las tesis

---

<sup>1064</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 458-459.

<sup>1065</sup> Thomas Hobbes, *Discurso histórico políticos*, p. 112.

<sup>1066</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, p. 21-22.

<sup>1067</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 75.

<sup>1068</sup> Thomas Hobbes, *Discurso histórico políticos*, p. 112.

minimalista y abolicionista funciona bastante bien, en la medida que se aplica a normas ubicadas en posiciones más estructurales, los problemas comienzan a surgir.

Incluso, los casos de estudio muestran que no se trata de una escala descendente constante que varía entre los extremos de la normas marginales y estructurales, sino más bien con un declive pronunciado, la frontera entre normas marginales funcionales y estructurales marginales, conlleva una disminución significativa en la capacidad de influjo. Esta frontera marca la pérdida de capacidad para expulsar una norma o una esfera de protección relevante.<sup>1069</sup>

Bajo esta óptica, se vuelve insostenible la tesis de que toda norma dependa de la sola voluntad del poder. La existencia de vínculos profundos entre la sociedad y las leyes estructurales lleva a la inaplicabilidad de la tesis relativista absoluta.<sup>1070</sup> Condicionante que adquiere un nivel elevado de trascendencia para estudio, porque la esfera penal está integrada mayoritariamente por normas estructurales.

La refutación de la tesis relativista absoluta implica un serio cuestionamiento para el minimalismo. Debido a que conlleva una refutación, al menos de la versión del *derecho penal mínimo con ideal abolicionista*, defendida por autores como Zaffaroni. En menor grado, pero sin dejar de ser profunda su afectación, queda cuestionada también la *versión minimalista pura*, cuyo ideal consiste en llegar a plasmar un derecho penal reducido y necesario, sostenida por autores tales como Ferrajoli.<sup>1071</sup> En este caso la crítica afecta a su potencialidad, debido a que la aplicabilidad práctica de su filosofía se reduce a una esfera marginal del derecho penal: las normas marginales. La trascendencia práctica es enorme, si el hurto y robo de montos medios bajos no pueden ser despenalizados, ¿la política criminal debe circunscribirse a esta sola finalidad?

---

<sup>1069</sup> Thomas Hobbes, *Discurso histórico políticos*, p. 112.

<sup>1070</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 75.

<sup>1071</sup> Luigi Ferrajoli, "Criminalidad y globalización", en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, *Globalización y derecho*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, 146-147.

La situación empeora si esta limitación se la conjuga con una variable temporal, imaginémosnos que esta filosofía ha tenido éxito, una vez depurada esta esfera, ¿qué papel cumpliría la política criminal?<sup>1072</sup> Se reduce a expulsar aquellas normas que por un cambio social pasen de la esfera estructural a la marginal. Finalidad pobre para la política criminal de una sociedad compleja y con problemas de convivencia.<sup>1073</sup>

## Título II

### **Disminución de la sanción: el código de garantías penales y el margen de libertad para graduar la privación de libertad**

El presente estudio tiene por *objeto* el análisis de la segunda esfera de intervención del minimalismo: la intensidad de la sanción.<sup>1074</sup> Dado que de manera tradicional se ha impuesto como pena reina la privación de libertad, la primera forma de reducir la intervención penal es mediante la disminución de la intensidad dentro de este mismo tipo de sanción. El segundo método, conlleva la posibilidad de sustituir o alternar con otras sanciones no privativas de libertad. En el caso concreto de este apartado, el estudio se centrará en la primera opción, reservándose el análisis de la diversificación de respuestas penales para el próximo Libro.

A estas alturas todavía queda un cabo suelto referido a la experiencia del anteproyecto de código de garantías penales. Como se recordará en la introducción se relató, el descalabro existente cuando salió a debate esta si es que no existió una propuesta relevante tendiente a mermar la esfera punitiva, de hecho en un balance global, el saldo del proyecto se inclina hacia un aumento punitivo, ¿cómo es que este

---

<sup>1072</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>1073</sup> Dahrendorf, *Ley y orden*, p. 66-76.

<sup>1074</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*, p. 29-30.

proyecto produjo una reacción social tan fuerte que de facto en pocas semanas de debate público obligó a descartarlo?<sup>1075</sup> La respuesta es que el embate político se centró no en los artículos o esferas punitivas que faltaban, sino en los que existían. Bastó mencionar la pena prevista en 10 artículos, para que en la ciudadanía se enraíce un rechazo profundo.

La intensidad de la privación de la libertad es una de las variables que posee el minimalismo para reducir el nivel de punición. En este caso la tensión que existe entre el derecho penal mínimo y la convivencia se debe a que una pena en extremo baja, pone en riesgo ciertos objetivos centrales del derecho penal.<sup>1076</sup> Por ejemplo, si un asesinato se sanciona con una pena de un día, en la práctica la frontera entre esta respuesta institucional y la impunidad se vuelve difusa.<sup>1077</sup> Una sanción de esta magnitud es difícil de imaginar que pueda conllevar un efecto preventivo<sup>1078</sup> o incluso, sostener la propia vigencia de la norma.<sup>1079</sup>

**(i) Técnica legislativa.-** El problema central estuvo en que se optó por un tipo de redacción con penas máximas y no mínimas. Se debe aclarar que en el anteproyecto existe cierta ambigüedad en este tema, porque existe un artículo que revela que hubo la intención de determinar el mínimo de la pena:<sup>1080</sup>

Art. 30.- Clasificación de las penas y procedimientos en función de la gravedad del bien jurídico lesionado.- Para efectos de determinación del piso de las penas y de los procedimientos, las penas se clasifican en función de la gravedad del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, de conformidad con las siguientes reglas:

---

<sup>1075</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*, p. 49-50.

<sup>1076</sup> Claus Roxin, *Contestación*, p. 37-38.

<sup>1077</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*, p. 30.

<sup>1078</sup> Claus Roxin, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, p. 26.

<sup>1079</sup> Günter Jakobs, *Sobre la teoría de la pena*, Bogotá, Universidad externado de Colombia, 1998, p. 16.

<sup>1080</sup> Anteproyecto de código de garantías penales, Artículo 30.

1. Son gravísimas las infracciones penales sancionadas con privación de libertad de dieciséis (16) hasta veinticinco (25) años.
2. Son graves las infracciones penales sancionadas con privación de libertad de ocho (8) hasta dieciséis (16) años.
3. Son medias las infracciones penales sancionadas con privación de libertad de dos (2) hasta ocho (8) años.
4. Son leves las infracciones penales sancionadas con restricción de libertad hasta dos (2) años.
5. Son levísimas las infracciones penales sancionadas con restricción de libertad o patrimonio hasta seis (6) meses.

Esta redacción da a entender que van existir estas categorías con parámetros cerrados, sin embargo cuando se analiza los artículos solo se consagra límites máximos. Por lo deficiente de la redacción, quedan dudas de que esta norma consiga crear de manera general pisos en las penas, en razón de que si bien su texto enuncia la existencia de pisos y que la clasificación va ser el referente para fijarlos. Sin embargo su título y texto no enuncian que esta introduce estos límites.<sup>1081</sup>

Esta realidad plantea dos alternativas, la primera considerara que esta norma por si sola ha creado ya el piso de la pena aplicable para cada delito según la pena máxima consagrada en cada artículo. Esta interpretación tiene un par de fortalezas, la coherencia que tiene con el propio espíritu del artículo transcrito e incluso, con uno de los documentos de presentación del proyecto. En concreto se hace referencia a “Introducción: el código penal que una constitución garantista exige”,<sup>1082</sup> donde uno de sus responsables, Ávila, deja expresa constancia de que este fue una de las esferas cercanas al derecho penal mínimo a las que se debió renunciar, al momento de redactar

---

<sup>1081</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*, p. 29-30.

<sup>1082</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*.

la segunda versión del proyecto: “Las penas tenían un techo pero no un piso. Creemos que el techo es un límite y que el piso es una presunción de culpabilidad inadmisibles en un sistema garantista (...) Sin embargo, en la propuesta, el piso corresponde al techo de la tipología de pena anterior”.<sup>1083</sup>

En tanto que la segunda opción interpretativa se basa en el tenor literal, lo que dice de manera textual este artículo es que “Para efectos de determinación del piso de las penas y de los procedimientos, las penas se clasifican en función de la gravedad del bien jurídico lesionado o puesto en peligro”.<sup>1084</sup> En ninguna parte se establece que el límite, deberá ser el mínimo de la categoría que a continuación se establece en la clasificación. De manera paralela cada tipo penal incluye un techo y no un límite.

Existe un error de técnica legislativa, el texto no es claro, se deja constancia de que hay márgenes suficientes para adoptar posturas fundamentadas en uno y otro sentido. Sin embargo, este estudio se inclinó por la segunda postura, en razón de que es un ejercicio forzado sobre la base de un documento de presentación que no es parte siquiera del proyecto de ley, se desatienda el tenor literal. Mucho menos cuando esa interpretación adquiere la calidad de “extensiva contra el reo”, debido a que conlleva proscribir la esfera punitiva inferior y obliga a utilizar una escala más alta.<sup>1085</sup>

Para efectos de este estudio la convicción social es más relevante que el análisis jurídico realizado. Porque incluso en el supuesto en que se aceptase que la interpretación jurídica válida es que si existían pisos en las sanciones, este no fue el escenario donde midieron fuerzas los detentadores del poder y la reacción social. El campo de batalla estuvo fijado por la inexistencia de pisos y este fue uno de los presupuestos que atizó la indignación popular. Incluso existió un reconocimiento tácito

---

<sup>1083</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*, p. 29-30.

<sup>1084</sup> Anteproyecto de código de garantías penales, artículo 30.

<sup>1085</sup> Manuel Cobo y Tomás Vives, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Tirand lo Blanch, 1999, p. 118-119.

de que no existían pisos, porque en el debate público los responsables de la propuesta ni siquiera utilizaron este argumento. La disputa existente se trabó en que todos los delitos podían ser sancionados con una pena de un día.

**(ii) Disminución de las penas.**<sup>1086</sup> Si se analiza solo los techos de las penas, por ejemplo en el cuadro comparativo que se insertó, queda en evidencia que de manera paralela, existe una tendencia a establecer una disminución importante.<sup>1087</sup> En este caso los proponentes si hicieron una argumentación vigorosa, debido a que con razón sostuvieron que la diferencia no era tan amplia como la que se obtenía de la sola lectura de los artículos. Si se tomaba en su integridad la normativa, el anteproyecto establece un modelo de penas efectivas, esto es que la sanción fijada se cumple tal cual. En tanto que en la legislación vigente en esa época, había la tendencia a que se cumpliera solo la mitad de la pena, porque existía una aplicación en extremo generalizada del beneficio penitenciario conocido como el “dos por uno”.<sup>1088</sup>

Esta explicación técnica, no consiguió permear en la sociedad, porque llevaba incluso incongruencias internas, los responsables del gobierno intentaban justificar una disminución de penas sobre la base de que en el sistema anterior aplicado por ellos mismos, se hacía un abuso de un beneficio penitenciario. Además así se parta de la mitad de la pena, en promedio la propuesta aun plasmaba una tendencia a la baja.<sup>1089</sup>

La reacción social en este caso fue aún más contundente que en los episodios analizados con anterioridad. La propuesta nunca llegó a ser debatida en la Asamblea, menos de un mes consiguió subsistir en la mesa de discusión.<sup>1090</sup> Cuando unos pocos

---

<sup>1086</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*, p. 29.

<sup>1087</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*, p. 29.

<sup>1088</sup> Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Anteproyecto de código de Garantías Penales. exposición de motivos*, p. 56-58.

<sup>1089</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*, p. 28-30.

<sup>1090</sup> Es cierto que desde que se comenzó a distribuir el texto había pasado algo más de tiempo, pero la oposición esperó el momento oportuno para abordar el tema. Cuando el gobierno le había puesto en

asambleístas de oposición leyeron no más de diez (10) artículos e hicieron notar que delitos como asesinato, violación y secuestro, podían ser penados con un día de prisión se enraizó una profunda indignación popular.<sup>1091</sup> Por ejemplo uno de los artículos más leídos fue el siguiente:

Art. 94.- Violación.- Será sancionada con pena restrictiva de libertad de hasta cuatro (4) años quien, sin el consentimiento de la otra persona, introduzca total o parcialmente el miembro viril por vía vaginal, oral o anal, o introduzca por vía anal o vaginal cualquier otro órgano u objeto.

Si la conducta descrita anteriormente se produjere con violencia o amenaza, la pena restrictiva de libertad será de hasta seis (6) años.

La pena será de restricción de libertad de hasta ocho (8) años cuando la víctima sea menor de doce (12) años de edad.

La pena será de restricción de libertad de hasta dieciséis (16) años, cuando el mismo agente ha violado más de dos veces a una persona o a más de dos personas distintas.

La propuesta quedó en una postura difícil, los propios asambleístas de gobierno de manera casi inmediata se desvincularon de su defensa, manifestaron no estar de acuerdo con la intensidad de las penas. Para la segunda semana el ejecutivo ya estaba solo con el proyecto, la reacción creció y el pedido de explicación fue hacia el presidente. Antes de completarse el mes de debate público, los primeros voceros del ejecutivo comenzaron a salir a deslegitimar el proyecto; se lo comenzó a tildar como:

---

una posición difícil con los crímenes de estado revelados en el informe de la comisión de la verdad, perpetrados en un gobierno de uno de los partidos políticos referentes de la oposición, decidió utilizar esta propuesta para neutralizar su impacto.

<sup>1091</sup> Ramiro Ávila, *Introducción. El Código Penal que una Constitución garantista exige*, p. 30.



“ensayo académico del Ministerio de Justicia”. En la práctica estos pronunciamientos implicaban el fin de la viabilidad política de esta propuesta.<sup>1092</sup>

En este momento las palabras no eran suficientes para frenar el desgaste que generaba el haber impulsado una propuesta integral que golpeaba de manera tan contundente a la convivencia ciudadana, obligaba a tomar medidas adicionales al simple archivo de la propuesta.<sup>1093</sup> Para palear esta realidad el presidente no solo que se desvinculó del intento de reforma, de manera inmediata dispuso que se trabajase en un nuevo proyecto, cuya filosofía según se anunció sería precisamente la contraria. Este es el génesis del código orgánico integral penal, próximo a entrar en vigencia.

Además convocó a una consulta popular donde decidió demostrar con hechos su nueva postura, planteó la flexibilización de los requisitos para conceder la prisión preventiva y relativizó el plazo de caducidad.<sup>1094</sup> No pasó mucho tiempo para que se produzca un cambio integral en el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos y se consagre un viraje radical en la política criminal impulsada por el gobierno.<sup>1095</sup> Este episodio marcó el fin de una divergencia mantenida por décadas, entre una postura moderada en el uso del sistema penal, propia de la tendencia de izquierda,<sup>1096</sup> y la política de mano dura de la derecha.

Es cierto que el tema de la graduación de la pena es todavía un objeto de estudio que recién está siendo abordado por la dogmática penal, sobre el cual en general hay pocos referentes en el ámbito internacional para su fijación. Sin embargo, esta realidad

---

<sup>1092</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>1093</sup> Winfried Hassemer, *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*, p. 15-16.

<sup>1094</sup> CEJA, *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*, Vól. II, en Leticia Lorenzo, Cristián Riego y Mauricio Duce, Santiago, 2011, p. 19.

<sup>1095</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>1096</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al derecho penal*, p. 213-216.

no debe llevar al error de concebirla como un área poco sensible o donde los detentadores del poder no tengan límites para fijar los márgenes de la sanción.<sup>1097</sup>

No es coincidencia que los ejemplos sacados a relucir por la oposición sean tipos estructurales pertenecientes a la categoría nuclear.<sup>1098</sup> En razón de que en delitos como el asesinato, violación y secuestro se verifica de manera intensa, la colisión de una pena en extremo baja y la convivencia, la sanción se vuelve sinónimo de impunidad.<sup>1099</sup> El margen de maniobra para fijar la pena, también está vinculado al tipo de infracción.

Un *análisis comparativo* de las dos esferas de intervención del minimalismo estudiadas, revela que entre ambas hay una diferencia de intensidad. La eliminación de esferas consideradas delictivas implica una medida tajante, al tener un influjo más intensa en la convivencia presenta márgenes menores de maleabilidad que una disminución de la esfera de punición.<sup>1100</sup>

La tesis gradualista planteada es aplicable a la intensidad de la pena. Así como existe una disminución creciente del margen de acción de los detentadores del poder, cuando la norma gana en centralidad dentro del andamiaje jurídico. De la misma manera disminuye el margen de libertad para reducir la intensidad punitiva, cuanto la norma se ubica más cerca del núcleo del derecho penal. En resumen una norma estructural marginal soporta una disminución punitiva mayor que una norma estructural nuclear, siempre que ambas partan de penas adecuadas a su intensidad.

La experiencia del hurto y robo confirma esta tesis. En el primer momento cuando se aprobó la reforma y se la concibió como una disminución punitiva no hubo una reacción. El problema surge cuando se tomó consciencia de que en la

---

<sup>1097</sup> Claus Roxin, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, p. 93.

<sup>1098</sup> Thomas Hobbes, *Discurso histórico políticos*, p. 112.

<sup>1099</sup> Claus Roxin, *Contestación*, p. 37-38.

<sup>1100</sup> Claus Roxin, *Contestación*, p. 37-38.

práctica equivale a una derogatoria. Los delitos de robo y hurto de montos medios soportan una disminución punitiva relevante, pero no absoluta.

## **Balance de la aplicabilidad del derecho penal mínimo**

El conjunto de reformas analizadas y el intento de aprobación del proyecto de código de garantías penales, permiten graficar los márgenes que los gobernante poseen en el Ecuador para disminuir la las conductas sometidas al sistema penal, así como la intensidad con que se aplica la sanción.

Las conclusiones se han organizado de acuerdo a la estructura del capítulo, en torno a las dos grandes secciones: (1) la disminución de la esfera punitiva y (2) disminución de la sanción. A este conjunto de conclusiones estructurales desde el punto de estructura se agrega una conclusión adicional con respecto a la pena, (3) funciones de la pena, debido a que si bien este tema no fue un tema estructural dentro del estudio de este capítulo, las experiencias analizadas permiten sacar enseñanzas relevantes.

### **1. Disminución de la esfera punitiva**

1.1 Los gobernantes siempre poseen un margen de libertad para influir en la esfera penal, pero este influjo no es absoluto. Se refuta la tesis relativista absoluta propia de Zaffaroni y del abolicionismo.<sup>1101</sup>

1.2 Los márgenes del factor relativista en una sociedad democrática, se hallan limitados por la lealtad de la ciudadanía hacia la norma.<sup>1102</sup> Estos vínculos entre la norma y al ciudadano común, no se forjan por una valoración en abstracto frente a cualquier ley, dependen del nivel de centralidad de la norma y del papel que ella cumple para sostener el funcionamiento social.<sup>1103</sup>

---

<sup>1101</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 75.

<sup>1102</sup> Dahrendorf, *Ley y orden*, p. 65-66.

<sup>1103</sup> Juan Rousseau, *El contrato social*, p. 15-18.

1.3 El margen de libertad de los gobernantes sigue una tendencia inversa al nivel de centralidad de la norma. Frente a normas estructurales, el margen de libertad con que cuentan, como regla general, no alcanza para que sea sostenible en el tiempo el intento de derogarla o limitar de manera relevante su esfera de protección.<sup>1104</sup>

1.4 En el caso de las normas marginales, también se presenta esta tendencia, sin embargo con una intensidad menor. Es por ello que como regla general los gobernantes tienen el suficiente margen de maniobra como para conseguir expulsar una norma del sistema penal o reducir su margen de acción de manera relevante.

1.5 Tanto en la esfera marginal como estructural, los casos estudiados, dan cuenta de una intensidad en la reacción popular, proporcional a la centralidad de la norma. En el caso de normas marginales en desuso, la reacción es inexistente; cuando se trató de una norma marginal funcional, hubo una reacción pero insuficiente para bloquear el influjo de los gobernantes; frente a una norma estructural marginal, la reacción obligó a enmendar la derogatoria realizada; ante una norma marginal intermedia, los gobernantes prefirieron saltarse la ley e interpretar que la derogatoria no existía,<sup>1105</sup> porque era injustificable el asumir que habían realizado un atentado profundo contra la convivencia;<sup>1106</sup> al afectar una norma estructural nuclear, la ley nunca consiguió adquirir vigencia real, porque la sociedad en su conjunto simplemente la desató.<sup>1107</sup>

1.6 Cuando se trata de afectar los márgenes de protección de las normas penales estructurales, se presenta una efectividad inusitada en materia de consecución de lealtad de los gobernantes a sus mandatarios. La sociedad consigue en el corto plazo alinear

---

<sup>1104</sup> Thomas Hobbes, *Discurso histórico políticos*, p. 112.

<sup>1105</sup> Eugenio Zaffaroni, *Dimensión política de un Derecho penal democrático*, p. 112-114.

<sup>1106</sup> Jhon Rawls, *Teoría de la justicia*, p. 320-321.

<sup>1107</sup> Dahrendorf, *Ley y orden*, p. 65-66.

con sus designios a sus representantes.<sup>1108</sup> La clave para este nivel de eficacia reside en que los intentos de limitar la esfera de protección de una norma estructural, ponen en riesgo el andamiaje normativo que sustenta el sistema social y sus efectos golpean de manera inmediata al ciudadano común.<sup>1109</sup> La suma de rechazos individuales gesta la materia prima para la reacción social que frustra el intento de los gobernantes.

1.7 La revisión realizada a la concepción del interaccionismo simbólico sobre el proceso de creación de la norma, en el sentido de “relativizar el relativismo”, abre la opción de destrabar el estudio criminológico. Porque a partir del remezón que conllevaba reconocer que la norma no es más que un producto cultural fruto de la presión de los grupos de poder, resultaba imposible otorgar legitimidad a cualquier construcción posterior basado en este instrumento. Postura que dejó sin piso el estudio criminológico y político criminal que no fuera deslegitimante; en su versión absoluta: abolicionismo; en su versión moderada: minimalismo. En el momento que se constata que existe un ligamen social profundo que lo legitima, el panorama varía.

## **2. Disminución de la sanción**

2.1 La efectividad de la protección que el sistema penal brinda a ciertos bienes jurídicos, no depende de manera directa de la intensidad de la pena, no es cierto que a mayor pena mejor protección. Sin embargo la sanción de tener un mínimo de rigor para que la ley penal pueda cumplir con su papel.<sup>1110</sup>

2.2 Los márgenes para disminuir la intensidad punitiva, también siguen una tendencia inversa al nivel de centralidad de la norma, pero con márgenes más amplios. Los intentos de disminuir de manera relevante las penas, y en especial dejar sin piso las sanciones, produjo un debate diferenciado de acuerdo a la naturaleza de las normas. En el caso de las normas estructural nucleares, generaron una reacción tan fuerte que marcó

---

<sup>1108</sup> Ralph Dahrendorf, *El conflicto social moderno: ensayo sobre la política de la libertad*, p. 106-107.

<sup>1109</sup> Winfried Hassemer, *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*, p. 26-29.

<sup>1110</sup> Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, p. 52-53.

el archivo del proyecto minimalista y el abandono de esta línea de pensamiento por parte la totalidad de fuerzas políticas.<sup>1111</sup>

**Conclusión general.**- Las experiencias estudiadas de manera unívoca revelan que la filosofía del derecho penal mínimo, no posee viabilidad para materializarse en la reducción de la esfera penal estructural, en tanto que cuenta con márgenes acotados para que en dicha esfera se reduzca la intensidad de la pena privativa de libertad. Límites que por su severidad demuestran que es una filosofía poco fértil para guiar la política criminal del Estado ecuatoriano.

La falta de capacidad de influjo en la esfera estructural, conlleva a que el minimalismo tenga un escaso influjo para efectos de incidir en la convivencia ciudadana.<sup>1112</sup> El adscribir la política criminal a esta filosofía significa dejar a la sociedad sin un instrumento de política pública que influya en el tema que hoy más preocupa a la colectividad. Es necesario superar tanto el minimalismo, por su escasa capacidad de influjo, como la visión tradicional simplista de enfrentar la criminalidad con la simple creación normas y elevación de penas.

El análisis realizado deja pendiente un nivel de actuación de la filosofía minimalista: la diversificación de las sanciones. Se ha preferido trasladar al siguiente Libro este tema, debido a que por su potencial, con ciertas limitaciones, se considera una herramienta relevante para la política criminal que propone este estudio.<sup>1113</sup>

---

<sup>1111</sup> Winfried Hassemer, *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*, p. 20-21.

<sup>1112</sup> Claus Roxin, *Contestación*, p. 37-38.

<sup>1113</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

## Libro III

### El derecho penal estratégico: una propuesta político criminal desde el Ecuador

El presente Libro tiene por finalidad elaborar una propuesta político criminal diseñada a partir de la realidad ecuatoriana. Su contenido se ha construido sobre la base de tres (3) necesidades: la primera, contar con una idea clara del enfoque con que a continuación se aborda el estudio empírico;<sup>1114</sup> la segunda, analizar un conjunto de experiencias de política criminal que han conseguido avances significativos en la gestión de determinados fenómenos criminales, cuya finalidad es otorgar la información vivencial de un control social alternativo y visualizar su potencial;<sup>1115</sup> por último, estructurar, describir su ubicación conceptual y delimitar la propuesta del Derecho penal estratégico. Cada uno de estos temas se tratan respectivamente en tres (3) títulos: Título I “Introducción al Derecho penal estratégico”, Título II “Estudio empírico de políticas criminales exitosas” y Título III “Derecho penal estratégico: propuesta político criminal”.<sup>1116</sup>

El método empleado de manera predominante es el inductivo. Se parte de ciertas experiencias de la realidad ecuatoriana para extraer lineamientos de intervención efectivos, los mismos que al ser sistematizados y analizados en conjunto bosquejan la lógica de una nueva propuesta político criminal.

---

<sup>1114</sup> Mireille Delmas-Marty, *Modelos actuales de Política criminal*, Madrid, Centro de publicaciones Secretaría técnica, Ministerio de Justicia, 1986, p. 19.

<sup>1115</sup> Irvin Waller, *Menos represión. Más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, México D. F., Instituto nacional de ciencias penales, 2007, p. 155-166.

<sup>1116</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

## Título I

### Introducción al Derecho penal estratégico

Este Título es de naturaleza introductoria, en él se fija el enfoque y se describen los pilares conceptuales que permiten que en los dos (2) restantes títulos se estructure una propuesta político criminal.<sup>1117</sup> Se conforma de tres componentes: Capítulo I, “Derecho penal estratégico: concepto provisional y rupturas conceptuales”,<sup>1118</sup> sección en la que se parte de un concepto provisional de Derecho penal estratégico, para de él extraer las rupturas conceptuales que conlleva este nuevo enfoque frente a la concepción tradicional. La visión que se propone conlleva repercusiones tan prácticas como ampliar el objeto de estudio y el instrumental que posee este saber, por tanto sin estos insumos no se puede abordar el proceso de construcción posterior.<sup>1119</sup>

El Capítulo II “Derecho penal estratégico: factores que condicionan el desarrollo político criminal”, se centra en los límites que conlleva la concepción adaptada por el Derecho penal estratégico. Su naturaleza es complementaria al Capítulo anterior, luego de la ampliación sin precedentes del objeto de estudio y con ella del potencial de este saber, resulta indispensable fijar las fronteras que evitan que esta nueva concepción se diluya por su amplitud.

El Capítulo III “Derecho penal estratégico: referentes de la propuesta” aporta con la razón de ser y el enfoque que guía la nueva construcción político criminal. En conjunto los tres capítulos otorgan la información básica necesaria para abordar la tarea de diseñar una nueva propuesta de política criminal.

---

<sup>1117</sup> Irvin Waller, *Menos represión. Más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, 155-166.

<sup>1118</sup> Mariano Ciafardini, “Política criminal y prevención general del delito”, en Gabriel Anitua, Ignacio Tedesco compiladores, *La cultura penal*, 2009, Editores del Puerto, Buenos Aires. p. 257-262.

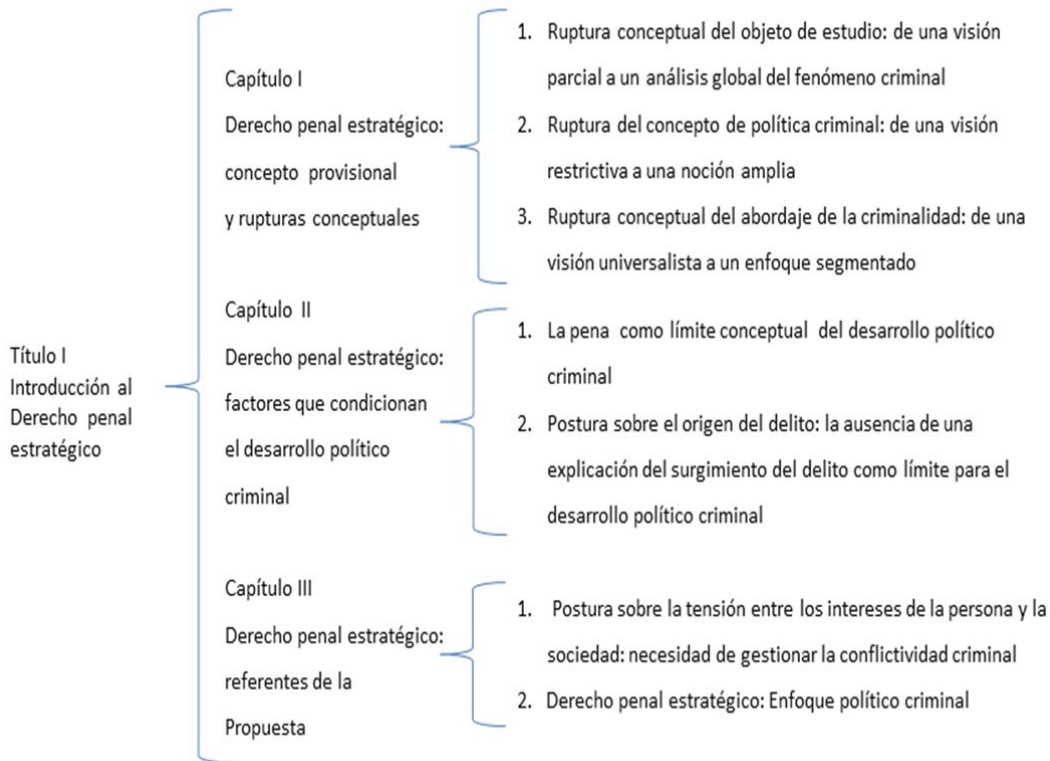
<sup>1119</sup> Mireille Delmas-Marty, *Modelos actuales de Política criminal*, p. 19.



## Esquema 5

### Título: Estructura del Título I del tercer Libro

Fuente: Elaboración propia



## Capítulo I

### Concepto provisional de Derecho penal estratégico: rupturas paradigmáticas

El Derecho penal estratégico es un enfoque político criminal donde la sociedad gestiona el conflicto criminal, a partir de la totalidad de intereses de los involucrados y las condiciones propias de cada modalidad conflictiva.<sup>1120</sup> Para alcanzar el fin último de preservar la convivencia social hace uso de todo el instrumental que la colectividad dispone.<sup>1121</sup>

Este concepto se propone con el carácter de provisional, debido a que será el estudio empírico el que forje la definición definitiva; por el momento es sólo un

<sup>1120</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 28-29.

<sup>1121</sup> Mireille Delmas-Marty, *Modelos actuales de Política criminal*, p. 19.

instrumento para obtener ciertos referentes que marcan la visión con que se elaborará la nueva propuesta político criminal. En esas pocas líneas la nueva concepción ha marcado un distanciamiento profundo con la posición tradicional, conlleva cinco (5) rupturas trascendentes, tres (3) de ellas de naturaleza originaria y dos (2) producto de uno de los virajes primigenios.

### **1. Ruptura conceptual del objeto de estudio: de una visión parcial a un análisis global del fenómeno criminal**

La primera ruptura se relaciona con la tradicional frontera que divide a la teoría general del delito y la política criminal. La visión tradicional ha asignado a la dogmática penal la finalidad de proteger los derechos de las personas frente a los abusos del Estado y a la política criminal los intereses de la sociedad.<sup>1122</sup> El nivel de incoherencia de este enfoque ha sido revelado por Roxin, quien hace notar que no es raro que un mismo hecho sea verdadero para un saber y falso para el otro.<sup>1123</sup>

Dos saberes que se ocupan de un mismo fenómeno, el delito, con diversos intereses por satisfacer, generan un escenario de confrontación estéril. Por curioso que parezca este divorcio entre esferas del conocimiento, que tuvo su origen en la filosofía liberal marcada por la necesidad de garantizar los derechos de la persona frente a los posibles abusos del Estado, con el paso del tiempo se ha convertido en una causa para el debilitamiento de las garantías. El plantear posiciones diversas y poco compatibles, con frecuencia lleva a que los gobernantes deban optar por dejar de lado una de las dos (2) visiones. Dado que el conflicto social moderno se halla en el problema de la seguridad, no es raro que la tendencia sea sacrificar los derechos del procesado.

La tesis central del derecho penal estratégico consiste en que no es posible estructurar una política criminal efectiva, sin ocuparse de la totalidad de los intereses de

---

<sup>1122</sup> Claus Roxin, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, p. 41.

<sup>1123</sup> Claus Roxin, *Política criminal y sistema del derecho penal*, p. 45.47.

los intervinientes. Este cambio, no solo implica tomar en cuenta en simultáneo las necesidades del procesado y la sociedad, sino que además incluye a la víctima. Es cierto que en el concepto planteado se ha recogido de manera expresa como fin último el precautelar la “convivencia en sociedad” y no se dice nada de los derechos del procesado y del ofendido. La razón radica en que el Derecho penal estratégico no acepta que pueda alcanzarse un nivel de convivencia sin que se exista un respeto a los derechos de las personas; no entiende que una sociedad con valores democráticos no tenga interés en que las personas tengan un conjunto de garantías básicas.

## **2. Ruptura del concepto de política criminal: de una visión restrictiva a una noción amplia**

La ruptura conceptual más trascendente se produce en el concepto mismo de política criminal, Mireille Delmas-Marty es la responsable de este avance, sus palabras dan cuenta de este giro:

Desde que Fauerbach definió la política criminal como “el conjunto de métodos represivos con los que el Estado reacciona contra el crimen”, limitándola así, a una especie de reflexión sobre el derecho penal, la perspectiva se ha ampliado progresivamente. Teniendo en cuenta la opinión de Marc Ancel que subraya la necesidad de incluir dentro de la política criminal “tanto los problemas de prevención como el sistema represivo”, sugerimos, como delimitación provisional del campo a investigar la siguiente: *Conjunto de métodos con los que el cuerpo social organiza las respuestas ante el fenómeno criminal.*<sup>1124</sup>

Esta ruptura es legataria del cambio producido en las ciencias penales por la irrupción de las líneas de pensamiento de corte sociológico de la criminología,

---

<sup>1124</sup> Mireille Delmas-Marty, *Modelos actuales de Política criminal*, p. 19.

especialmente el aporte de la escuela de interaccionismo simbólico tendiente a ubicar al Derecho penal como un nivel más de la reacción social. Si el objetivo es gestionar el fenómeno criminal, no hay motivo válido para que este saber parta del preconceito que solo puede hacerlo con el uso de una herramienta: la ley penal. Este problema conceptual que ya era serio cuando se forjó, en la actualidad profundiza su gravedad porque escuelas como el minimalismo y abolicionismo han mostrado que este instrumento tiene problemas de efectividad.

La visión reduccionista del objeto de estudio de la política criminal conlleva un costo alto para este saber: no existe un área de conocimiento que analice las restantes esferas de intervención sobre el fenómeno criminal<sup>1125</sup> ¿Si la política criminal no estudia estas opciones, qué otra área del conocimiento lo hace?, ¿debemos crear un nuevo saber?, en caso de existir otra rama del conocimiento que se ocupe de las restantes alternativas, para hacer un análisis global ¿no debería absorber de una vez el objeto de estudio de la política criminal?

El no aceptar dentro del objeto de estudio de la política criminal todas las opciones de utilidad para la gestión de la conflictividad delictiva, lleva a opciones complicadas: el no teorizar sobre esta esfera de conocimiento, o estructurar dos ciencias con un mismo objetivo, la gestión de la criminalidad, divididas solo por las herramientas para alcanzar su finalidad. Es poco fecundo teorizar por un lado sobre la posibilidad de usar el sistema penal y por otro sobre los restantes instrumentos, se pierde la oportunidad de realizar un análisis comparativo entre las distintas alternativas y la posibilidad de implementar estrategias complementarias de intervención.

---

<sup>1125</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

No se sostiene que la visión restringida de política criminal está superada, el sector mayoritario de estudiosos todavía trabajan bajo este paradigma.<sup>1126</sup> Por ejemplo, en nuestro país la visión primigenia es la predominante, la concepción amplia es desconocida para buena parte de nuestro sector académico.<sup>1127</sup>

La profundidad de este giro, genera que a su vez desencadene dos rupturas en cadena: la primera, el paso de una visión donde la política criminal era responsabilidad de aquellas funciones del Estado que tienen injerencia en el proceso de legislación,<sup>1128</sup> a una visión donde la sociedad es quien asume la gestión de su conflictividad. La segunda, un cambio en la filosofía de utilizar como herramienta única de intervención la ley a un enfoque que permite usar la totalidad de las herramientas que posee la sociedad.

## **2.1 Ruptura en el ámbito del sujeto responsable: de la Asamblea como garante de la política criminal a la sociedad como protagonista de la gestión del fenómeno criminal**

Desde la perspectiva del *responsable*, el concepto amplio de política criminal conlleva pasar de una visión donde la función legislativa es la principal obligada a gestionar el fenómeno criminal, a un enfoque donde la sociedad en su conjunto asume esta tarea.<sup>1129</sup> Desde luego, con obligaciones diferenciadas en virtud del papel que cada actor desempeña en la estructura social y los instrumentos que posee. El que exista una carga compartida no significa que todos los actores tengan el mismo nivel en su calidad de garantes, es evidente que el nivel de responsabilidad es totalmente diverso entre el gobierno y un ciudadano común.<sup>1130</sup>

---

<sup>1126</sup> Zaffaroni Eugenio, *Derecho penal. Parte general*, p. 155-156.

<sup>1127</sup> Alessandro Baratta, *No está en crisis la criminología crítica*, en Mauricio Martínez, *¿Qué pasa en la criminología moderna?*, Bogotá, Temis, 1990, p. 136-138.

<sup>1128</sup> Se tiene consciencia de que en gran parte de los estados el poder legislativo no ejerce funciones exclusivas en materia de creación de la ley, el ejecutivo tiene un papel preponderante. Sin embargo para evitar una redacción calcina en adelante se hará exclusiva referencia a la Asamblea.

<sup>1129</sup> Mireille Delmas-Marty, *Modelos actuales de Política criminal*, p. 42-45.

<sup>1130</sup> Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, p.163165.

El nuevo objeto de estudio lleva a la política criminal más allá de los márgenes de la política pública.<sup>1131</sup> En el momento que se otorga el papel de protagonistas de la gestión de la criminalidad a los actores que conforman la sociedad,<sup>1132</sup> la política criminal ha traspasado los límites de la política pública.<sup>1133</sup>

Esta ampliación en el objeto de estudio debe ser tomada en su real dimensión, la existencia de un ámbito de acción de instancias propias de la sociedad civil, no debe llevar a que se pierda de vista que la parte medular del ámbito de estudio de la política criminal coincide con las políticas públicas;<sup>1134</sup> el Estado es el responsable de liderar e implementar el grueso de intervenciones. Una posición equilibrada lleva a concebir el objeto de la política criminal como el conjunto de políticas públicas encargadas de gestionar la conflictividad criminal y otras intervenciones surgidas de la sociedad civil.<sup>1135</sup> Esta ampliación del objeto que desde el punto de vista conceptual no parece tan relevante, en el estudio empírico quedará en evidencia que desde el punto de vista práctico es trascendente.<sup>1136</sup>

El cambio en la asignación de responsabilidades también se produce en la esfera estatal. La distorsión que produce el creer que la política criminal se materializa en reformas legislativas, ha generado un problema de coherencia interna dentro de la división de funciones estatales. La responsabilidad de afrontar la política criminal de manera tradicional se la ha impuesto a la función legislativa, atribución que resulta anómala, ya que es extraño que una esfera de actuación en el ámbito de gobierno que

---

<sup>1131</sup> Mariano Ciafardini, *Política criminal y prevención general del delito*, p. 260-261.

<sup>1132</sup> Mireille Delmas-Marty, *Modelos actuales de Política criminal*, p. 42-43.

<sup>1133</sup> Mariano Ciafardini, *Política criminal y prevención general del delito*, p. 260-261.

<sup>1134</sup> Mariano Ciafardini, *Política criminal y prevención general del delito*, p. 257-261.

<sup>1135</sup> Mireille Delmas-Marty, *Modelos actuales de Política criminal*, p. 42-45.

<sup>1136</sup> Mariano Ciafardini, *Política criminal y prevención general del delito*, p. 257-261.

está integrada por políticas públicas, se espere que sea implementado por un organismo legislativo. Cuando esta esfera por su naturaleza es función corresponde al ejecutivo.<sup>1137</sup>

Es cierto que la ley tiene un influjo en la gestión del fenómeno criminal, el problema es que su esencia no es gestionar la criminalidad, es tan solo un instrumento que usado por el control social consigue ese objetivo.<sup>1138</sup> Incluso resulta dudoso que sea legítimo que la sola redacción de una ley, constituya una “política”, ya que el sentido natural de esta categoría, no se agota en el mundo del “deber ser”, conlleva un conjunto de acciones que inciden en la vida diaria. Por naturaleza las políticas son instrumentos de un saber aplicado no dogmático jurídico.

En buena medida esta distorsión explica el motivo por el cual las funciones legislativas en el contexto internacional, tienden a aprobar leyes penales netamente simbólicas. El tener que cargar con una demanda de respuestas para problemas que no se tiene facultades para enfrentarlos, ha llevado a adoptar como uso el dictar leyes sin importar si son o no una respuesta a las necesidades sociales.<sup>1139</sup>

## **2.2 Ruptura en el ámbito instrumental: del uso del Derecho penal al empleo de las herramientas que posee la sociedad**

Esta ruptura se materializa en la ampliación del instrumental que puede emplear la política criminal.<sup>1140</sup> La adscripción a la concepción amplia permite superar la convicción de que el único instrumento del que dispone este saber es la redacción de la norma penal.<sup>1141</sup> Por tratarse de las herramientas de intervención, este viraje a pesar de ser derivado de la ruptura en el concepto de política criminal, termina por ser el más perceptible desde el punto de vista práctico.

---

<sup>1137</sup> Mariano Ciafardini, *Política criminal y prevención general del delito*, p. 260-261.

<sup>1138</sup> Roberto Bergalli, “¿De cuál control social se habla?”, en Miguel Rujana, *Derecho penal contemporáneo*, Bogotá, Universidad libre, 2002, p. 153-156.

<sup>1139</sup> Winfried Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación penal*, Bogotá, Temis, 1999, p. 43-46

<sup>1140</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>1141</sup> Mariano Ciafardini, *Política criminal y prevención general del delito*, p. 257-262.

Con el objeto de visualizar el cambio que conlleva esta ruptura, se describirán brevemente tres (3) esferas de acción nuevas introducidas por este concepto: en primer lugar, se encuentra la categoría de *estrategias punitivas no penales*. Existen dos (2) ramas jurídicas que permiten introducir sanciones distintas a la penal: el Derecho administrativo sancionatorio y el Derecho contravencional.<sup>1142</sup> Estos mecanismos en la última época han mostrado tener una alta efectividad para efectos de gestionar el fenómeno criminal.<sup>1143</sup> Su potencial radica en su capacidad para ocuparse de eslabones claves para el surgimiento del delito, razón por la que no es raro que adquieran de manera adicional la condición de mecanismos preventivos.

El uso de estos instrumentos posee una arista adicional, por tratarse de ramas jurídicas donde los valores en juego son menores y especialmente las sanciones más bajas, se hallan recubiertos de menores garantías especialmente procesales y de tipificación. Esta ventaja no es nada despreciable para algunas estrategias político criminales, motivo por el que en este momento existe la tendencia a diluir la frontera con el Derecho penal. Es común encontrar sanciones por esencia penales de baja intensidad, ubicadas en normas formalmente pertenecientes al derecho administrativo y contravencional. Este uso ha tomado tanta fuerza que es la herramienta por excelencia de la categoría introducida por Jesús-María Silva Sánchez denominada “Derecho penal de segunda velocidad”.<sup>1144</sup> El análisis de legitimidad de esta tendencia es complejo, por ello se lo reserva para más adelante.<sup>1145</sup>

El segundo tipo de instrumentos que ha permitido introducir esta nueva concepción de política criminal, son las *herramientas reactivas de naturaleza no*

---

<sup>1142</sup> Mariano Ciafardini, *Política criminal y prevención general del delito*, p. 257-262.

<sup>1143</sup> Jesús Silva, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 1999, p. 124-125.

<sup>1144</sup> Jesús Silva, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 124-127.

<sup>1145</sup> Francisco Muñoz, *Derecho penal. Parte general*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 76.



*punitiva*. En este tipo de medidas se hallan por ejemplo las salidas negociadas al conflicto; la adscripción a esta categoría se debe a que si bien actúan luego de generado el delito, la respuesta que conllevan es de naturaleza no sancionatoria.

La tercera esfera, hace referencia a las *herramientas preventivas*, estos instrumentos tiene especial interés porque permiten generar cambios en los comportamientos y evitar las conductas delictivas. Las posibilidades son en extremo amplias, buena parte del estudio empírico se destinará a otorgar imágenes precisas de áreas delictivas y estrategias concretas de intervención de esta naturaleza.

### **3. Ruptura conceptual del abordaje de la criminalidad: de una visión universalista a un enfoque segmentado**

La visión tradicional de la política criminal de corte académico, ha consistido en plantear un enfoque único para comprender la totalidad del fenómeno criminal. No es difícil observar que las tres escuelas criminológicas que han marcado las tendencias político criminales en la esfera doctrinaria se adscriben a esta filosofía, en el caso del abolicionismo y el minimalismo es tan clara la visión universal que sus propios nombres conllevan la tendencia que propone para la totalidad de la política criminal. Mientras que el marxismo propone entender la totalidad del fenómeno delictivo desde la perspectiva materialista.

El derecho penal estratégico se separa del ángulo de aproximación que ha imperado en este saber y apuesta por una visión segmentada. Para comprender el motivo por el que se propone variar de enfoque, es útil plantear una pregunta: ¿por qué el viraje a un concepto amplio de política criminal hasta el momento no se ha materializado en políticas de intervención real?<sup>1146</sup> A pesar de que las tres propuestas político criminales anotadas superan el uso de la ley penal como instrumento único, hasta ahora no hay

---

<sup>1146</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 26-29.

imágenes claras de que instrumentos utilizar y cómo hacerlo. Existe un abismo entre esta definición y la propuesta de materialización.

Cuando se analiza la falta de propuestas concretas, queda en evidencia el pobre desarrollo del saber político criminal.<sup>1147</sup> No existen insumos básicos para elaborar una propuesta de aplicación de estos instrumentos, está por realizarse la detección de las principales modalidades delictivas: levantar la información sobre las características que las individualizan y evaluar el potencial de las herramientas aplicables a cada esfera.<sup>1148</sup> Es un saber que está por construirse de manera integral.<sup>1149</sup>

¿Cómo es que han existido líneas de pensamiento político criminal de corte académico sin un sustento mínimo de datos empíricos?,<sup>1150</sup> esta realidad se debe a que no se ha estructurado un pensamiento propio. En términos generales la academia ha tendido que ver a la política criminal como la materialización de las grandes filosofías criminológicas, pero no se han ocupado de producir un saber asentado en las circunstancias y necesidades reales.<sup>1151</sup>

El momento en que la aproximación supera el ámbito de filosofías preconcebidas y el análisis se centra en la esencia de los distintos sectores delictivos, es casi inevitable el tener que superar la visión universalista y adscribirse a una postura segmentada. Porque incluso sin información básica de cada modalidad delictiva, es evidente las diferencias que existe entre los distintos segmentos criminales y el nivel de simplismo que implica pretender dar una respuesta única.<sup>1152</sup>

---

<sup>1147</sup> Mireille Delmas-Marty, *Modelos actuales de Política criminal*, p. 19.

<sup>1148</sup> Luís Pasará, "Cómo evaluar el estado de la justicia", en *Sistemas judiciales*, No. 6, Santiago, Ceja, 2003, p. 36-38.

<sup>1149</sup> Pedro Galindo, "Indicadores subjetivos, Estudios, calificaciones de riesgo y en cuestras de percepción pública sobre los sistemas de justicia. Resultados recientes para las Américas", en *Sistemas judiciales*, No. 6, Santiago, Ceja, 2003, p. 5-35.

<sup>1150</sup> Luís Pasará, "Introducción", en Luís Pasará editor, *El funcionamiento de la justicias del Estado*, Quito Ministerio de Justicia, derechos humanos y cultos, 2011, p. xi-xii.

<sup>1151</sup> Laura Zúñiga, *Política criminal*, Madrid, Colex, 2001, p. 154.

<sup>1152</sup> Günter Kaiser, *Introducción a la criminología*, p. 258.

La *necesidad de información* precisa, explica por qué este estudio tuvo que volver los ojos al trabajo diario de los actores.<sup>1153</sup> El nivel de abstracción con el que la academia abordó el fenómeno criminal, genera la ausencia de insumos mínimos.<sup>1154</sup> Quienes sí tenían ideas claras sobre la complejidad delictiva eran las instituciones, debido a que los actores al tener que enfrentar el caso a caso, no pueden esquivar la diversidad que conlleva la criminalidad.<sup>1155</sup>

El haber abordado la política criminal desde una perspectiva universalista, explica porque las posturas académicas no han trascendido a la realidad.<sup>1156</sup> Por ejemplo, el materialismo que es el paradigma que explica el delito desde la postura marxista, es un enfoque con un cierto potencial para una reducida esfera delictiva. Sin embargo, cuando se intenta generalizar su lógica, resulta absurdo creer que es aplicable a esferas tan relevantes como asesinatos, lesiones o violaciones. Este nivel de desconexión con la mayor parte de modalidades delictivas genera que sea inaplicable.<sup>1157</sup>

Las posturas abolicionista y minimalista desde el punto de vista del diagnóstico de las falencias del sistema penal vigente son sólidas, el problema se produce cuando su análisis no se halla intermediado por un estudio de cada modalidad delictiva, pretenden gestionar el fenómeno criminal mediante la eliminación y reducción del Derecho penal.<sup>1158</sup> Alternativas que si bien, nuevamente pueden ser adecuadas para determinados sectores de delitos, cuando se intenta aplicar al conjunto del sistema penal llevan a que sus respectivas tesis sean inaplicables. De hecho, la insuficiencia explicativa de estas

---

<sup>1153</sup> Alberto Binder, *La política criminal en el marco de las políticas públicas bases para el análisis político-criminal*, "[http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej12/BINDER%20\\_8\\_.pdf](http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej12/BINDER%20_8_.pdf)", (consultada el 8 de abril de 2013).

<sup>1154</sup> Nils Christie, *Una sensata cantidad de delito*, Buenos Aires, Editores del puerto, 2004, p. 8-9.

<sup>1155</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 11-18.

<sup>1156</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>1157</sup> Günter Kaiser, *Introducción a la criminología*, p. 258-259.

<sup>1158</sup> Alberto Binder, *De las "repúblicas aéreas" al estado de derecho. Debate sobre la marcha de la reforma judicial en América Latina*, p. 261-263.

tesis supera el ámbito de ciertas modalidades delictivas, no tienen una respuesta para una necesidad tan relevante como el problema global de seguridad.<sup>1159</sup>

Si se conjuga la gama de herramientas que conlleva el concepto amplio de política criminal, con el sin número de oportunidades de intervención que genera el detectar elementos que permitan variar el contexto donde se materializa cada modalidad delictiva, se tiene una idea del incremento exponencial en la potencialidad que experimenta la política criminal.

La mayor sorpresa de este estudio se produjo cuando se descubrió que las instituciones habían aplicado este instrumental desde hace un par de décadas, en sectores acotados de la criminalidad había experiencias que utilizaban una amplia gama de herramientas para gestionar la criminalidad, incluso en la mayoría de los casos disponían de medición de los efectos producidos.<sup>1160</sup> Es justo decir que los actores habían bosquejado una alternativa real al manejo de la conflictividad, la mora estaba en el sector académico que no habían realizado una sistematización del acervo de vivencias.<sup>1161</sup>

## Capítulo II

### Derecho penal estratégico: Factores que condicionan el desarrollo político criminal

Este capítulo tiene por finalidad otorgar una imagen de las fronteras que implica esta nueva visión. Se tiene conciencia de que hasta este punto solo se ha explicitado la

---

<sup>1159</sup> Miguel Carbonell, "Justicia penal y Derechos fundamentales", en Luis Reina, Gustavo Arocena, David Cienfuegos coordinadores, *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, Lima, Jurista, 2007, p. 57-61.

<sup>1160</sup> No se sostiene que esa sea una realidad que se da de manera exclusiva en el Ecuador, de hecho se tiene la seguridad que si esta aproximación se haría en otras latitudes es probable que se podrían encontrar experiencias aun más significativas.

<sup>1161</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 30-44.

variedad de nuevos instrumentos y el incremento en la potencialidad que adquiere este saber. Desde luego la postura perdería legitimidad si esta tendencia expansionista de su objeto de estudio, no viene acompañado de los nuevos límites. En este apartado se explicitan un par de factores que limitan el desarrollo político criminal.

### 1. La pena como límite conceptual del desarrollo político criminal

Una de las consecuencias centrales de la concepción amplia de la política criminal consiste en que el Derecho penal deja de ser la herramienta exclusiva, pasa ser una, entre una gama de instrumentos. ¿La pena no ejerce ningún influjo como *límite del derecho penal*? La respuesta demanda considerar una doble dimensión: *la pena como herramienta de la política criminal* cumple una tarea netamente instrumental, no ejerce ningún influjo sobre el objeto de estudio de la política criminal.

En tanto que *la pena como componente del concepto del fenómeno criminal* termina por fijar una frontera trascendente. La razón de que llegue a cumplir este papel reside en que existe un vínculo indeleble entre el concepto de delito y la pena.<sup>1162</sup> Como ya se analizó las conductas encasilladas en la etiqueta de delito, desde el punto de vista de su esencia no tienen un denominador común,<sup>1163</sup> la delimitación es fruto de una decisión política. Es tan clara la dependencia del objeto de la política criminal del concepto de delito que tanto el concepto plasmado en estudio, como el fragmento transcrito de Delmas-Marty, parten de la existencia de un “fenómeno criminal”. Elemento que por concepto va vinculado a la definición de pena.

El límite que la pena introduce viene dado por su carácter de componente del concepto fenómeno criminal, de todo el universo de conflictos, son objeto de estudio de la política criminal solo aquellos que constituyen delito. El problema surge cuando se constata que, si para ser delito es necesario que la conducta esté sancionada con una

---

<sup>1162</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 51-52

<sup>1163</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 51-52.

pena por una pena, entonces ¿de qué sirve que haya otros instrumentos si el fenómeno criminal va a terminar regulado por una pena? Parecería ser estéril la adscripción a la concepción amplia de la política criminal y todo el viraje realizado.<sup>1164</sup>

Con el agravante de que las herramientas no penales tampoco pueden cumplir una función fructífera como instrumentos de despenalización, porque como se demostró en el Libro II, no es factible realizar el ejercicio de expulsión de la esfera penal dentro de las normas estructurales. Además, resulta absurdo que la aplicación de prácticamente todos los instrumentos de una aérea de conocimiento, genere que el fenómeno al que se aplica sea expulsado de la esfera de su saber.

La única posibilidad viable, es concebirlas como *herramientas concurrentes al derecho penal*.<sup>1165</sup> Realidad que plantea un reto, verificar en la práctica: ¿qué tan fructífero es el ámbito de aplicación conjunto de estas herramientas dentro de esta modalidad específica? Porque en principio la esfera de intervención tan extensa generada por la concepción amplia de política criminal se ve acotada de manera relevante. Para tener una visión clara el próximo Título se destina a un estudio empírico de una muestra de intervenciones que da una imagen clara del potencial.

Aún queda otro tema por definir, ¿qué es pena y derecho penal? Nuestra legislación es especialmente caótica en este tema, por su una falta de coherencia entre los límites de las distintas materias y la consecuencia jurídica que conlleva. Para claridad del estudio, el análisis se basa en las principales materias que tienen esferas límite con el derecho penal y que podrían generar duda. En concreto: (i) Derecho penal secundario, (ii) Derecho penal contravencional y (iii) Derecho administrativo sancionatorio.<sup>1166</sup>

---

<sup>1164</sup> Mireille Delmas-Marty, *Modelos actuales de Política criminal*, p. 19.

<sup>1165</sup> Sin descartar del todo su uso como vías sustitutivas del sistema penal tradicional en esferas marginales.

<sup>1166</sup> Mireille Delmas-Marty, *Modelos actuales de Política criminal*, p. 43.

(i) **Derecho penal secundario.**- La calidad de “Derecho penal secundario” se realiza bajo un criterio normativo, esto es sirve para agrupar todos aquellos tipos penales que se encuentran dispersos en otras leyes distintas al Código penal; de ninguna manera se usa este término en razón de la relevancia de las normas.<sup>1167</sup> En Ecuador, al igual que en la mayoría de países, hoy se vive un problema de falta de codificación, existen normas penales dispersas en diversas leyes.<sup>1168</sup> De hecho el superar esta deficiencia es uno de los objetivos que se ha esgrimido para la promulgación del Código integral penal, cuerpo legal que está próximo a entrar en vigencia. Desde el punto de vista de los valores que entran en juego, resulta ilógico excluir de la esfera de estudio de este saber, el control social que se ejerce en virtud de determinadas normas por la sola ubicación que el legislador les ha otorgado.<sup>1169</sup>

(ii) **Derecho penal contravencional.**- Dentro del mismo código penal existen infracciones penales a los que la ley le otorga una naturaleza distinta a los delitos: las contravenciones.<sup>1170</sup> Existen tres (3) alternativas de interrelación entre estas dos ramas jurídicas, las dos primeras marcadas por visiones integrales y una tercera de carácter relativista. La primera, se inclina por separar de manera tajante el Derecho contravencional del Derecho Penal;<sup>1171</sup> la segunda, incluir en el Derecho penal la totalidad el derecho contravencional,<sup>1172</sup> y la última, reconocer que existen contravenciones que son verdaderas normas penales pero otras no. Este estudio se inclina por la última opción

---

<sup>1167</sup> Winfried Hassemer, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, p. 130-131.

<sup>1168</sup> Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría general del delito*, Tomo I, p. 44.

<sup>1169</sup> Winfried Hassemer, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, p. 131.

<sup>1170</sup> Winfried Hassemer, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, p. 131.

<sup>1171</sup> Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría general del delito*, p. 43-44.

<sup>1172</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 12-13.

Con respecto a la primera opción, *el derecho contravencional como rara autónoma*, tiene la fortaleza de corresponder de manera exacta a la distinción realizada por la propia ley, como se anotó el código diferencia entre delitos y contravenciones. Además de que en la esfera de la esencia de las normas, en algunos países tiene la fortaleza de coincidir con una diferencia relevante en su contenido, el derecho contravencional no admite sanciones privativas de libertad. Sobre todo este segundo factor, ha determinado que autores como Roxin se hayan inclinado por esta alternativa, en razón de que solo prevén “el castigo con una multa administrativa”.<sup>1173</sup>

En estudio se distancia de esta postura por dos (2) motivos: el primero, en razón de que el propio autor reconoce que sus disposiciones son iguales o al menos muy similares a los tipos que regulan delitos; donde la diferencia como quedó anotado radica en la pena.<sup>1174</sup> El problema es que en Ecuador la sanción no solo es multa, hay otras sanciones no privativas de la libertad que conllevan repercusiones más serias como la clausura del local, e incluso en contravenciones también se aplica la privación de la libertad. Por tanto, el aceptar esta distinción en nuestro caso sería privilegiar la decisión política del cuerpo legal donde el legislador decidió introducir esa norma, por encima de la esencia y lo que es peor de los derechos afectados.<sup>1175</sup>

En segundo lugar, el análisis no puede ser tan tajante sobre la sola base de la esfera cualitativa de la sanción. Sin lugar a dudas que la pena privativa de libertad tiene diferencias importantes frente a las restantes sanciones, pero no es adecuado el no tomar en cuenta de manera exclusiva el parámetro cuantitativo. En razón de que hay sanciones que causan una afectación a los derechos que pueden ser bastante más serias o al menos

---

<sup>1173</sup> Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría general del delito*, p. 44.

<sup>1174</sup> Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría general del delito*, p. 43-44.

<sup>1175</sup> Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría general del delito*, p. 44.



equiparables a una privación de la libertad por un tiempo bajo.<sup>1176</sup> Por ejemplo, hay contravenciones que se sancionan con penas serias como clausuras de locales comerciales por períodos que pueden llegar a ser hasta indefinidos,<sup>1177</sup> sin lugar a dudas que pueden causar mayor dolor que una privación de libertad hasta por tres (3) días.

Con respecto a la segunda postura integral, esto es el *derecho contravencional como un componente del derecho penal*.<sup>1178</sup> Nuestra legislación también otorga buenos motivos para no aceptar esta postura, por ejemplo, a pesar de que la regla es que las contravenciones si implican privación de libertad, hay modalidades como las contravenciones de primera clase, donde la sanción es un pago de dos (2) a (4) cuatro dólares, realidad que hace difícil anexar estas leyes al Derecho penal.

Dados los problemas de coherencia al interior de la legislación contravencional en nuestro país, la mejor opción es aceptar una postura relativista, esto es, hay contravenciones que son derecho penal y hay otras que no los son. Se tiene consciencia de que esta postura tiene costos en materia de certeza y de acatamiento de la división por materias hecha por la propia ley; sin embargo, el respeto a la esencia de las normas y las repercusiones para los derechos de la personas ha obligado a adoptar esta alternativa. Con el objeto de facilitar la diferenciación entre estas dos ramas jurídicas, en el numeral que sigue se analizará ciertos elementos que pueden ser de utilidad para detectar si una norma pertenece a una u otra categoría.

**(iii) El derecho administrativo sancionatorio.-** Es la esfera más compleja de delimitar, porque si bien tiende a imponerse el criterio de que son dos ramas jurídicas

---

<sup>1176</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 11-12.

<sup>1177</sup> Código penal, artículo 622. De hecho es dudoso si es sanción o una simple medida cautelar.

<sup>1178</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 12-13.

distintas, en razón de que incluso están sometidas a principios diversos.<sup>1179</sup> Por ejemplo, mientras que en Derecho penal se aplica el principio “indubio pro reo” y el Estado debe enfrentar una carga probatoria que supere la duda razonable; en Derecho administrativo en nuestro país, esta parte procesal se halla prevalida de figuras como la presunción de legitimidad del acto administrativo.

A pesar de ello, existen zonas grises en la esfera del derecho administrativo sancionatorio donde las fronteras son más que dudosas. De hecho, existe una tendencia dentro del derecho comparado y en nuestro país a relativizar esta tradicional diferencia. Las palabras de Hassemer describen de manera gráfica esta inclinación:

“una de las cuestiones más candentes que tiene planteado el derecho penal de nuestro tiempo, es una cierta tendencia a la desformalización en aras de la funcionalidad o efectividad de sus instrumentos. La reconducción de muchos ilícitos penales al ámbito administrativo o disciplinario...”<sup>1180</sup>

Este fragmento se queda corto, porque no solo que hay un traspaso de figuras penales tradicionales, hay la creación de normas que su finalidad es combatir directamente delitos y la naturaleza de estas normas sigue siendo penal, sin embargo se las introduce en la rama administrativa. Su inclusión en esta esfera tiene como fin, el adscribirlas a una rama jurídica que le permite otorgar un trato de excepción.<sup>1181</sup> El mismo autor hace notar que esta tendencia no es en lo absoluto ingenua y que no se trata de una reducción del derecho penal; en realidad el efecto que se consigue es mantener el control social punitivo,<sup>1182</sup> pero sometido a un sistema de garantías bastante más débil.<sup>1183</sup>

---

<sup>1179</sup> Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría general del delito*, p. 43.

<sup>1180</sup> Winfried Hassemer, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, p. 22.

<sup>1181</sup> Jesús Silva, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 1999, p.124-125

<sup>1182</sup> Roberto Bergalli, *¿De cuál control social se habla?*, p. 153-156.

<sup>1183</sup> Winfried Hassemer, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, p. 21-23.

Uno de los temas que será analizado en este capítulo son las “sanciones administrativas” de clausura por no facturar.<sup>1184</sup> Este ilícito no se llega a entender sin su profunda vinculación con dos elementos: por un lado el evitar las defraudaciones tributarias y por otro el montar un esquema de control social penal mucho más efectivo para el control de este delito.<sup>1185</sup> De manera adicional, la consecuencia jurídica sancionatoria desde nuestra concepción llega a ser realmente una pena, el cierre del local comercial de hasta diez (10) días, no es una simple acción de la administración para evitar nuevas infracciones en este lapso, es claro que se destina a infligir un dolor. En este caso el sufrimiento que conlleva es igual y hasta superior a algunas penas bajas de privación de libertad.<sup>1186</sup>

El hacerse cargo de esta tendencia, sin lugar a dudas complejiza el análisis, tiende a relativizar las fronteras entre el derecho administrativo y el derecho penal; realidad que repercute de manera directa en la certeza de los límites de la política criminal.<sup>1187</sup> En cambio, el renunciar a ocuparse de esta complejidad, genera una doble distorsión que resulta aún más problemática: desde el punto de vista de los *derechos*, deja a todos los supuestos de esta tendencia fuera de la lógica y, lo que es más importante, de las garantías penales; equivale a caer en el juego, de legitimar la limitación de los derechos de la personas mediante un cambio de etiqueta en la materia.<sup>1188</sup> En la esfera de la de *efectividad* también, impide reflexionar sobre una herramienta que si es tratada con seriedad, sin convertirla en una simple máscara para limitar derechos, como se verá más adelante, tienen un potencial nada despreciable para

---

<sup>1184</sup> José Díez, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, en Cancio Meliá, Gomez-Jara Díez, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. I, Madrid, Edisofer, 2006, p. 560-561.

<sup>1185</sup> Roberto Bergalli, *¿De cuál control social se habla?*, p. 153-156.

<sup>1186</sup> Winfried Hassemer, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, p. 22-23.

<sup>1187</sup> Manuel Cancio, “De nuevo ¿[Derecho penal] del enemigo?”, en Günther Jakobs y Manuel Cancio, *Derecho penal del enemigo*, p. 114.

<sup>1188</sup> Winfried Hassemer, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, p. 22.

la gestión de la conflictividad de las sociedades modernas.<sup>1189</sup> Este tipo de normas caben en una categoría especial del Derecho penal, si se quiere de acuerdo a la estructura de Silva Sánchez un “Derecho penal de segunda velocidad”.<sup>1190</sup>

La postura que se adopta, al igual que en el caso de las contravenciones, es relativista en el sentido de diferenciar ciertas sanciones administrativas cuya naturaleza es penal, y esencialista en el sentido de primar la naturaleza de la norma frente a la ubicación en uno u otro cuerpo legal.<sup>1191</sup>

El problema surge en materia de *delimitación* de estas dos ramas jurídicas, el pretender dar una respuesta acabada a este tema es un objeto de estudio en sí mismo, sin embargo en este estudio se proponen dos criterios que ayudan a detectar estos supuestos.<sup>1192</sup> El primero, se relaciona al *objeto de la norma*, son leyes que por sí mismas carecen de sentido, en tanto que si se las analiza desde la perspectiva de determinados delitos principales se observa que son parte de un continuo de represión criminal.

Por ejemplo, un caso que se analizará en este capítulo, las “clausuras administrativas” ejecutadas por el Servicio de Rentas Internas (SRI) por falta de facturación.<sup>1193</sup> Es evidente que la obligación de facturar, por sí sola no pasa de ser una formalidad que entorpece el comercio. Sin embargo, el momento en que se analiza todas las regulaciones que se ubican en el “*iter criminis*” del delito de defraudación tributaria, se puede constatar que se trata de generar un control anterior que permitirá detectar ciertos pasos necesarios para el cometimiento de esta infracción.<sup>1194</sup> Así como introducir

---

<sup>1189</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>1190</sup> Jesús Silva, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 124-127.

<sup>1191</sup> Winfried Hassemer, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, p. 21-23.

<sup>1192</sup> Mireille Delmas-Marty, *Modelos actuales de Política criminal*, p. 43.

<sup>1193</sup> José Díez, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, p. 560-561.

<sup>1194</sup> Roberto Bergalli, *¿De cuál control social se habla?*, p. 153-156.

una sanción autónoma a un acto previo que, por su naturaleza, tiene el potencial para quebrar la ruta normal de buena parte de estos ilícitos.<sup>1195</sup>

El segundo criterio de detección, se relaciona con la existencia de una sanción cuya esencia justifique el que se halle dentro del concepto de pena, por ejemplo sería complejo que una norma cuya consecuencia sea una amonestación verbal, se la considere dentro de la política criminal. Si se vuelve al ejemplo citado, la clausura de un local comercial por diez (10) días, suele conllevar costos económicos que pueden ser altos, daño al nombre del local, afectación a derechos laborales del sancionado y de terceros. Como se puede ver no es raro que genere mayor dolor que una sanción privativa de la libertad de baja intensidad.<sup>1196</sup>

Se ha destinado un análisis extenso a este tema, porque como Hassemer anota es una tendencia legislativa importante en esta última época, el usar al derecho contravencional y cierta esfera del derecho administrativo sancionatorio para ampliar un control social que en el fondo vienen a ser penal.<sup>1197</sup> La razón de la difusión que está alcanzando esta técnica, se debe a que al imponerse penas de menor intensidad y ser ramas jurídicas regidas por principios más laxos que el sistema penal, en principio es más fácil conseguir un menor resguardo en materia garantías y sistemas de control social más efectivos.<sup>1198</sup> Esta esfera difusa puede ser utilizada de manera ilegítima y conllevar riesgos relevantes para los derechos de las personas.<sup>1199</sup> Sin embargo si es empleada de manera excepcional, cuando los principios de necesidad y

---

<sup>1195</sup> Winfried Hassemer, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, p. 22-23.

<sup>1196</sup> Winfried Hassemer, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, p. 22.

<sup>1197</sup> Winfried Hassemer, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, p. 22.

<sup>1198</sup> Bern Shüneman, "Cuestiones Básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global", en Luís Reina, Gustavo Arocena, Dvid Cienfuegos coordinadores, *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, Lima, Jurista, 2007, p. 197-201.

<sup>1199</sup> Winfried Hassemer, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, p. 50-51.

proporcionalidad lo justifican, puede ser de utilidad para la consecución del objetivo de garantizar una convivencia en sociedad.<sup>1200</sup>

En *resumen*, la frontera que impone la pena para el Derecho penal estratégico se halla vinculada al objeto de estudio. La política criminal gestiona exclusivamente fenómenos criminales, incluidos aquellos que de manera artificial han sido ubicados en las materias contravencional y administrativa, una vez que se hallan dentro de su objeto, puede utilizarse cualquier herramienta que disponga la sociedad.

## 2. Postura sobre el origen del delito: la ausencia de una explicación del surgimiento del delito como límite para el desarrollo político criminal

El objetivo de este apartado consiste en analizar el avance de las teorías explicativas del fenómeno criminal, específicamente desde la perspectiva de como su nivel de desarrollo es un factor que potencia o limita la capacidad de influjo del Derecho penal estratégico.<sup>1201</sup> La trascendencia de comprender como surge el fenómeno delictivo, radica en que el detectar sus causas, es información clave para poder diseñar estrategias de intervención especialmente preventivas.<sup>1202</sup>

Su contenido se estructura mediante dos (2) componentes: el primero, destinado a justificar la siguiente hipótesis de trabajo: ninguna de las teorías causal explicativas tiene un potencial adecuado para explicar el fenómeno criminal. El segundo, tiene por objeto describir las repercusiones de esta debilidad dogmática y buscar mecanismos para que no se convierta en el obstáculo que lleve al inmovilismo político criminal.

a) **Insuficiencia de las teorías criminológicas para explicar el fenómeno delictivo.-** Este estudio acepta como premisa, el que a pesar del avance que han significado todas las teorías criminológicas explicativas del surgimiento del delito,

---

<sup>1200</sup> Manuel Cancio, *De nuevo ¿"Derecho penal" del enemigo?*, p. 114.

<sup>1201</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>1202</sup> Alberto Binder, *De las "repúblicas aéreas" al estado de derecho. Debate sobre la marcha de la reforma judicial en América Latina*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004, p. 261-263.

ninguna de ellas constituye un marco conceptual adecuado para explicar el fenómeno delictivo en su conjunto. Para justificar esta postura se analizarán (2) temas: (i) ¿el fenómeno delictivo es una entidad única?,<sup>1203</sup> y (ii) La complejidad del fenómeno delictivo como causa de la imposibilidad de una teoría causal explicativa válida.

(i) **¿El fenómeno delictivo es una entidad única?** Ciertas líneas conceptuales destacadas por este estudio, apuntalan la tesis de que la criminalidad no es un fenómeno único, capaz de ser encuadrado en una sola teoría explicativa. Por ejemplo, Hulsman al preguntarse: ¿qué tienen en común desde el punto de vista ontológico las diversas conductas que llamamos delito?, no encuentra un elemento que permita diferenciar la conducta delictiva de la que no lo es.<sup>1204</sup> En tanto que Becker saca a relucir el factor relativista en la creación de la norma, revela como los intereses y convicciones de distintos grupos sociales convergen e influyen en la construcción de la norma, por tanto es imposible entender el delito al margen de la decisión política que la crea.<sup>1205</sup> Es cierto que ambas teorías fueron matizadas en este estudio, realidad que no evita que existan dudas sobre la posibilidad de encontrar una teoría única.

Más allá de esta realidad que ya fue analizada, interesa observar si alguna de las teorías criminológicas ha conseguido en la práctica ensayar una propuesta lo suficientemente amplia, como para que sea factible pensar que con un cierto desarrollo se pueda contar con una teoría que explique el surgimiento del delito. De manera resumida, se puede agrupar a las diversas posturas en tres grandes líneas de pensamientos: Las *teorías de corte biológico*, conciben al criminal como un ser humano distinto, portador de un cierto rasgo de anormalidad, de cierta manera el delito es solo una manifestación de dicha patología;<sup>1206</sup> las *posturas sociológicas*, conciben al delito

---

<sup>1203</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 51-52.

<sup>1204</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 51-52.

<sup>1205</sup> Becker, Howard, *Outsiders hacia una sociología de la desviación*, p.154-165.

<sup>1206</sup> Vid. en: Antonio García-Pablos, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, *Criminología*, p. 131.

como un fenómeno social e introducen distintos marcos explicativos del influjo de la colectividad sobre el comportamiento desviado;<sup>1207</sup> las *concepciones psicológicas*, donde el delito se explica en razón de procesos psíquicos normales o anormales.<sup>1208</sup>

Son construcciones teóricas que conllevan un avance en el estudio de las causas del fenómeno criminal. Sin embargo se coincide con Günter Kaiser en que cada una:

Puede seguir acreditando todavía su fuerza explicativa en el mejor de los casos, cuando se trata de manifestaciones concretas, relativamente bien delimitadas y observables, como la criminalidad de los jóvenes, los extranjeros y las mujeres, así como los delitos económicos, de tráfico y violentos [...] Esto implica el reconocimiento de que no es posible un sistema universal de enunciados teóricos, libres de contradicciones, sobre el origen del delito.<sup>1209</sup>

Basta observar el debate entre todas ellas, para percatarse lo lejos que se halla el desarrollo de esta ciencia de alcanzar una teoría explicativa global válida. El solo hecho de que al momento no exista ninguna postura que haya alcanzado un sitio de predominio, revela la dificultad que han encontrado para alcanzar explicaciones convincentes de esferas importantes del fenómeno delictivo.<sup>1210</sup> Incluso, si se observa el desarrollo teórico del siglo pasado se puede encontrar un fenómeno inquietante, el ambiente de producción y confrontación de las distintas escuelas que fue intenso hasta los años 70 de pronto sufrió una desaceleración profunda, sin que sea injusto anotar que en los últimos años el debate ha tendido a caer en un punto muerto.

**(ii) La complejidad del fenómeno delictivo como causa de la imposibilidad de una teoría causal explicativa válida.**- Ante las limitaciones de todas las teorías criminológicas, surge un par de preguntas: ¿este es un problema coyuntural o

---

<sup>1207</sup> Vid. en: Antonio García-Pablos, *Criminología*, p. 182.

<sup>1208</sup> Vid. en: Antonio García-Pablos, *Criminología*, p. 163.

<sup>1209</sup> Günter Kaiser, *Introducción a la criminología*, p. 258.

<sup>1210</sup> Günter Kaiser, *Introducción a la criminología*, p. 258-259.



estructural?, ¿es posible esperar que la criminología consiga explicar el fenómeno criminal? La respuesta a estas preguntas son claves para el desarrollo político criminal.

Para explicar el estado del desarrollo criminológico se ha optado por realizar una comparación con una de las ciencias duras, donde más avance ha conseguido el conocimiento humano: la física. Es interesante notar que esta ciencia ha alcanzado logros impensables en otras épocas, hoy en día se cuenta con marcos conceptuales generales para comprender los fenómenos naturales a gran escala como el funcionamiento del Universo, o en dimensiones tan ínfimas como la atómica.<sup>1211</sup> Lo curioso es que junto a avances tan impresionantes, contrasta el que ciertos fenómenos cotidianos ubicados en nuestra escala, tales como el clima o la generación de terremotos, no han alcanzado a ser adecuadamente comprendidos y predichos.<sup>1212</sup>

La realidad anotada ha llevado a que con humildad la ciencia haya tenido que reconocer que para estos fenómenos, el marco conceptual más acertado por ahora es la “teoría del caos”.<sup>1213</sup> Construcción que de una manera muy sencilla puede ser resumida en la existencia de ciertos fenómenos, donde dada la complejidad de factores que intervienen, la enorme sucesión de ciclos que se repiten en su proceso de formación y la potenciación de sus diferencias iniciales por retroalimentarse de la sucesión de ciclos anteriores, se termina por generar un escenario de sensibilidad tan extrema de sus condiciones de partida que vuelven imposible de prever su desenlace.<sup>1214</sup> En el fondo, esta filosofía conlleva el reconocimiento de la incapacidad actual para formular un método causal explicativo de ciertos hechos físicos.

Si esta realidad es cierta para fenómenos físicos donde la relación entre causa efecto es mucho más clara que en el comportamiento humano, es fácil comprender por

---

<sup>1211</sup> John Gribbin, *Así de simple. El caos, la complejidad y la aparición de la vida*, Barcelona, Drakontos, 2006, p. 13-15.

<sup>1212</sup> John Gribbin, *Así de simple. El caos, la complejidad y la aparición de la vida*, p. 14.

<sup>1213</sup> John Gribbin, *Así de simple. El caos, la complejidad y la aparición de la vida*.

<sup>1214</sup> John Gribbin, *Así de simple. El caos, la complejidad y la aparición de la vida*, p. 14.

qué la explicación del fenómeno criminal donde interviene el comportamiento humano es aún más incierta y el nivel de desarrollo criminológico es precario.<sup>1215</sup> Es más, si se considera que en esta sucesión de ciclos del comportamiento humano que se retroalimentan para estructurar la personalidad de quien va a decidir delinquir, siempre está presente un factor que por concepto impide un ejercicio de predicción mecánica: la voluntad; resulta imposible que se pueda llegar al menos con el estado actual del desarrollo humano a una teoría causal explicativa del fenómeno criminal.

Este estudio no sólo que se tiene conciencia de que no hay una teoría explicativa de la criminalidad, para el desarrollo político criminal prescinde de la posibilidad de que exista una teoría causal explicativa del fenómeno criminal.<sup>1216</sup> En este escenario se vuelve prioritario visualizar estrategias que permitan que el desarrollo político criminal no se vea frenado por el escaso desarrollo de la comprensión del surgimiento del delito.

**b) Repercusiones de la carencia explicativa en las intervenciones político criminales.-** Si se parte de la usencia de una teoría explicativa del fenómeno delictivo, resulta que el único elemento común entre la totalidad de delitos es la libertad de la persona.<sup>1217</sup> Al ser imposible determinar la voluntad individual, solo queda el intentar motivarla con una lógica de costos beneficios, la misma que lleva a una disyuntiva: la sociedad debería premiar todo acto acorde a las normas penales, estrategia que resulta simplemente irrealizable, o sancionar todas las infracciones, línea de intervención que claramente fue la que se impuso; de ahí que se haya forjado la idea de que la ley penal es la herramienta penal única.

Es cierto que se podría pensar en una lógica distinta a la de costos e incentivos, por ejemplo, incidir sobre la voluntad general de las personas sobre la base de formar un nuevo ser humano. Sin embargo, en caso de ser posible ese objetivo, esta línea de

---

<sup>1215</sup> Günter Kaiser, *Introducción a la criminología*, p. 258-259.

<sup>1216</sup> Günter Kaiser, *Introducción a la criminología*, p. 258-259.

<sup>1217</sup> Thomas Hobbes, *Libertad y necesidad y otros escritos*, p. 164-167.

acción a más de corresponder a esfera de una política social. Se muestra escepticismo ante ese tipo de propuestas, porque en razón de la naturaleza humana, quien escribe se adscribe a la línea de pensamiento que visualiza el conflicto como parte de la esencia del ser humano y de la sociedad, incluso sentimientos individualistas como el egoísmo y la codicia son motores esenciales del progreso.<sup>1218</sup>

El punto crítico de este tema, consiste en evitar que la falta de una teoría explicativa con validez general sea un obstáculo que impida el desarrollo de la política criminal. Debido a que, en principio, resulta bastante complejo gestionar un fenómeno como la criminalidad que no se ha alcanzado a comprender.<sup>1219</sup> El reto consiste en buscar mecanismos para que la imposibilidad de explicar el fenómeno criminal, no lleve a una postura inmovilista en materia de política criminal.<sup>1220</sup>

Existen tres (3) factores que conllevan a que se sostenga que es posible incidir sobre la criminalidad con niveles aceptables de efectividad. El primero es la (i) *libertad*,<sup>1221</sup> a pesar de que por esencia ha sido el factor que ha llevado a que se tome partido por la imposibilidad de que se pueda forjar una teoría causal explicativa global del delito; por paradójico que parezca desde el punto de vista político criminal, es el primer factor que permite plasmar una línea de intervención y dada su presencia en todos los supuestos, se trata de una línea de intervención universal.<sup>1222</sup> Como se analizó para influir en este factor la única línea efectiva es el derecho penal.

El segundo elemento que permite ser optimista respecto a la posibilidad de plantear una política criminal efectiva, guarda relación con la (ii) *existencia de*

---

<sup>1218</sup> Ralph Dahrendorf, *Ley y orden*, p. 86.

<sup>1219</sup> Alberto Binder, *De las "repúblicas aéreas" al estado de derecho. Debate sobre la marcha de la reforma judicial en América Latina*, p. 262-263.

<sup>1220</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>1221</sup> César Beccaria, *Tratado de los delitos y las penas*, p. 7.

<sup>1222</sup> Thomas Hobbes, *Libertad y necesidad y otros escritos*, p. 164-167.

*características relevantes en diversos sectores de delitos.*<sup>1223</sup> Si bien no se ha podido encontrar una teoría causal explicativa válida ni algún carácter distintivo de la conducta delictiva distinto a la libertad personal, esta realidad no debe ser interpretada en el sentido de que cada fenómeno delictivo es único y no comparte elementos comunes con otras infracciones similares, si el análisis se centra en segmentos limitados, la obtención de caracteres relevantes es una tarea realizable.<sup>1224</sup> De hecho, la ausencia de factores comunes a la totalidad de delitos, fue el motivo que implicó el fracaso de las posturas universalistas y la razón por la que este estudio se adscribe a una visión segmentada.

Si se retoma el parangón con el mundo físico, se puede observar que la teoría del caos es solo válida de manera fragmentaria para ciertos fenómenos físicos especialmente complejos. Sin que su filosofía niegue la existencia de fenómenos sencillos, donde resulta relativamente fácil comprender sus causas y prever su desenlace, como por ejemplo, el que todas las manzanas que son soltadas en la tierra caen al piso.<sup>1225</sup> De la misma forma en materia criminal hay modalidades como los delitos contra la propiedad, donde no es muy complejo detectar que un factor esencial es el interés patrimonial. Una visión segmentada del fenómeno criminal abre la oportunidad de comprender y diseñar estrategias acordes a cierta clase de delitos.

El último motivo para creer en la factibilidad de montar una política criminal fecunda, se debe a que existen *(iii) estrategias que para su diseño no requieren una comprensión del origen del fenómeno delictivo*. Es posible realizar intervenciones que consiguen mejoras efectivas en la convivencia en sociedad,<sup>1226</sup> mediante intervenciones que no requieren de una comprensión causal explicativa del fenómeno criminal, como es el caso de la mejora de la efectividad de la justicia, buscar métodos para que los

---

<sup>1223</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>1224</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 81-84.

<sup>1225</sup> John Gribbin, *Así de simple. El caos, la complejidad y la aparición de la vida*, p. 13-14

<sup>1226</sup> Claus Roxin, *Contestación*, p. 37-38.

derechos de los intervinientes tengan un mayor grado de realización o incluso, para promover mecanismos alternativos de solución de conflictos.<sup>1227</sup>

En *resumen*, se reconoce que la falta de una tesis causal explicativa universal del fenómeno criminal es una restricción seria para el desarrollo de la política criminal.<sup>1228</sup> Esta realidad lleva a que este estudio parta de un enfoque austero, renuncia a la pretensión de una explicación válida para el funcionamiento criminal en su conjunto. Apuesta por la posibilidad de que la política criminal pueda alcanzar logros fructíferos sobre la base de líneas de intervención basadas en tres esferas de intervención: (i) el Derecho penal y las estrategias prácticas para mejorar su aplicabilidad; (ii) Intervenciones basadas en elementos característicos de ciertas modalidades delictivas,<sup>1229</sup> y (iii) estrategias que para su diseño no requieren de una comprensión del origen del fenómeno delictivo como las restantes de reactivas no penales.

### Capítulo III

#### Derecho penal estratégico: factores que condicionan el desarrollo político criminal

##### 1. Postura sobre la tensión entre los intereses de la persona y la sociedad: necesidad de gestionar la conflictividad criminal

La tesis que se sostiene en este estudio, puede ser resumida en el siguiente planteamiento: una adecuada gestión de la conflictividad es un pilar básico para generar un escenario en el cual las personas puedan ejercer su libertad.<sup>1230</sup> Para alcanzar este

---

<sup>1227</sup> Mireille Delmas-Marty, *Modelos actuales de Política criminal*, p. 42-45.

<sup>1228</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>1229</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 81-84.

<sup>1230</sup> Günter Jakobs, *El derecho penal como disciplina científica*, Pamplona, Civitas, 2008, p. 102-103.

objetivo sin ser la herramienta única, el derecho penal es un instrumento básico para la consecución de un ordenamiento social que garantice la convivencia.<sup>1231</sup>

Los problemas para la libertad de las personas vienen dados por dos vías: la primera, por el riesgo de un abuso en el ejercicio del poder punitivo del Estado frente al individuo.<sup>1232</sup> La segunda, la existencia de un Estado ineficaz para garantizar una vida en sociedad, donde los abusos de terceros se convierten en un obstáculo para el desarrollo personal.<sup>1233</sup>

El doble riesgo existente genera posturas diversas. Zaffaroni, por ejemplo, parte de un enfoque basado en el enfrentamiento de intereses propios de la persona con los de la sociedad. Asume que ante la desproporción de fuerzas, más que tratarse de una relación de tensión constante, lo que en realidad existe es una imposición del Estado sobre el individuo. Esta visión marca la ilegitimidad de un Derecho penal que no es nada más que una herramienta para la contención y disciplina del ser humano, en especial de los más débiles y las personas consideradas “diferentes”.<sup>1234</sup>

Este estudio parte de un supuesto diferente, no admite una confrontación per se entre los intereses de la libertad de la persona y sociedad,<sup>1235</sup> si bien reconoce que hay momentos de tensión, sus necesidades están vinculadas de una manera indisoluble.<sup>1236</sup> Es cierto que los entes de gobierno de una sociedad organizada ejercen un control sobre las personas, también es correcto que la manifestación más intensa de este control social es la herramienta punitiva;<sup>1237</sup> pero en el punto en que hay divergencia de opiniones,

---

<sup>1231</sup> Winfried Hassemer, *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*, p. 10-16.

<sup>1232</sup> César Beccaria, *Tratado de los delitos y las penas*, p. 19-21.

<sup>1233</sup> Günter Jakobs, *El derecho penal como disciplina científica*, p. 102-103.

<sup>1234</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 4-5.

<sup>1235</sup> Emile Durkheim, *Escritos selectos*, p. 117-118.

<sup>1236</sup> Ralf Dahrendorf, *Ley y orden*, p. 15-17.

<sup>1237</sup> Roberto Bergalli, *¿De cuál control social se habla?*, p. 153-156.

consiste en que de esta constatación no se considera legítimo concluir que la relación es de simple imposición.<sup>1238</sup>

El ejercicio de la libertad de los ciudadanos está profundamente vinculado a la efectividad del control social y el sistema penal.<sup>1239</sup> Para un adecuado desarrollo de la persona se requiere un control social funcional,<sup>1240</sup> capaz de generar un marco de convivencia donde la persona pueda prever de manera razonable un marco de relaciones con los demás.<sup>1241</sup> Es preciso aclarar que el fenómeno de falta de previsibilidad de la conducta de terceros, como regla general no se produce por ausencia de normas. El problema radica en que ellas por si solas no garantizan la convivencia,<sup>1242</sup> para que tengan una repercusión en la esfera real, requieren materializarse en un control social efectivo donde muchas veces el problema radica en el abismo existente entre las prohibiciones legales<sup>1243</sup> y la realidad que se vive.<sup>1244</sup>

En este estudio, como se recordará, en el Libro II sobre la base de la concepción de Dahrendorf, se aceptó que el principal problema para el ejercicio de la libertad de una persona que reside en el Ecuador, no es la represión a la que le somete la institucionalidad.<sup>1245</sup> La limitante prioritaria para el desarrollo individual en este momento es el nivel de inseguridad,<sup>1246</sup> generado a causa de la incapacidad estatal para imponer un control social efectivo en amplios márgenes geográficos y sociales.<sup>1247</sup>

---

<sup>1238</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 459.

<sup>1239</sup> Ralph Dahrendorf, *El conflicto social moderno: ensayo sobre la política de la libertad*, p. 193-195.

<sup>1240</sup> Emile Durkheim, *Escritos selectos*, p. 117-118.

<sup>1241</sup> Winfried Hassemer, *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*, p. 10-16.

<sup>1242</sup> Claus Roxin, *Contestación*, p. 37-38.

<sup>1243</sup> Roberto Bergalli, *¿De cuál control social se habla?*, p. 153-156.

<sup>1244</sup> Alessandro Baratta, *No está en crisis la criminología crítica*, p. 136-138.

<sup>1245</sup> Peter Evans, "¿El eclipse del Estado? Reflexiones sobre la estabilidad en la época de la globalización", en Miguel Carbonell, Rodolfo Vázquez compiladores, *Globalización y derecho*, Quito, Ministerio de justicia y derechos humanos, 2009, p. 40-42.

<sup>1246</sup> Günter Jakobs, *El derecho penal como disciplina científica*, p. 102-103.

<sup>1247</sup> Mirentxu Corcoy, "La perspectiva jurídico penal," en Santiago Mir y Joan Quralt directores, *La seguridad pública ante el derecho penal*, Madrid, Edisofer, 2010, p. 32.

Se reconoce que el fenómeno de la punición analizado desde el punto de vista de la persona sancionada, puede ser concebido como un “mal”, debido a que siempre conlleva la imposición de un dolor. Pero no se coincide con la visión de Zaffaroni, que su naturaleza sea resumida a esta sola esfera, donde la pena no pasa de ser una aflicción ilegítima, la misma que debe ser reducida en búsqueda del ideal abolicionista.<sup>1248</sup> Tampoco con la postura de otros minimalistas como Ferrajoli que la conciben como un “mal necesario”.<sup>1249</sup> Se adopta una visión donde la herramienta penal a pesar de conllevar un dolor, tiene una faceta constructiva,<sup>1250</sup> es un pilar esencial para generar ese escenario donde las personas se pueden desarrollar de manera integral y alcanzar una adecuada calidad de vida.<sup>1251</sup> Objetivo que va más allá de la simple promulgación de normas, demanda revisar el control social de manera integral, esto es no sólo el derecho penal y las restantes herramientas, sino la forma como se implementan, tema que se trata en el siguiente numeral.<sup>1252</sup>

## 2. Enfoque político criminal del Derecho penal estratégico

Sobre la base de una concepción amplia,<sup>1253</sup> el derecho penal estratégico adopta una tendencia definida: el problema central para la convivencia ciudadana y las libertades individuales en las sociedades modernas es la criminalidad.<sup>1254</sup> Hoy en día, los mayores riesgos para el desarrollo de la persona no se centran en un ejercicio abusivo de la fuerza por parte del Estado, el nuevo conflicto social se focaliza en la inseguridad producida por la delincuencia.<sup>1255</sup> Este es el reto central que la política

---

<sup>1248</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 83.

<sup>1249</sup> Ferrajoli Luigi, *Derecho penal mínimo y otros ensayos*, p. 17-20.

<sup>1250</sup> Robert Merton, *Teoría y estructura sociales*, p. 236-237.

<sup>1251</sup> Winfried Hassemer, *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*, p. 15-16.

<sup>1252</sup> Roberto Bergalli, *¿De cuál control social se habla?*, p. 153-156.

<sup>1253</sup> Mariano Ciafardini, *Política criminal y prevención general del delito*, p. 257-262.

<sup>1254</sup> Emile Durkheim, *Escritos selectos*, p. 117-118.

<sup>1255</sup> Ralph Dahrendorf, *Ley y orden*, p. 16-17.



criminal debe afrontar en este momento, desde luego sin sacrificar todas las libertades conseguidas.<sup>1256</sup>

En este momento existen datos que relevan el nivel de afectación que para el ciudadano común conlleva en su vida diaria la delincuencia e inseguridad.<sup>1257</sup> A pesar de los problemas económicos y de equidad que tiene Latinoamérica, la preocupación por la seguridad es tan seria que en el promedio de la región, la inseguridad y el temor a la delincuencia de acuerdo al Latinobarómetro es el mayor problema que los ciudadanos encuentran en su propio país. Este problema es el principal para el veinte y cuatro por ciento (24%) de los encuestados, en tanto que si se suman las tres (3) causas que le siguen, apenas llegan a superarlo. Así el desempleo se ubica en el dieciséis por ciento (16%), problemas económicos seis por ciento (6%) y los bajos sueldos el cinco por ciento (5%). Es importante anotar que el predominio de esta intranquilidad por la delincuencia se ha mantenido en este puesto prioritario desde el año 2010 hasta el 2013 por tanto se trata de una tendencia consolidada.<sup>1258</sup>

En el caso de Ecuador el (31%) de los ciudadanos han destacado a este problema como el de mayor repercusión, entre 18 países se ubica en el quinto lugar donde es superado solo por Venezuela, Uruguay, Perú y Argentina.<sup>1259</sup> Estas cifras se ven confirmadas con otra encuesta regional de percepción de inseguridad, en la encuesta realizada por LAPOP, Ecuador con el 48,6% ocupa el quinto lugar entre un total de 26 países, en este caso superado solo por Perú, Venezuela, Bolivia y Haití.<sup>1260</sup>

---

<sup>1256</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>1257</sup> Miguel Carbonell, *Justicia penal y Derechos fundamentales*, p. 57-61.

<sup>1258</sup> Corporación Latinobarómetro, *Informe 2013*, "[http://www.latinobarometro.org/documentos/LATBD\\_INFORME\\_LB\\_2013.pdf](http://www.latinobarometro.org/documentos/LATBD_INFORME_LB_2013.pdf)", (consultado el 4 de diciembre de 2013).

<sup>1259</sup> Corporación Latinobarómetro, *Informe 2013*.

<sup>1260</sup> Comunidad de Estudios sociales y acción política y LAPOP, *Cultura política de la democracia en Bolivia, 2012: Hacia una igualdad de oportunidades*, "<http://es.scribd.com/doc/109405903/Informe-LAPOP-acerca-de-la-Cultura-Politica-de-la-Democracia-2012>", (Consultado el 6 de diciembre de 2013).

Las encuestas de victimización revelan que en el caso ecuatoriano este sentimiento de intranquilidad no puede ser justificado sobre la base de tratarse de simples percepciones<sup>1261</sup> o manipulaciones de los medios de comunicación social.<sup>1262</sup> De hecho, aun son más gráficos los datos, frente a la pregunta de si una persona de su hogar ha sido víctima de la delincuencia, LAPOP encuentra que en Ecuador el treinta y cuatro por ciento (34%) responde de manera afirmativa, por tanto ocupa el primer lugar entre 26 países de la región.<sup>1263</sup>

El factor que sí marca una cierta diferencia con épocas pasadas, consiste en que actualmente las personas muestran una mayor preocupación por su seguridad. Pero quien escribe no encuentra que sea a causa de la simple manipulación de los medios, hay un tema más profundo. Una vez que un porcentaje de la población tiene las necesidades básicas mejor satisfechas y que tiene más conciencia de los riesgos que conlleva la delincuencia,<sup>1264</sup> la preocupación se ha centrado en la inseguridad.

En ninguna de las dos encuestas que fueron citadas se encuentra como motivo de preocupación importante de los ciudadanos, el régimen represivo instaurado por el Estado.<sup>1265</sup> Con ello no se quiere decir que no exista este problema, de ninguna manera se sostiene que los regímenes vigentes en materia penal en Latinoamérica son totalmente legítimos. Lo que se defiende es que en este momento los excesos punitivos tienden a ser un problema marginal, en tanto que los ciudadanos coinciden que la delincuencia e inseguridad son el problema central de sus países.<sup>1266</sup>

---

<sup>1261</sup> Sin negar que en períodos específicos las manipulaciones desde la opinión pública pueden alcanzar una repercusión relevante.

<sup>1262</sup> José Díez, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, p. 560-561.

<sup>1263</sup> Comunidad de Estudios sociales y acción política y LAPOP, *Cultura política de la democracia en Bolivia, 2012: Hacia una igualdad de oportunidades*.

<sup>1264</sup> José Díez, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, p. 560-561.

<sup>1265</sup> Corporación Latinobarómetro, *Informe 2013*.

<sup>1266</sup> Carlos Nino, *Los escritos de Carlos Nino*, p. 148.

El *enfoque del Derecho penal estratégico*, consiste en dejar de lado los discursos que intentan negar el problema existente y ocuparse de la convivencia; separarse del espacio de confort que otorga una visión universalista para enfrentar el reto de gestionar diversos sectores delictivos; dejar atrás la visión reduccionista de sistema penal y hacer uso de la totalidad de herramientas que la sociedad dispone, y superar la tendencia académica de quedarse en propuestas generales y etéreas, para recuperar su esfera aplicada y poner un especial interés en la implementación.

## Título II

### **Políticas criminales exitosas: análisis empírico**

Este Título tiene por *finalidad* pasar de un estudio teórico de las nuevas esferas de intervención que conlleva la concepción amplia de política criminal,<sup>1267</sup> a imágenes concretas de esquemas de control social donde esta filosofía se ha aplicado en nuestro país.<sup>1268</sup> La capacidad de experimentación de la sociedad ecuatoriana en materia de política criminal, es tan fecunda que, a pesar de ser amplia la gama de esferas de intervención que conlleva la nueva filosofía, permite tener ejemplos de cada una de estos espacios de actuación; incluso con cifras representativas del impacto alcanzado.<sup>1269</sup>

A pesar de que la sociedad ecuatoriana ha dado muestras inequívocas de tener que el problema de convivencia reside en la inseguridad producido por la delincuencia,<sup>1270</sup> hasta la actualidad no ha logrado forjar una filosofía clara que oriente

---

<sup>1267</sup> Mariano Ciafardini, *Política criminal y prevención general del delito*, p. 257-262.

<sup>1268</sup> Alberto Binder, *De las "repúblicas aéreas" al estado de derecho. Debate sobre la marcha de la reforma judicial en América Latina*, p. 261-263.

<sup>1269</sup> Juan Vargas, "Prólogo", en *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, Diego Zalamea, Santiago, Ceja, 2007, p. 9-10.

<sup>1270</sup> Miguel Carbonell, *Justicia penal y Derechos fundamentales*, p. 57-61.

su política criminal.<sup>1271</sup> Por un lado el saber producido desde la academia, especialmente adscrito al minimalismo, ha llegado a un punto muerto por su escasa viabilidad.<sup>1272</sup> En tanto que la política pragmática de mano dura,<sup>1273</sup> no ha pasado de ciertos incrementos de penas, declaraciones líricas y alguna actuación simbólica.<sup>1274</sup>

La perspectiva de la utilización de los recursos económicos, le sirve a Alberto Binder para graficar el absurdo que conlleva esta realidad:

Si nos atenemos a los datos usuales de nuestro país existen decenas o centenares de centros penitenciarios, varios centenares o miles de jueces penales y fiscales; las fuerzas policiales en su conjunto alcanzan miles efectivos. Si a todo ello le sumamos las oficinas administrativas, los funcionarios políticos y el conjunto de otras actividades estatales que giran alrededor de ellas tendremos una idea más clara de la magnitud de recursos que giran alrededor de la política criminal de un país. Por otra parte, también existen recursos privados, vinculados al mercado de la seguridad privada, a la enseñanza y formación de los operadores del sistema penal y a la existencia de organizaciones sociales que en uno u otro sentido se ocupan del poder penal. Todo este conjunto de recursos humanos, materiales, predominantemente estatales, son movilizados por la política criminal en uno u otro sentido. La sola evidencia de su magnitud alcanzaría para mostrar la necesidad de contar con un tipo de análisis específico sobre esta política, mucho más aun cuando es también evidente la intensidad y la función social –positiva o negativa- de esa violencia del Estado, canalizada a través de tantos instrumentos, en la conformación de la vida social o su influencia en la vida cotidiana de un número tan grande de personas. En definitiva, no deja de llamar la atención que una política pública con tal nivel de movilización de recursos y con tanta presencia en la vida cotidiana de

---

<sup>1271</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>1272</sup> Alessandro Baratta, *No está en crisis la criminología crítica*, p. 136-138.

<sup>1273</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 16-17.

<sup>1274</sup> Alberto Binder, *Justicia penal y sociedad democrática*, en *Justicia y derechos humanos*, Quito, Aldhu, 1992, p. 89.

los ciudadanos, carezca de un marco analítico específico que permita democratizar su contenido y evaluar sus resultados.<sup>1275</sup>

La razón de ser de este escaso desarrollo ya fue expuesta. Si se parte del método deductivo resulta que la visión universalista de la criminalidad dada su incapacidad de incidir sobre un factor distinto a la libertad, termina por imponer como única estrategia el tradicional derecho penal. Si a la inversa se parte del método inductivo, al existir en la realidad solo experiencias que como herramienta única adoptan el método punitivo, toda teorización centrada en esta muestra no va a superar el ámbito de intervención marcado por este instrumento. De esta manera se forjó el abismo existente entre necesidades sociales y propuestas político criminales.<sup>1276</sup>

Para romper esta inercia, el presente estudio ha decidido aplicar el método inductivo, pero aplicado a un nuevo objeto de estudio. Si bien como regla general se ha impuesto el uso tradicional de la herramienta penal, en esta última década han coexistido ciertas iniciativas que han sido capaces de producir cambios relevantes en la convivencia social.<sup>1277</sup> Donde esta esfera de experiencias puntuales se va constituir en la base para la elaboración de esta nueva propuesta político criminal.

El partir de este conjunto de estrategias exitosas, permite superar la sola descripción de lo que hoy es la política criminal, para aproximarse a la realidad lo que debería ser para cumplir la labor que la sociedad demanda.<sup>1278</sup> Desde luego que esa selección de experiencias lleva implícita un grado de discrecionalidad, por este motivo desde el primer momento se dejó constancia de que del objetivo que el derecho penal estratégico asignaba a la política criminal, siendo precisamente el aporte para la

---

<sup>1275</sup> Alberto Binder, *La política criminal en el marco de las políticas públicas bases para el análisis político-criminal*.

<sup>1276</sup> Alessandro Baratta, *No está en crisis la criminología crítica*, p. 136-138.

<sup>1277</sup> Claus Roxin, *Contestación*, p. 37-38.

<sup>1278</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

convivencia ciudadana y la realización de la libertad de las personas los parámetros que fueron utilizados para su selección.

El uso intensivo de experiencias exitosas como base para construir la propuesta político criminal permite alcanzar dos (2) *objetivos*: por una parte, el ser capaz de distanciarse de la tendencia existente en Latinoamérica de importar marcos conceptuales íntegros desarrollados en otras latitudes.<sup>1279</sup> Por otra, al estar desde su origen ligada con la realidad, tiene mayor potencial para superar los problemas de aplicabilidad que han presentado otras construcciones que han tenido escasos vínculos con la realidad.

El haber estructurado el análisis sobre experiencias implementadas en la realidad conlleva unas cuantas *ventajas* adicionales: Permite plasmar imágenes precisas de “cómo” pasar de una propuesta conceptual a intervención implantada en la sociedad;<sup>1280</sup> bosquejar la profundidad de los logros que puede alcanzar la política criminal en materia de convivencia;<sup>1281</sup> reflejar que el objetivo de gestionar el fenómeno criminal no es una aspiración utópica.<sup>1282</sup>

La *estructura* del presente estudio se ha diseñado en virtud de la sucesión de cuatro (4) *criterios de organización*. El primero de ellos; se relaciona con el *alcance*; este criterio de selección fue un hallazgo al que se llegó solo una vez que se habían recopilado todas las experiencias, en razón de que a pesar de su trascendencia, no es de fácil detección. No obstante de que una de las fortalezas del Derecho penal estratégico,<sup>1283</sup> es el ocuparse de la totalidad de intereses de todos los intervinientes en el conflicto penal, la realidad demostró que el valorar la integridad del problema, no

---

<sup>1279</sup> Claudio, Benzecry. “Presentación. Actualidad de Howard Becker”, en Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la desviación*, Buenos Aires, Siglo veintiuno, 2010, p. 3.

<sup>1280</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>1281</sup> Claus Roxin, *Contestación*, p. 37-38.

<sup>1282</sup> Alberto Binder, *De las “repúblicas aéreas” al estado de derecho. Debate sobre la marcha de la reforma judicial en América Latina*, p. 261-263.

<sup>1283</sup> Con más detalle este tema se analiza más adelante.

significa que necesariamente se va conseguir estrategias de intervención que solvente el conflicto en toda su esencia.

Existe un conjunto de experiencias que si bien no se ocupan de todas las aristas del conflicto, inciden sobre uno o varios de los valores en juego y conseguían avances sustanciales para la para la convivencia en sociedad.<sup>1284</sup> Realidad que impuso replantear la estructura original, es así que hoy se realiza un análisis diferenciado: (Capítulo I) *políticas integrales*, donde se analizan las estrategias cuyo alcance abarca toda la esencia del conflicto; (Capítulo II) *políticas fragmentarias*, donde se analizan estrategias que consiguen avances relevantes en una parte de los valores en juego.

El segundo criterio de selección, se relaciona con la *función* que cumple la intervención político criminal, en este nivel se ha tomado dos (2) grandes objetivos: el primer lugar, *la prevención*,<sup>1285</sup> la misma que se materializa en evitar o reducir la incidencia de infracciones penales.<sup>1286</sup> La segunda área de intervención, está constituida por *estrategias reactivas*; en es esta categoría caben aquellas intervenciones que entran en funcionamiento luego de que el suceso delictivo ha tenido lugar, se dirigen a otorgar una respuesta a un conflicto ya existente.<sup>1287</sup> Es importante dejar constancia que por la amplitud que alcanzaba el estudio, se decidió en el caso de las políticas fragmentarias simplemente centrar el análisis en razón del involucrado a quien se dirigía la estrategia para realizar sus derechos.

---

<sup>1284</sup> Claus Roxin, *Contestación*, p. 37-38.

<sup>1285</sup> Daniel de la Colina, "La prevención del delito y la policía comunitaria, desde la perspectiva del paradigma etiológico integrativo y globalizador", en Carlos Elbert, Susana Murillo, Mirtha López, *La criminología del siglo XXI en América Latina*, Segunda parte, Buenos Aires, Rubinal –Culzoni, 2002, p. 65-92.

<sup>1286</sup> Mireille Delmas-Marty, *Modelos actuales de Política criminal*, p. 19-21.

<sup>1287</sup> Mireille Delmas-Marty, *Modelos actuales de Política criminal*, p. 19.

Como tercer criterio se utilizó el *responsable* de su implementación, es así que se diferenció entre políticas *estatales* y “*sociales*”,<sup>1288</sup> esta clasificación es fruto de haber pasado la responsabilidad de gestionar la conflictividad a toda la sociedad.<sup>1289</sup> Incluso para las estrategias estatales existe un cuarto criterio basado en la *esencia* de la estrategia que son las *punitivas* y *no punitivas*.<sup>1290</sup>

Para terminar se incluye un último capítulo, “Enseñanzas en materia de política criminal”, el mismo que se destina a recoger los principales aportes de las experiencias de los distintos análisis realizados. Se convierte en un puente con el próximo Título, porque de sobre las conclusiones aquí alcanzadas se estructura la propuesta del Derecho Penal estratégico. La estructura global del estudio se recoge en el siguiente cuadro.

---

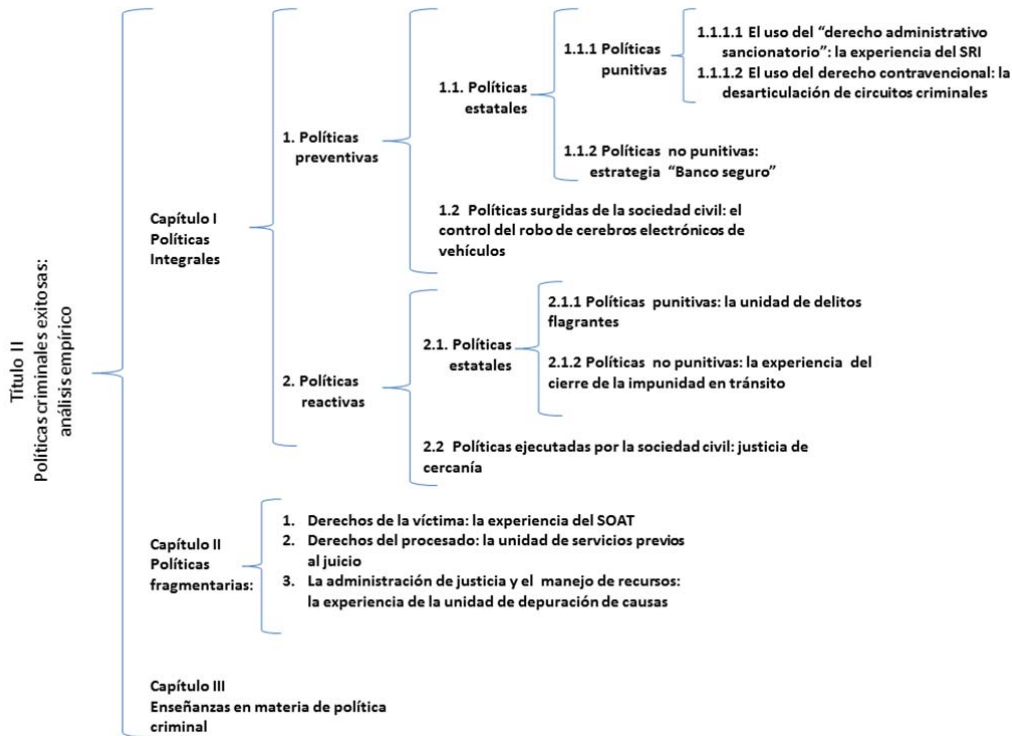
<sup>1288</sup> El término “sociales” hace referencia al origen de estas políticas criminales, no a la naturaleza de políticas sociales tales como programas de educación.

<sup>1289</sup> Mireille Delmas-Marty, *Modelos actuales de Política criminal*, p. 19-21.

<sup>1290</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 28-29



**Esquema 6**  
**Título: Estructura del Título II del tercer Libro**  
**Fuente: Elaboración propia**



## Capítulo I

### Políticas integrales

Este tipo de políticas implican intervenciones que se ocupan del fenómeno criminal de manera integral, como se anotó pueden destinarse a evitar que el conflicto se presente o a resolverlo una vez que ha surgido.<sup>1291</sup> Por tratarse de una lógica bastante asentada no demanda mayores presiones; simplemente hacer notar que el atender de una manera global un conflicto, no es sinónimo con que esta estrategia sea aplicable a todo tipo de delito, es plenamente factible ocuparse de manera integral de solo un sector determinado de infracciones.

<sup>1291</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

## 1. Políticas preventivas

Este apartado se destina al sector de políticas criminales que en principio deberían ser las de mejor calidad. Porque al ser la criminalidad un fenómeno doloroso para la víctima y la sociedad, no existe un logro de mayor calidad que evitar ese sufrimiento, además del que acarrea la pena en el infractor.<sup>1292</sup>

Es cierto que autores como Dahrendorf han destacado que el conflicto es la fuerza creadora del universo, la rivalidad y la codicia individual por poseer prestigio, bienes y poder es un motor para el desarrollo personal y social.<sup>1293</sup> Sin embargo el propio autor afirma que esta constante “insociable sociabilidad” del hombre debe ser “domesticada”, no se puede cometer el error de creer que por haberse aceptado que tiene un efecto dinamizador, todo conflicto es de por sí positivo.<sup>1294</sup> Dado que el Derecho penal como regla general se ocupa de aquellas manifestaciones conflictivas inaceptables, la mejor política criminal es la que evita el delito.<sup>1295</sup>

Es importante tener en cuenta la lógica utilizada en el párrafo anterior, porque a menudo existe la tendencia a detectar una excepción y sobre esa base intentar negar la legitimidad de una política criminal.<sup>1296</sup> Una de las concepciones centrales en materia de políticas públicas es que se trabaja para la generalidad y no sobre la base de realidades atípicas.

Con el objeto de alcanzar una descripción ordenada de las líneas político criminales más importantes de intervención preventiva, se ha tomado en cuenta dos factores para su estructura, el origen de donde surge la propuesta y el tipo de respuesta

---

<sup>1292</sup> Irvin Waller, *Menos represión. Más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, p. 17-18.

<sup>1293</sup> Ralph Dahrendorf, *Ley y orden*, p. 86.

<sup>1294</sup> Ralph Dahrendorf, *Ley y orden*, p. 85-90.

<sup>1295</sup> Irvin Waller, *Menos represión. Más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, p. 17-21.

<sup>1296</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

que conlleva.<sup>1297</sup> El objetivo es destacar experiencias de distinta naturaleza que permitan observar las posibilidades y repercusiones prácticas que se puede alcanzar.<sup>1298</sup>

## 1.1 Políticas estatales

La primera subcategoría a analizarse son las estrategias diseñadas desde el Estado.<sup>1299</sup> Es cierto que la ampliación del objeto de estudio de la política criminal conlleva una corresponsabilidad de la sociedad en su conjunto,<sup>1300</sup> pero eso no quiere decir que el gobierno y cualquier ciudadano tengan las mismas obligaciones en esta materia. La razón principal para que el Estado ejerza autoridad sobre las personas y tenga el monopolio de la violencia, es precisamente su obligación de mantener la convivencia en sociedad, por tanto es el garante principal.<sup>1301</sup> Por este motivo, el conjunto de estrategias de origen estatal constituyen el eje central de la política criminal.

### 1.1.1 Políticas punitivas

Existe un conjunto de estrategias que si bien se implementan sobre la base de una herramienta sancionatoria, se las ha decidido estudiar dentro de las políticas preventivas, en razón de que, la imposición de la sanción es un componente dentro de una lógica compleja que en su integralidad se ocupa de alcanzar la prevención delictiva.<sup>1302</sup> Es cierto que esta diferenciación no es sencilla porque en teoría todo el régimen sancionatorio tiene un fin último de naturaleza preventiva; sin embargo, más allá de esta finalidad deseada es común que el efecto que consigue alcanzar suele ser mayoritariamente reactivo frente a violaciones concretas. En tanto que hay otros

---

<sup>1297</sup> Francisco Muñoz, *Derecho penal y control social*, p. 22-23.

<sup>1298</sup> Irvin Waller, *Menos represión. Más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, p. 155-167

<sup>1299</sup> Mireille Delmas-Marty, *Modelos actuales de Política criminal*, p. 42-45.

<sup>1300</sup> Mireille Delmas-Marty, *Modelos actuales de Política criminal*, p. 42-45.

<sup>1301</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>1302</sup> Francisco Muñoz, *Derecho penal y control social*, p. 22-23.

esquemas de control social que sin lugar a dudas generan efectos claramente preventivos,<sup>1303</sup> siendo estos los que van a ser objeto de estudio en este título.<sup>1304</sup>

En el momento en que se escogían las intervenciones de carácter punitivo más efectivas se encontró un resultado no esperado, los resultados más claros de eficacia no fueron en el marco del derecho penal tradicional y en ninguno de ellos la respuesta fue la cárcel. La primera intervención utiliza como herramienta legal una norma que formalmente se encuadra en el derecho administrativo sancionatorio, sin embargo su naturaleza es penal; en tanto que la segunda se basa en una atípica medida cautelar en materia de contravenciones.<sup>1305</sup>

Como se recordará la postura de este estudio frente al derecho contravencional y administrativo sancionatorio, consiste en que su naturaleza de normas penales, no es identificable por el cuerpo legal donde se las ha ubicado, demandan un análisis casuístico. Estas dos primeras experiencias revelarán de manera gráfica la postura adoptada desde el punto de vista teórico en el apartado de “La pena y la política criminal”. En razón de que la primera estrategia emplea una norma que si bien formalmente ha sido ubicada como parte del derecho administrativo, en esencia es penal; mientras que la segunda, utiliza un artículo que a pesar de ser dudosa su esencia se ha preferido tratarla como no penal. Sin embargo ambas son políticas criminales, porque no son más que esquemas paralelos de control social de un fenómeno que por estar tipificado tiene la naturaleza de “delictivo”.<sup>1306</sup>

El hecho de que se acepte que ciertas normas formalmente son “administrativas sancionatorias” y “contravencionales”, sin embargo en esencia son penales, no quiere decir que no se reconozca que como general presentan ciertas características que las

---

<sup>1303</sup> Roberto Bergalli, *¿De cuál control social se habla?*, p. 153-156.

<sup>1304</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 81-84.

<sup>1305</sup> Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, p. 209-210.

<sup>1306</sup> Francisco Muñoz, *Derecho penal. Parte general*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 76.

tienden a diferenciar de una norma penal estándar. Para efectos de este estudio interesa destacar tres (3) particularidades: las sanciones suelen ser más leves, se admite la posibilidad de tipificar actos aun anteriores a los que suele hacerlo el Derecho penal<sup>1307</sup> y existen mermas importantes en los blindajes de garantías procesales.<sup>1308</sup> Se destaca estas especificidades, porque van a tener un influjo importante para la efectividad de las estrategias que se analizan a continuación.<sup>1309</sup>

#### **1.1.1.1 El uso del “Derecho administrativo sancionatorio”: la experiencia del SRI**

Esta experiencia da cuenta de un esquema de control social complejo,<sup>1310</sup> conformado por varios engranajes y múltiples herramientas. El eslabón donde se va a centrar el análisis utiliza una norma que halla en una zona difusa entre el Derecho administrativo sancionatorio y la materia penal. Dado que la clausura por falta de facturación fue el ejemplo que se utilizó para describir la existencia de normas que a pesar de hallarse en un cuerpo legal su esencia les hace pertenecer a otra, no se requiere una justificación adicional para fundamentar el motivo por el que se considera a esta ley como penal.

##### **a) Descripción del problema**

Esta experiencia se remonta al año 1998, donde se modificó de manera radical toda la estructura administrativa y esquema funcional de recaudación tributaria en el país. El aspecto central que es de interés analizar, consiste en el modelo punitivo que instauró para efecto de evitar la evasión y defraudación tributaria.

La situación previa al nuevo esquema tributario, era de tal gravedad que la falta de cumplimiento de las obligaciones tributarias era la regla de comportamiento.<sup>1311</sup> Esta

---

<sup>1307</sup> Günter Jakobs, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 64.

<sup>1308</sup> Günter Jakobs, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, p. 63.

<sup>1309</sup> Manuel Cancio, *De nuevo ¿“Derecho penal” del enemigo?*, p. 112-115.

<sup>1310</sup> Roberto Bergalli, *¿De cuál control social se habla?*, p. 153-156.

<sup>1311</sup> Ralph Dahrendorf, *Ley y orden*, p. 46.

realidad no se debía a la falta de normas penales y administrativas destinadas a sancionar las diversas infracciones tributarias, sino con un modelo de persecución absolutamente ineficaz que había dejado casi en el desuso dichas leyes.<sup>1312</sup>

La situación de incumplimiento de las normas en esta materia, había llegado a ser tan extrema que es comparable con la descripción que Dahrendorf realiza de la situación vivida en Alemania en la década de los ochenta. Donde la falta de imposición de sanciones, terminó por erosionar de tal manera las normas que se llega a dudar de su vigencia.<sup>1313</sup> Como el autor señala el concepto mismo de “delincuente” perdió sentido,<sup>1314</sup> porque se vuelve dudoso que ese calificativo haya sido aplicable para quien contraviene una norma cuya eficacia tiende a ser nula.<sup>1315</sup>

Hay motivos para pensar incluso que el nivel de evasión en el Ecuador era aún peor. Por ejemplo, a pesar del mandato legal de facturar, ese instrumento era absolutamente inusual dentro del comercio, en la práctica las transacciones de bienes y servicios se realizaban sin el uso de esta herramienta. La relevancia de este dato radica en que este es el medio esencial que el Estado tiene para determinar el pago del impuesto al valor agregado (IVA) y el impuesto a la renta. Por tanto, *de facto* el Estado carecía de cualquier posibilidad de intentar un control real sobre las obligaciones tributarias de los contribuyentes.

#### **b) Descripción de la experiencia**

La estrategia diseñada consta de tres *eslabones* sucesivos: el primero, consistió en un sistema punitivo diseñado para arraigar el uso de facturar dentro de la cultura ciudadana. El segundo, sobre la base de la información producida mediante este instrumento, se estructuró una base de datos capaz de reflejar una cierta esfera del

---

<sup>1312</sup> Emile Durkheim, *Escritos selectos*, p. 171-172.

<sup>1313</sup> Ralph Dahrendorf, *Ley y orden*, p. 46.

<sup>1314</sup> Emile Durkheim, *Escritos selectos*, p. 171-172.

<sup>1315</sup> Ralph Dahrendorf, *Ley y orden*, p. 35-43.

intercambio de bienes y servicios, la misma que cruzada con otras fuentes de información como las declaraciones del impuesto a la renta, permitía generar un riesgo real de que las inconsistencias fuesen detectadas y sancionadas. La tercera, consistía en el uso de los instrumentos anotados para detectar y perseguir de manera efectiva los casos de evasión y fraude tributario que constituían delito.

La pieza central del modelo fue el estructurar una base de datos que diese cuenta al menos de manera parcial de las transacciones que se realizaban en el mercado, con el fin de realizar cruces y detectar inconsistencias en las declaraciones realizadas. Esta base de datos se alimentaba de las facturas que aportaban los contribuyentes. Por ejemplo el impuesto IVA, conlleva el pago de la diferencia entre el costo del bien o materia prima adquirida versus el precio en que se había vendido el producto final; por tanto, los propios contribuyentes se ven obligados a aportar esta información, para descargar el monto originario, caso contrario deben pagar sobre el costo total.<sup>1316</sup>

En la medida en que se tomó conciencia de la centralidad de esta herramienta, surgieron mecanismos específicamente destinados a fortalecer esta base de datos, para efectos de graficar esta tendencia a perfeccionar los instrumentos solo se mencionará dos intervenciones: La primera, de esencia muy simple, se limitó a captar facturas aportadas voluntariamente por los ciudadanos, mediante la creación de una lotería tributaria, sorteo en el que se participaban mediante el depósito de dichos comprobantes de pago. La segunda, de mayor complejidad y eficacia, consistió en un cambio de modelo tributario, donde se otorgó a las personas naturales la posibilidad de realizar deducciones al impuesto a la renta, por los gastos que realizan en los rubros de alimentación, vivienda, salud, educación y vestuario. Para acceder a este beneficio, en la actualidad los contribuyentes deben subir al sistema informático del Servicio de Rentas

---

<sup>1316</sup> Servicio de Rentas Internas, *Memoria institucional. Septiembre 1998 diciembre 2002 una respuesta a la sociedad*, "<http://www.sri.gob.ec/DocumentosAlfrescoPortlet/descargar/01366e78-b365-4a62-992d-db6169c93cf5/gen--016962.pdf>", (Consultado el 25 de febrero de 2013).

Internas (SRI) todas las facturas o comprobantes de venta que sustenten dicha deducción, información que ha aumentado la fortaleza de este instrumento de manera profunda, y con ella, la posibilidad de realizar un mayor número de constataciones de la fiabilidad de las declaraciones; en pocas palabras un control social más intenso.<sup>1317</sup>

De esta estrategia global, para este estudio es de interés centrar el análisis en el primer eslabón: *el control social estructurado sobre la base de sanciones administrativas destinadas a arraigar el uso de facturar*. Proceso que a la larga es la base de todo el modelo.

El esquema de control social se basa en un control social punitivo,<sup>1318</sup> diseñado para conseguir arraigar el hábito de facturar en la sociedad ecuatoriana tuvo un nivel de complejidad elevada. Se trata de un modelo de persecución criminal que, si bien desde el punto de vista legal, se basa en una norma penal introducida en el Derecho administrativo sancionatorio, presenta cuatro (4) particularidades dignas de ser mencionadas: (a) modalidad investigativa basada en agentes encubiertos, (b) proceso simplificado para la sanción, (c) tipificación de un mero acto preparatorio y una (d) sanción de baja intensidad.<sup>1319</sup>

**a) Modalidad investigativa basada en agentes encubiertos.-** Este modelo investigativo tiene por finalidad estructurar un control social lo suficientemente amplio como para vigilar el uso de facturas en la totalidad del mercado.<sup>1320</sup> Para enfrentar un objetivo tan exigente se optó por un esquema de agentes encubiertos, quienes mediante la simulación de compras constataban si el contribuyente cumplía o no con su obligación de facturar.<sup>1321</sup> Este mecanismo le permitía al Estado poder comprobar el

---

<sup>1317</sup> Roberto Bergalli, *¿De cuál control social se habla?*, p. 153-156.

<sup>1318</sup> Roberto Bergalli, *¿De cuál control social se habla?*, p. 153-156.

<sup>1319</sup> Manuel Cancio, *De nuevo ¿"Derecho penal" del enemigo?*, p. 112 115.

<sup>1320</sup> Roberto Bergalli, *¿De cuál control social se habla?*, p. 153-156.

<sup>1321</sup> Fermín Echarri, *Aspectos procesales de la delincuencia económica*, p. 70-75.



cumplimiento de la obligación por parte del sector de contribuyentes en el que decidiese enfocarse, opción compatible con el grado de supervisión demandado.

Este esquema funcional vino aparejado por una estructura administrativa compatible con el reto planteado. El SRI conformó un departamento nacional de fedatarios con la capacidad de montar una vigilancia eficiente y sostenible en el tiempo.<sup>1322</sup> La estrategia elegida conllevó problemas de legitimidad serios. Para su análisis se ha decidido realizar un estudio en dos niveles: (i) base legal y (ii) problemas de legitimidad de la figura de agente encubierto.

El primer nivel, se relaciona con la *(i) base legal* utilizada. La disposición que sirvió de base para la introducción de agentes encubiertos se ubica en la Ley para la reforma de las finanzas públicas:

SEPTIMA.- Para el fiel cumplimiento de las disposiciones de esta Ley, se establecen los siguientes instrumentos de carácter general para el efectivo control de los contribuyentes y las recaudaciones:

g) Funcionario Competente.- La demostración de los casos que fundamentan las infracciones referidas en los literales precedentes, se hará en forma objetiva por el funcionario nombrado para el efecto por el Servicio de Rentas Internas, quien levantará, bajo su responsabilidad, actas probatorias que darán fe pública de las infracciones detectadas;<sup>1323</sup>

Como se puede notar, es discutible que esta sola norma constituya una base legal suficiente para la introducción de agentes encubiertos, debido a que entre otras debilidades, por ejemplo, no existe mención alguna que permita pensar que un

---

<sup>1322</sup> Servicio de Rentas Internas, *Memoria institucional. Septiembre 1998 diciembre 2002 una respuesta a la sociedad.*

<sup>1323</sup> Ley para la reforma de las finanzas públicas, disposición general séptima.

funcionario público puede hacerse pasar por comprador, aspecto que dentro del área penal o incluso administrativa no puede ser considerado como secundario.<sup>1324</sup>

El segundo nivel se relaciona con los *(ii) problemas de legitimidad de la figura de agente en cubierto*, en este caso el problema central se ubica en la acción de engaño efectuada sobre el ciudadano. De por sí esta herramienta investigativa conlleva un nivel de renuncia a valores tales como la honradez y lealtad, opción que al ser adoptada por el Estado no deja de ser polémica.

La implementación de la figura de agentes encubiertos bajo la modalidad elegida, plantea particularidades a favor y en contra de su legitimidad. Entre las peculiaridades que le hacen menos problemática, se debe considerar que al no haber una penetración a una banda criminal, hay problemas que suelen ser propios de esta figura que no se presentan o al menos se matizan. Como por ejemplo el tener que dejar un cierto número de delitos en la impunidad, el permitir que funcionarios públicos cometan delitos para que puedan infiltrarse en la banda delictiva, el riesgo para la integridad del funcionario que asume este papel e incluso los problemas de simulación son bastante menos intensos pues no se prolongan en el tiempo y no implican ser parte en actuaciones delictivas.<sup>1325</sup> Sin embargo, no deja de ser cuestionable que el Estado simule una venta con el fin de que si en ella se produce una infracción administrativa, proceder de inmediato a una sanción.

De igual manera hay un elemento que erosiona su legitimidad. Cuando se fundamenta la introducción de esta figura, el principal argumento que se suele usar es el principio de proporcionalidad, debido a que si bien se reconoce que tiene costos en materia de legitimidad, se sostiene que esta medida se justifica dada la gravedad del delito y el nivel de victimización que conllevan estas organizaciones criminales.

---

<sup>1324</sup> Servicio de Rentas Internas, *Memoria institucional. Septiembre 1998 diciembre 2002 una respuesta a la sociedad*.

<sup>1325</sup> Fermín Echarri, *Aspectos procesales de la delincuencia económica*, p. 73-74.

En este caso, se vuelve bastante complejo sostener estos argumentos, porque normalmente las personas que omiten su obligación de facturar no son parte de organizaciones delictivas.

De igual forma el incumplir este mandato administrativo no constituye un hecho especialmente grave como para justificar una herramienta de excepción como los agentes encubiertos.<sup>1326</sup> A no ser que se reconozca que en el fondo esta no es una norma administrativa autónoma, sino parte integrante de un esquema de control social penal,<sup>1327</sup> en cuyo caso el prevenir un problema serio como los fraudes tributarios, genera el balance necesario para sostener su equidad.<sup>1328</sup> Es por ello que el trato más adecuado para esta norma, es considerarla parte un esquema de control social que se ocupa de un problema delictivo, esto es: una política criminal.<sup>1329</sup>

No se profundiza sobre este tema por razones de espacio. A manera de corolario, es justo considerar que modalidad de agentes encubiertos introducida en esta estrategia, presenta como saldo menos problemas de legitimidad que el uso tradicional donde existe un infiltrado en una organización criminal, en razón de que los costos más elevados en materia de legitimidad no se presentan.

**b) Proceso simplificado para la sanción.-** El segundo pilar a destacarse, se relaciona con el procedimiento elegido para la imposición de la clausura. Se trata de un trámite en extremo sencillo, una vez que se ha omitido entregar la factura correspondiente, el fedatario se presenta como tal, con el apoyo de la fuerza pública procede de inmediato a cerrar el local y poner los correspondientes sellos de clausura.<sup>1330</sup> Es interesante notar que para el caso específico de la no entrega de comprobantes descubierta en flagrancia la ley prevé una excepción en el trámite: “En el

---

<sup>1326</sup> Jesús Trillo, *Delitos económicos. La respuesta penal a los rendimientos de la delincuencia económica*, p. 29-32.

<sup>1327</sup> Roberto Bergalli, *¿De cuál control social se habla?*, p. 153-156.

<sup>1328</sup> Winfried Hassemer, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, p. 22.

<sup>1329</sup> Mireille Delmas-Marty, *Modelos actuales de Política criminal*, p. 19.

<sup>1330</sup> José Díez, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, p. 560-561.

caso contemplado en el número iii) del literal a) de esta disposición, no será necesaria la notificación si se comprueba de manera flagrante la no entrega de los comprobantes de venta o la entrega de los mismos sin que cumplan los requisitos legales o reglamentarios. En este caso la clausura será automática”.<sup>1331</sup>

Si se analiza el procedimiento empleado, también resulta problemático, porque la sanción se impone sin un trámite de juzgamiento previo, derecho a la defensa, contradicción, en fin al margen del debido proceso que según la actual constitución es mandatorio para la imposición de cualquier tipo de sanción incluso administrativa.<sup>1332</sup> Además que el mismo funcionario que constata la infracción, impone la sanción.

**c) Tipificación de un mero acto preparatorio.-** La conducta punible en este caso es la no entrega de factura. Este componente también presenta problemas de legitimidad, porque la conducta punible de por sí no vulnera o pone en peligro ningún bien jurídico protegido.<sup>1333</sup> El daño a la hacienda pública se halla tan distante de la no entrega del comprobante de venta que dentro incluso del derecho penal de excepción resultaría complejo justificarla, porque caben muchos supuestos en que nunca llegarían a causar ningún daño al valor que se protege.<sup>1334</sup> De hecho, existe la obligación de facturar transacciones de productos que no están gravados con el IVA.<sup>1335</sup> Esta es una de las razones básicas por las que el legislador prefirió introducir una norma penal como administrativa sancionatoria, eso sí con una sanción proporcionada.<sup>1336</sup>

**d) Sanción de baja intensidad.-** La pena en este caso en el aspecto cualitativo se trata de una sanción no privativa de libertad que causa una afectación laboral y

---

<sup>1331</sup> Ley para la reforma de las finanzas públicas, disposición general séptima, literal “b”.

<sup>1332</sup> Constitución de la república del Ecuador, artículo 76.

<sup>1333</sup> Claus Roxin, *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, p. 90-91.

<sup>1334</sup> Claus Roxin, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, p. 90-91.

<sup>1335</sup> Claus Roxin, “El injusto penal en el campo de tensión entre protección de bienes jurídicos y libertad individual”, en *Derecho penal y modernidad*, Lima, Ara, 2010, p. 123-125.

<sup>1336</sup> Jesús Silva, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 124-127.

patrimonial; con respecto a la esfera cuantitativa el plazo establecido se fijó en siete (7) días y en caso de reincidencia por diez (10) días. La conjugación de estos dos elementos configura una sanción de intensidad suficiente como para ser penal, pero dentro de ella en una categoría leve.<sup>1337</sup> Este elemento es central para la estrategia, en razón de que como se analizará más adelante, una sanción administrativa de baja intensidad es una pieza clave para que sea admisible el trato de excepción el detectado.<sup>1338</sup>

En el año 1999 comienza el *proceso de implementación*. Una agresiva campaña de clausuras, con el apoyo de un adecuado manejo comunicacional, consigue forjar la convicción social de que el Estado tiene la capacidad de controlar la obligación de facturar. Gracias a una política sostenida de control, los efectos se visualizan de manera clara en la recaudación del año siguiente cuando los usuarios tienen que hacer sus respectivas declaraciones. A partir de ese momento se marca un antes y un después en la historia tributaria de nuestro país, de manera progresiva la sociedad ecuatoriana comienza a formalizar sus transacciones comerciales y se arraiga el uso de tributar. Las cifras demuestran un cambio de comportamiento inimaginable de ser alcanzado por otros medios.<sup>1339</sup>

---

<sup>1337</sup> Jesús Silva, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 124-127.

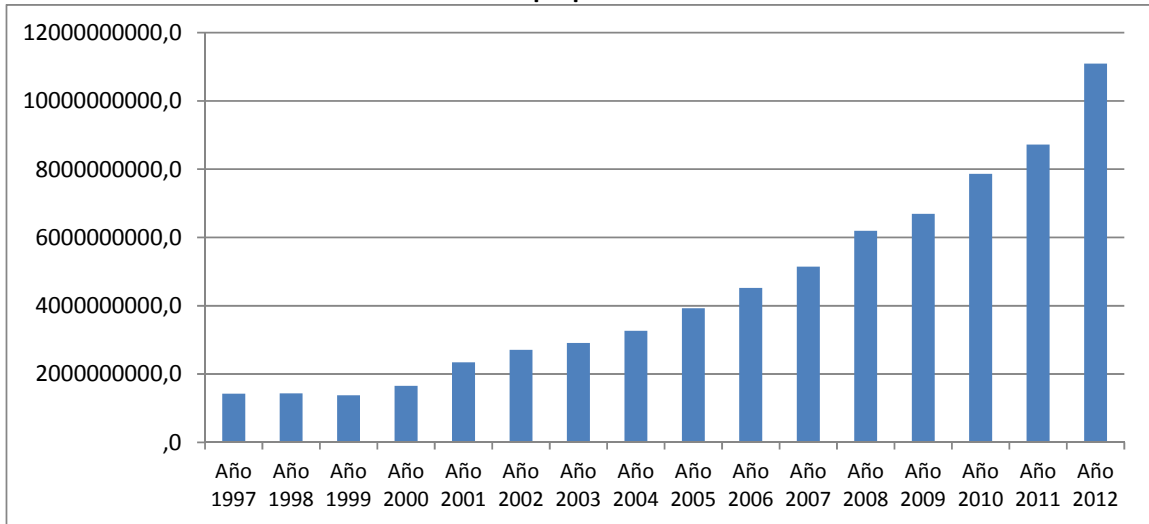
<sup>1338</sup> Por ejemplo si la norma que introduce los agentes encubiertos se hubiese puesto en el código de procedimiento penal habría generado una reacción mucho más profunda de hecho en el año 2000 hubo intentos de introducirla para delitos más graves y fue tan fuertemente criticada que no pasó.

<sup>1339</sup> SRI, *Estadísticas generales de recaudación*, "<http://www.sri.gob.ec/web/guest/249>", (Consultado el 5 de mayo 2013).

Gráfico 13

Título: Tendencia de la recaudación tributaria por año.

Fuente: Elaboración propia. Datos SRI.<sup>1340</sup>



Los resultados obtenidos dan cuenta de un quiebre en la cultura tradicional. Es interesante notar que existe una relación directa entre la recaudación tributaria y los operativos de control. El nexos es tan profundo que esta institución puso en marcha un modelo de monitoreo del crecimiento de los ingresos tributarios; cuando se notaba un proceso de desaceleración, se intensificaban los controles y de inmediato se verificaba la reacción de la sociedad.<sup>1341</sup>

Esta experiencia muestra la razón que le asiste a la postura adoptada por este estudio, el sistema punitivo no puede ser visto únicamente como un mal. En este caso concreto no es exagerado sostener que esta experiencia ha marcado un rumbo totalmente distinto para el futuro de la sociedad ecuatoriana. Porque a pesar de tratarse de un país petrolero, sin lugar a dudas en este momento no sería viable, al menos bajo las condiciones de vida actuales, sin el aporte del sistema tributario. De manera adicional, debe considerarse la contribución realizada en materia de redistribución de la

<sup>1340</sup> SRI, *Estadísticas generales de recaudación*, “<http://www.sri.gob.ec/web/guest/249>”, (Consultado el 5 de mayo 2013).

<sup>1341</sup> Servicio de Rentas Internas, *Memoria institucional. Septiembre 1998 diciembre 2002 una respuesta a la sociedad*.

riqueza, aspecto que no puede ser considerado como menor, en un país donde la falta de equidad es uno de los problemas que más ha erosionado la legitimidad estatal.<sup>1342</sup>

Como se pudo notar, en su momento se puso énfasis en los problemas de legitimidad de cada uno de los componentes de la estrategia, debido a que un análisis serio de sus implicaciones, demanda ocuparse de esta esfera. A pesar de la relevancia de las críticas que se pueden practicar al modelo de persecución estratégica diseñada por el SRI,<sup>1343</sup> es importante notar que no ha existido en el Ecuador una política criminal que haya alcanzado tanta legitimidad social.<sup>1344</sup> Desde que la sociedad ecuatoriana palpó la seriedad con que se implantó este modelo de control social y los cambios que conllevó para la economía nacional, la aceptación ciudadana a su labor ha marcado una brecha con las restantes instituciones del sector público.<sup>1345</sup>

¿Cómo es que una política criminal cuyos componentes tienen problemas serios de legitimidad alcanza un nivel de aceptación elevado? En opinión de quien escribe, esta realidad se debe al principio de proporcionalidad, en este caso se evidencia de manera palpable la fortaleza que genera el uso de una sanción equilibrada.<sup>1346</sup> Si se hace el ejercicio mental de sustituir la pena de clausura temporal por la de prisión, se podrá notar que en este caso un control social amplio como el implementado,<sup>1347</sup> combinado con una pena cualitativamente severa, hubiese conllevado un costo humano que no necesariamente la sociedad ecuatoriana hubiese estado dispuesta a pagar, factor que a la postre hubiese incidido en su sostenibilidad.<sup>1348</sup>

Desde luego, el principio de proporcionalidad por sí solo no es suficiente para legitimar todo este trato de excepción, también debe vincularse con el principio de necesidad y aplicarlo

---

<sup>1342</sup> Samuel Huntington, *El orden político en las sociedades en cambio*, p. 47-53.

<sup>1343</sup> Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, p. 206.

<sup>1344</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>1345</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 42-43.

<sup>1346</sup> José Díez, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, p. 560-561.

<sup>1347</sup> Roberto Bergalli, *¿De cuál control social se habla?*, p. 153-156.

<sup>1348</sup> Alberto Binder, *Justicia penal y sociedad democrática*, p. 94-98.

de manera más detallada a cada componente. Dentro de esta estrategia compleja hay elementos que quedan justificados bajo ambos tamicos, por ejemplo el haber tipificado un acto preparatorio, como es el no facturar; el uso de agentes encubiertos, bajo una modalidad menos problemática por no tener los costos de infiltrar en una organización delictiva, y el otorgar un trámite de excepción, especialmente referida a la imposición de una sanción inmediata, para quien escribe son elementos necesarios para el funcionamiento del control social y proporcionales, por ello es que no encuentra un daño serio a los valores democráticos.

No así el introducir agentes encubiertos sin un marco legal adecuado, es un exceso que no tiene ninguna necesidad; debido a que una figura de excepción como esta, por evitar un debate público, no puede ser introducida sin una base legal, aquí si hay una renuncia del Estado al principio de legalidad en materia procesal y eso es inaceptable.

Es interesante notar que problemas tan diversos como la tipificación de una conducta distante al bien jurídico protegido,<sup>1349</sup> la introducción de agentes encubiertos<sup>1350</sup> y deficiencias en el debido proceso, adquieren otra dimensión cuando se los ubica en un escenario donde existe una pena baja y proporcionada al problema que se enfrenta. De ahí la importancia de que cada política penal sea objeto de una reflexión muy acotada, con datos precisos, y una postura lo suficientemente abierta como para comprender que toda política criminal debe ser contextualizada con los intereses personales y sociales en juego.<sup>1351</sup> Esta es la causa por la que principios como el de proporcionalidad y necesidad adquieren un papel preponderante en la propuesta a construirse; más adelante se vuelve sobre este tema.<sup>1352</sup>

De manera adicional, queda en evidencia que en materia de política criminal es bastante complejo tratar de otorgar el carácter absoluto a cualquier valor o derecho.

---

<sup>1349</sup> Claus Roxin, *El injusto penal en el campo de tensión entre protección de bienes jurídicos y libertad individual*, p. 139.

<sup>1350</sup> Entendida como figura, no mediante la violación del principio de legalidad en materia procesal.

<sup>1351</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>1352</sup> Luís Prieto, "El juicio de ponderación constitucional", en Miguel Carbonell editor, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y derecho humanos, 2008, p. 90-91.



Salvo un sector nuclear muy reducido, que en términos generales tiende a coincidir con aquellos reconocidos por el “ius cogens”, resulta artificial pensar que en una materia tan compleja y con valores tan altos en juego, se pueda a priori hacer primar a uno de ellos sobre los restantes.<sup>1353</sup>

En este punto es interesante retomar el tercer eslabón de la estrategia global. De toda la estrategia este es el componente que nunca se llegó a implementar. La idea era que con instrumentos tan precisos como las declaraciones, auditorias y la base de datos existente, el Estado tenía las herramientas necesarias para potenciar la persecución penal en infracciones serias como la defraudación tributaria. En este caso, al haber ya una afectación al bien jurídico protegido se pretendía hacer uso del derecho penal tradicional y la sanción de cárcel.<sup>1354</sup> Sin embargo, en la realidad la persecución de estas infracciones no sufrió cambios relevantes, de hecho en este ámbito sancionatorio la materia tributaria sigue siendo sinónimo de impunidad.<sup>1355</sup>

¿Por qué los mismos gobiernos que han sido implacables para mantener y mejorar la política criminal basada en clausuras cambian de posición de manera radical cuando se trata de sanciones privativas de libertad?<sup>1356</sup> Desde la perspectiva de este análisis la razón reside en que la sociedad ecuatoriana o al menos los mandatarios de las más distintas tendencias políticas que han gobernado desde la creación del SRI, no han estado dispuestos a estructurar una política criminal efectiva para encarcelar a los responsables de delitos tributarios.<sup>1357</sup>

Es cierto que desde el punto de vista teórico, existen argumentos para justificar que estas conductas deberían ser reprimidas con mayor dureza que muchas otras para las que hoy se prevé la prisión. Como por ejemplo el tratarse de delitos cometidos por

---

<sup>1353</sup> Miguel Carbonell, *Introducción*, p. 10-11.

<sup>1354</sup> Fermín Echarri, *Aspectos procesales de la delincuencia económica*, p. 196-197.

<sup>1355</sup> Ralph Dahrendorf, *Ley y orden*, p. 46.

<sup>1356</sup> Emile Durkheim, *Escritos selectos*, p. 171-172.

<sup>1357</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

personas pudientes, mediante métodos en ocasiones sofisticados y que tienden a generar costos enormes especialmente para los más débiles.<sup>1358</sup> Sin embargo no se debe olvidar que hasta antes de 1998, en Ecuador el evadir impuestos no era considerado siquiera inmoral, tanto es así que era el uso imperante en la sociedad. No es raro que más allá del nivel discursivo, cueste montar una política criminal como la planteada.<sup>1359</sup>

El análisis no puede estar completo, si no se toma en cuenta el peso que adquiere los resultados conseguidos. En este caso concreto, ¿será posible realizar un examen adecuado de la legitimidad de esta estrategia sin considerar el aporte que significa para la calidad de vida de todos los habitantes del Ecuador? Así como no es legítimo justificar cualquier medio para la consecución de un fin, tampoco es justo prescindir del impacto que una herramienta de política criminal tiene en la vida diaria.<sup>1360</sup> De hecho, no debe olvidarse que la razón de ser del Derecho penal es la necesidad de garantizar la convivencia y el desarrollo de las personas, por tanto el no sopesar su impacto equivaldría a vaciar su análisis de todo contenido material.<sup>1361</sup>

La real afectación a un ciudadano por una clausura inmediata cuando un fedatario ha constatado la no entrega de factura, la limitación a su derecho a la defensa y el riesgo que le genera una tipificación distante del bien jurídico protegido, puesto en perspectiva frente al desarrollo de la sociedad en su conjunto y en especial de las personas que menos tienen, explica porque la sociedad ecuatoriana ha otorgado un respaldo casi unánime a esta estrategia.<sup>1362</sup> Este es el motivo por el que no ha existido sector alguno que, a pesar de existir fundamento jurídico, haya intentado cuestionar de manera seria esta política pública.

---

<sup>1358</sup> Jesús Trillo, *Delitos económicos. La respuesta penal a los rendimientos de la delincuencia económica*, p. 29-32.

<sup>1359</sup> Ralph Dahrendorf, *Ley y orden*, p. 46.

<sup>1360</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>1361</sup> Claus Roxin, *Contestación*, p. 37-38.

<sup>1362</sup> Francisco Muñoz, *Derecho penal. Parte general*, p. 383-384.

### c) Repercusiones de la experiencia

(i) **Naturaleza preventiva del derecho penal.**- Esta experiencia pone en evidencia la efectividad de la herramienta penal para efectos de incidir en la cultura de la sociedad.<sup>1363</sup> Un modelo de persecución efectivo, en pocos años es capaz de forjar una cultura tributaria que por otros medios resultaría simplemente inimaginable.<sup>1364</sup> Hoy nadie discutiría que este modelo punitivo ha disminuido de manera exponencial el cometimiento de infracciones administrativas y delitos penales en materia tributaria.<sup>1365</sup>

(ii) **División entre políticas criminales disuasivas y preventivas.**- Esta experiencia deja sin piso la división entre políticas disuasivas y preventivas. La primera etiqueta se ha utilizado para aquellas políticas que consiguen bajar la incidencia delictiva mediante la intensificación del control social,<sup>1366</sup> se consideraba de manera regular su impacto, se mantenía mientras el control social estaba vigente; en cambio que la segunda, se ha empleado para aquellas estrategias que se decía incidían sobre las causas profundas del delito, por ejemplo la calidad de vida, educación, etc.<sup>1367</sup>

Se considera artificial esta división porque como se había anotado, una de las causas profundas de la criminalidad, es la falta de control social y la tendencia de la sociedad a la anomia.<sup>1368</sup> En tal virtud, un sistema de vigilancia y punición bien implementado, con cierta permanencia en el tiempo, tiende a cambiar de manera permanente la cultura ciudadana, por tanto no es tan cierto que su impacto sea solo temporal. De hecho, tiende a ser artificioso separar estas esferas, por ejemplo si se toma como referente la formación, es difícil pensar en un proceso educativo hubiese

---

<sup>1363</sup> Carlos Nino, *Los escritos de Carlos Nino*, p. 140-141.

<sup>1364</sup> Manuel Cancio, *De nuevo ¿"Derecho penal" del enemigo?*, p. 112-115.

<sup>1365</sup> Francisco Muñoz, *Derecho penal y control social*, p. 22-23.

<sup>1366</sup> Roberto Bergalli, *¿De cuál control social se habla?*, p. 153-156.

<sup>1367</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 34-35.

<sup>1368</sup> Robert Merton, *Teoría y estructura sociales*, p. 236-237.

conseguido logros tan significativos en materia de generar conciencia de la relevancia que tiene el tributar, como los conseguidos por este modelo de control social.<sup>1369</sup>

**(iii) El sistema penal y la labor educativa.-** ¿El derecho penal tiene una finalidad educativa? Se tiene conciencia de que es un tema controvertido. Para quien escribe, se trata de un “objetivo fin”. Por ejemplo, no parece viable sostener que es un requisito para la aplicación de la sanción, el constatar que efectivamente en el caso concreto la aplicación ha tenido un efecto pedagógico. Pero también resultaría artificial divorciar la sanción del arraigo de los valores que la norma protege. No es justo aceptar que el fin de la prevención de la pena, sea esta en su versión positiva o negativa, se consiga por una mera intimidación; sin que se acepte los valores que están detrás de la norma o el reforzamiento del cumplimiento del mandato legal, sobre la base de una conducta simplemente ritualista. El partir de que la aplicación de la sanción es un hecho divorciado del proceso de penetración de la ley en la conciencia de la sociedad, conlleva vaciar de contenido la imposición de la norma.<sup>1370</sup>

Lo interesante de esta experiencia es que consigue asentar este debate en la realidad. Deja pocas dudas del potencial que un buen esquema de control social tiene para generar un nivel de conciencia social sobre temas trascendentes.<sup>1371</sup> En una materia como la tributaria, donde la necesidad de proteger la hacienda pública al menos en el Ecuador no gozaba de un reconocimiento social importante, ha quedado en evidencia la capacidad de una herramienta punitiva para variar la cultura. Desde luego, que no se usó como un instrumento exclusivo, una vez que esta estrategia abrió el camino, el SRI comenzó una campaña de difusión de los valores tributarios, el terreno ganado por el control social efectivo permitió que la campaña de sensibilización tuviese éxito.<sup>1372</sup>

---

<sup>1369</sup> Emile Durkheim, *Escritos selectos*, p. 171-172.

<sup>1370</sup> Manuel Cobo, *Derecho penal. Parte general*, p. 802.

<sup>1371</sup> Roberto Bergalli, *¿De cuál control social se habla?*, p. 153-156.

<sup>1372</sup> Roberto Bergalli, *¿De cuál control social se habla?*, p. 153-156.

(iii) **Complejidad de las políticas criminales.**- Deja en evidencia que no es raro que para alcanzar efectividad en materia de política criminal, la sola expedición de una ley es insuficiente para alcanzar efectividad en materia de control social.<sup>1373</sup> En este caso, es interesante notar que el diseño de la política criminal hace uso estratégico de herramientas tan dispares como: crear una estructura administrativa sólida como para generar el control social deseado, ocuparse de instaurar esquemas funcionales en la institucionalidad del control tributario,<sup>1374</sup> expedir normas administrativo sancionatorias desde el punto de vista formal pero en esencia penales de bajo impacto, en materia procesal generar una esfera de excepción incluso con el uso de agentes encubiertos, diseñar un sistema tributario que fomente la facturación, uso de la tecnología para generar una base de datos y ejercer un control social efectivo en materia de inconsistencias en las declaraciones e incluso se pensó en potenciar el sistema penal tradicional objetivo que nunca se realizó.<sup>1375</sup>

El empleo de herramientas no punitivas interactuando con instrumentos penales, da lugar a un control social totalmente nuevo, con una potencialidad simplemente inimaginable para los métodos ortodoxos.<sup>1376</sup> Es tal el cambio de potencialidad en materia de gestión de la criminalidad y el impacto en la calidad de vida de las personas de esta experiencia y otras con la misma lógica que serán descritas más adelante, que llevaron a que en este estudio se considere que el diseño de métodos complejos de control social con uso de herramientas no convencionales, son la mayor oportunidad para que la política criminal responda a las necesidades de las sociedades contemporáneas. Además la sola comparación entre lo que es diseñar una estrategia concreta para un tipo determinado de delito y ocuparse de cada uno de sus

---

<sup>1373</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>1374</sup> Mariano Ciafardini, *Política criminal y prevención general del delito*, p. 259-260.

<sup>1375</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 75-77.

<sup>1376</sup> Roberto Bergalli, *¿De cuál control social se habla?*, p. 153-156.

componentes, frente a simplemente publicar una ley, refleja el cambio que se puede tener con esta nueva filosofía.

Esta primera experiencia da cuenta ya del *modelo de control social que conlleva el Derecho penal estratégico*, un primer nivel, conformado por *el sistema penal tradicional*, cuyo fin es servir como cierre del sistema cuando los otros instrumentos de política criminal han fallado. Nótese que es absurdo pensar que esta instancia puede desaparecer, no sería presentable sostener que como ya hay un control preventivo efectivo, si se encuentra a una persona que ha cometido una defraudación tributaria no debería ser penada.

Un segundo nivel basado en una *pena de baja intensidad*, donde mediante un control social efectivo de un acto anterior,<sup>1377</sup> se consigue variar el funcionamiento económico de la sociedad, para generar un escenario donde las prácticas delictivas, afrontan riesgos ciertos para mantenerse. Esquema que pasa de un peligro un tanto lejano de ser sancionado con una pena grave, a un esquema de riesgo alto de una sanción baja e inmediata, con resultados diversos en materia de prevención.<sup>1378</sup>

**(iv) Inmediatez de la pena y prevención.-** La descripción realizada tiende a confirmar la tesis planteada por Beccaria en el sentido que la efectividad de la norma penal no viene dada por la drasticidad de la sanción, sino de la efectividad de su imposición e inmediatez.<sup>1379</sup> Una sanción baja, pero percibida como probable, consigue un efecto preventivo impensable con la simple amenaza de una pena elevada.<sup>1380</sup>

**(v) Proporcionalidad de la pena.-** El establecer una pena proporcionada, no solo que es un requisito básico para la legitimidad del control social, además incide en su

---

<sup>1377</sup> Roberto Bergalli, *¿De cuál control social se habla?*, p. 153-156.

<sup>1378</sup> Daniel de la Colina, *La prevención del delito y la policía comunitaria, desde la perspectiva del paradigma etiológico integrativo y globalizador*, p. 68-72.

<sup>1379</sup> Beccaria, *Tratado de los delitos y las penas*, p. 72-74.

<sup>1380</sup> Alberto Binder, *Justicia penal y sociedad democrática*, p. 86.

efectividad y sostenibilidad.<sup>1381</sup> La sociedad no está dispuesta en todos los delitos a montar sistemas efectivos de persecución que impliquen el castigo a un gran número de infractores, en especial cuando la pena es alta.<sup>1382</sup>

El sólo imaginar que en vez de clausurar el local comercial, se hubiese optado por encarcelar a una persona por un tiempo relativamente baja como el de un mes, cambia de manera radical el panorama. Tarde o temprano, por mecanismos legales, acciones constitucionales, o ilegítimos, tráfico de influencias, el esquema de control social se hubiese visto sometido a una gran tensión;<sup>1383</sup> sin que sea raro que, ante la poca fortaleza tradicional de la institucionalidad ecuatoriana, se hubiese caído todo el esquema tributario.

Esta realidad refleja que la efectividad del sistema pone en orden el problema de la desproporción en las sanciones, el establecimiento de penas exageradas es solo compatible con sistemas ineficaces de control.<sup>1384</sup> Por tanto, la efectividad del sistema penal y la existencia de sanciones proporcionadas, si bien no pueden considerarse requisitos necesarios ni suficientes el uno respecto al otro, sí son factores que se retroalimentan y contribuyen a su viabilidad mutua.<sup>1385</sup>

**(vi) Valoración de intereses en el conflicto criminal.-** El ensayo estudiado revela que el análisis de legitimidad de una política criminal es complejo, salvo temas centrales que afectan al núcleo duro de los derechos del ser humano, los restantes valores dada la intensidad y relevancia de los intereses en juego en la materia penal, deben ser sopesados en el escenario social específico.<sup>1386</sup> De ahí que principios como el de

---

<sup>1381</sup> César Beccaria, *Tratado de los delitos y las penas*, p. 19-21.

<sup>1382</sup> Alberto Binder, *Justicia penal y sociedad democrática*, p. 86.

<sup>1383</sup> Roberto Bergalli, *¿De cuál control social se habla?*, p. 153-156.

<sup>1384</sup> Winfried Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación penal*, p. 148-151.

<sup>1385</sup> César Beccaria, *Tratado de los delitos y las penas*, p. 19-21.

<sup>1386</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 81-84.

proporcionalidad y necesidad se vuelven una guía básica para una política criminal de un estado democrático.<sup>1387</sup>

**(vii) Relación entre sanciones y vigencia de la norma.-** Esta experiencia tiende a confirmar la tesis de que la vigencia de toda norma está ligada a la imposición de la sanción.<sup>1388</sup> Incluso, sugiere una realidad más profunda, al parecer falta un eslabón para cerrar el círculo entre la legitimidad de la norma, imposición de sanciones y su vigencia. No solo que la punición y vigencia de una norma dependen de su legitimidad, sino que son variables que se retroalimentan, en la legitimidad de la norma también influye la vigencia de las sanciones, desde luego sin una dependencia directa y con variaciones profundas en relación a los valores que protege.<sup>1389</sup>

La evasión y el fraude tributario hasta antes de la existencia del SRI constituían conductas toleradas por la sociedad en su conjunto,<sup>1390</sup> no solo que su violación no conllevaba una consecuencia jurídica, sino que además era impune desde la perspectiva de la moral pública.<sup>1391</sup> A raíz de la imposición efectiva de sanciones, en el Ecuador se abrió el debate sobre la ilegitimidad de estas conductas y a la larga fue la causa que generó un consenso sobre la inmoralidad de las infracciones tributarias.<sup>1392</sup>

**(viii) Confrontación de intereses del estado y la persona.-** La experiencia revela que la confrontación planteada por Zaffaroni entre intereses del estado y ciudadano común, en la práctica resulta parcial. El ciudadano muestra enorme lealtad con un control social efectivo, porque tiene un legítimo interés en vivir en una sociedad que le

---

<sup>1387</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>1388</sup> Ralf Dahrendorf, *Ley y orden*, p. 40.

<sup>1389</sup> Gustav Radbruch, *Leyes que no son derecho*, p. 3-9.

<sup>1390</sup> Emile Durkheim, *Escritos selectos*, p. 171-172.

<sup>1391</sup> Servicio de Rentas Internas, *Memoria institucional. Septiembre 1998 diciembre 2002 una respuesta a la sociedad*.

<sup>1392</sup> Claus Roxin, "Debate: ¿Existe o no la posibilidad de vincular ontologismo y normativismo como bases de la política criminal y la dogmática criminal?", en Moises Moreno coordinador, *Problemas capitales del moderno derecho penal a principios del siglo XXI*, México D. F., Ius Poenale, 2003, p. 279.



garantice su desarrollo personal.<sup>1393</sup> Incluso en este caso los beneficios van más allá, revela como la política criminal se convierte en el pilar central para que la persona pueda gozar de manera efectiva de sus derechos sociales; en razón de que resulta iluso pensar que el Estado puede cumplir con esta obligación si no consigue efectividad para gestionar la evasión tributaria.<sup>1394</sup>

**(ix) Impacto sobre la minimalismo y marxismo.-** Confirma en la práctica la crítica realizada en el primer capítulo al minimalismo de Zaffaroni por su adscripción marxista. Como se recordará se aceptó que la aplicación en este momento del sistema penal era poco equitativa con las clases más débiles,<sup>1395</sup> sin embargo se sostuvo que de este solo hecho no era posible concluir la ilegitimidad del derecho penal, debido a que constituye una falacia el deslegitimar una institución del “deber ser” por la forma cómo ha funcionado en el “ser”.

Esta experiencia demuestra la realidad de la crítica, saca a relucir que no se trata de un problema propio del derecho penal, sino una debilidad de su implementación. De hecho, es interesante notar que el método más efectivo de persecución penal que ha forjado el Ecuador, se monta para enfrentar una modalidad de criminalidad económica.<sup>1396</sup>

Incluso es justo reconocer que no se trata de un hecho aislado es una tendencia nada despreciable el atacar con fuerza este tipo de delincuencia, no olvidemos que en los últimos años se han instaurado medidas tan fuertes contra este tipo de delincuencia como obligar a declarar a quienes tienen activos superiores a doscientos mil (200.000)

---

<sup>1393</sup> Winfried Hassemer, *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*, p. 15-16.

<sup>1394</sup> Stephen Holmes, Cass Susstein, *El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, siglo veintiuno, 2011, p. 36-38.

<sup>1395</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, p. 458-459.

<sup>1396</sup> Alberto Binder, *Justicia penal y sociedad democrática*, p. 86.

dólares; el prohibir la existencia de casinos para controlar el lavado de activos y en general una legislación de excepción en búsqueda de efectividad.<sup>1397</sup>

Lo anotado no significa que se sostenga que en el Ecuador el sistema penal sea equitativo, lo único que se defiende es que es posible revertir esta tendencia. Así como no se puede negar que se trate de una herramienta que hoy es inequitativa; tampoco es justo negar la existencia de avances importantes en las dos últimas décadas.

**(x) Enfoque por fenómenos criminales.-** Uno de los cambios más trascendentes que revela esta experiencia, consiste en que permite verificar un cambio de lógica. Se pasa de una visión centrada en el trámite y sanción de casos, a un análisis de un fenómeno criminal, la comprensión de la integralidad de la modalidad delictiva, permite establecer una estrategia que responde a su naturaleza.<sup>1398</sup> Solo sobre la base de la comprensión del papel trascendente que tiene el no facturar para conseguir defraudar a la administración tributaria, se puede armar un esquema de control social como el que fue descrito.

### Otras experiencias

Este apartado se ha estructurado en base a dos (2) componentes: el primero (i) experiencias con efecto preventivo en general, y la segunda, de manera específica al (ii) efecto preventivo en casos de grandes defraudaciones tributarias.<sup>1399</sup> Esta diferenciación se debe a que quedó pendiente el análisis si el sistema punitivo es o no efectivo en casos de delitos graves, complejos o de carácter económico.<sup>1400</sup>

**(i) Experiencias con efecto preventivo.-** Es interesante notar que el nivel de prevención que alcanza el sistema punitivo es una realidad que no es excepcional,<sup>1401</sup> de hecho si se toma solo la esfera del transporte de personas, se puede encontrar varios

---

<sup>1397</sup> Manuel Cancio, *De nuevo ¿"Derecho penal" del enemigo?*, p. 113-114.

<sup>1398</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 12.

<sup>1399</sup> Francisco Muñoz, *Derecho penal y control social*, p. 22-23.

<sup>1400</sup> Alberto Binder, *Justicia penal y sociedad democrática*, p. 86.

<sup>1401</sup> Daniel de la Colina, *La prevención del delito y la policía comunitaria, desde la perspectiva del paradigma etiológico integrativo y globalizador*, p. 68-72.

ejemplos claros, donde de manera reiterada y en distintas jurisdicciones de nuestro país, sistemas punitivos eficientes han cambiado la cultura ciudadana.<sup>1402</sup> Por ejemplo, resulta innegable el nivel de efectividad y grado de respeto de la norma conseguido por sistemas de parqueo tarifado en ciudades como: Cuenca, Loja y Quito; igual resultado se ha obtenido en la capital con el sistema de “pico y placa”; control de velocidad en la vía Guayaquil-Salinas; peajes que no cuentan con trabas físicas sino con sistemas de fotografía a los infractores en varias partes del país.

Los ejemplos citados muestran que un sistema de control social efectivo genera un efecto preventivo relevante.<sup>1403</sup> Sin embargo, debe aclararse que entre los ejemplos citados hay estrategias que caben en el concepto de políticas criminales y otros no. El caso del límite de velocidad, permiten ejemplificar políticas criminales punitivas basadas en normas penales y no penales. En principio las normas contravencionales que regulan esta infracción tienen en realidad esta esencia, porque sí solo se supera el límite legal, la sanción es multa y la disminución de puntos en la licencia de conducir, consecuencias acorde a la materia contravencional.<sup>1404</sup> Sin embargo, si se supera el rango moderado, además de agravarse las sanciones anotadas, se agrega la pena de hasta tres (3) días de privación de libertad; en consecuencia ya se ha pasado la frontera hacia el área penal. En ambos casos es política criminal porque son infracciones que se justifican en virtud de evitar delitos de tránsito.

Hay políticas públicas que si bien son fronterizas no son políticas criminales, el sistema “pico y placa”; el cumplimiento de peajes y parqueo tarifado, son esquemas punitivos administrativos y contravencionales, pero se destinan a gestionar otro tipo de

---

<sup>1402</sup> Günter Kaiser, “La función de la criminología”, en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, No. 6, San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología, 1992, p. 181-184.

<sup>1403</sup> Roberto Bergalli, *¿De cuál control social se habla?*, p. 153-156.

<sup>1404</sup> Miguel Carbonell, *Justicia penal y Derechos fundamentales*, p. 57-61.

conflictividad.<sup>1405</sup> En este caso su función no es anticiparse a la comisión de fenómenos delictivos, por tanto no son estrategias que quepan en el concepto de política criminal.<sup>1406</sup> Sin embargo ratifican la efectividad preventiva que adquiere el control social punitivo cuando va acompañado de un control social eficiente.<sup>1407</sup>

Incluso, hay experiencias que muestran de manera más clara esta relación, debido a que en un primer momento cuando entra en vigencia la ley se genera la impresión de que habrá un control social sobre esta nueva conducta, donde la sola expectativa basta para marcar una disminución delictiva.<sup>1408</sup> Sin embargo, en pocas semanas cuando los ciudadanos constatan la ineficacia de la supervisión, la capacidad preventiva erosiona de manera acelerada.<sup>1409</sup>

Por ejemplo, cuando se reformó la ley de tránsito y se introdujo sanciones para los peatones que no cruzaban las calles en las zonas permitidas, durante semanas hubo una preocupación general por revisar los hábitos en esta materia. Cuando quedó en evidencia la incapacidad estatal para controlar y sancionar, en un par de meses perdió todo impacto y en este momento es justo considerarla una norma sin vigencia.

En el momento en que se escribe este ensayo hay una norma que se juega su efectividad, luego de un par de meses donde la vigilancia con el uso de radar logró cierta efectividad para el control de los límites de velocidad, se notó una variación importante en el respeto a la ley. Pero en los últimos meses los controles se han relajado y se nota que el efecto preventivo comienza a disminuir, todavía no se puede vaticinar cual va a ser el futuro de esta norma.<sup>1410</sup>

---

<sup>1405</sup> Carlos Nino, *Los escritos de Carlos Nino*, p. 140-141.

<sup>1406</sup> Francisco Muñoz, *Derecho penal y control social*, p. 22-23.

<sup>1407</sup> Roberto Bergalli, *¿De cuál control social se habla?*, p. 153-156.

<sup>1408</sup> Carlos Nino, *Los escritos de Carlos Nino*, p. 141.

<sup>1409</sup> Francisco Muñoz, *Derecho penal y control social*, p. 22-23.

<sup>1410</sup> Ralph Dahrendorf, *Ley y orden*, p. 34-36.

Esta experiencia refleja un efecto aún más interesante, una de las razones básicas por las que no se ha podido sostener el control social efectivo,<sup>1411</sup> es porque se prevé la pena de prisión para los casos que pasan el límite moderado. Los actores reconocen que el aplicar esta sanción es la que genera tensión en el sistema, el costo social de ser realmente efectivo es el que la sociedad ecuatoriana todavía no se pone de acuerdo si está dispuesta a pagar. En estos casos es donde los infractores han activado los instrumentos legales y no legales para intentar romper este control social. En cambio, si se hubiese utilizado otras sanciones relevantes pero menos dolorosas, como la retención del vehículo, incrementos de multas y de puntos perdidos, se podría alcanzar la convivencia buscada. La intensidad de la pena pone en peligro el efecto preventivo.

**(ii) Efecto preventivo frente a las grandes defraudaciones tributarias.-**

Como se anotó con anterioridad, uno de las imputaciones más serias contra la tesis preventivo general del delito es que se ha puesto en duda su efectividad, en ciertas materias especialmente graves como la constituida por circuitos criminales permanentes y la de naturaleza económica.<sup>1412</sup> Para abordar este tema, resulta de interés aprovechar el contexto de la experiencia descrita, para detenerse en una de las estrategias complementarias: *La unidad de grandes contribuyentes*.<sup>1413</sup>

Es interesante notar que al menos en materia tributaria, la tendencia es opuesta a la descrita por el minimalismo y el marxismo, se ha instaurado un modelo de control social diferenciado para los sectores más poderosos de la sociedad.<sup>1414</sup> El solo análisis

---

<sup>1411</sup> Roberto Bergalli, *¿De cuál control social se habla?*, p. 153-156.

<sup>1412</sup> Pedro Biscal, *La justicia penal y el control de los delitos económicos y de corrupción*, en *Sistemas judiciales*, No. 11, Santiago, Ceja, 2006, p. 5-8.

<sup>1413</sup> Alberto Binder, *Justicia penal y sociedad democrática*, p. 86.

<sup>1414</sup> Alberto Binder, *“Justicia penal y sociedad democrática”*, en *Justicia y derechos humanos*, sin ciudad, ALDHU, sin año, p. 86.

del estatuto orgánico organizacional por procesos del SRI, da cuenta con claridad de un andamiaje administrativo creado específicamente para conseguir este objetivo:<sup>1415</sup>

#### 4.1.3.4 Departamento de grandes contribuyentes y fiscalidad internacional

##### Misión:

Establecer el catastro de los grandes contribuyentes e identificar su comportamiento tributario.

##### Productos y Servicios:

1. Estrategias de seguimiento y control de comportamiento tributario de los grandes contribuyentes.
2. Informe de Grandes Contribuyentes que serán sujetos a procesos de control intensivo.
3. Administración de la programación establecida en el plan de control tributario.
4. Informe de monitoreo a Grandes contribuyentes.
5. Manual de riesgo tributario de los sectores
6. Estrategias de seguimiento y control de comportamiento tributario de los sujetos pasivos de los impuestos especiales y reguladores.
7. Informe de Sujetos pasivos a los cuales se aplicarán procesos de control de fiscalidad internacional...

Esta estrategia ha permitido tener un catastro de grandes contribuyentes y otorgarles un seguimiento especialmente intenso.<sup>1416</sup> En este sentido es justo anotar que el SRI no solo que ha implantado un sistema de control especialmente efectivo en materia de delitos económicos,<sup>1417</sup> sino que además ha establecido una estrategia específica pensada en las clases más pudientes y grandes defraudaciones.<sup>1418</sup> En esta

---

<sup>1415</sup> Registro Oficial, N° 354, Jueves 25 de octubre del 2012, artículo 7.

<sup>1416</sup> SRI, *Grandes Contribuyentes*, <http://www.sri.gob.ec/web/guest/34@public>, (Consultado el 28 de febrero de 2013).

<sup>1417</sup> Servicio de Rentas Internas, *Memoria institucional. Septiembre 1998 diciembre 2002 una respuesta a la sociedad*.

<sup>1418</sup> Carlos Nino, *Los escritos de Carlos Nino*, p. 140-141.

esfera al igual que la anterior a pesar de haber todavía problemas,<sup>1419</sup> es innegable la efectividad alcanzada, como referente es importante tener en cuenta logros como los juicios e incautaciones contra poderes económicos tan grandes como el grupo Noboa.<sup>1420</sup>

### **1.1.1.2 El uso del derecho contravencional: la desarticulación de circuitos criminales**

#### **a) Descripción del problema**

Desde hace algún tiempo había consciencia en parte de la institucionalidad ecuatoriana que existía un problema de seguridad ciudadana fuerte producido por delitos contra la propiedad, en especial por dos modalidades, el asalto y el robo a domicilios.<sup>1421</sup> Con el paso del tiempo se notó que en la visión tradicional había un problema de fondo, estos delitos fueron concebidos como fenómenos individuales,<sup>1422</sup> cuando si se analiza el problema en su real magnitud, se puede constatar que es un fenómeno mayoritariamente producido por circuitos criminales permanentes<sup>1423</sup> y que funciona bajo una lógica de mercado.<sup>1424</sup>

Las personas que cometen estos delitos, como regla general, no realizan la sustracción por la necesidad que tienen de ese bien en concreto, sino bajo el incentivo

---

<sup>1419</sup> Pedro Biscal, "La justicia penal y el control de los delitos económicos y de corrupción", en *Sistemas judiciales*, No. 11, p. 7-8.

<sup>1420</sup> Ecuador en vivo, *SRI esta semana se subastaran bienes de Álvaro Noboa mientras SRI enjuiciará penalmente a jueza que otorgo habeas corpus*, "[http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news\\_user\\_view&id=193885&umt=esta\\_semana\\_se\\_subastaran\\_bienes\\_alvaro\\_noboa\\_mientras\\_sri\\_enjuiciara\\_penalmente\\_a\\_jueza\\_que\\_otorgo\\_habeas\\_corpus](http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=193885&umt=esta_semana_se_subastaran_bienes_alvaro_noboa_mientras_sri_enjuiciara_penalmente_a_jueza_que_otorgo_habeas_corpus)", (Consultado el 15 de abril de 2013).

<sup>1421</sup> Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, p. 205-206.

<sup>1422</sup> Agustín Pérez, "Efectos del auge delictivo", en Alfredo del Valle coordinador, *Seguridad pública militarización y derechos humanos*, México D. F., Instituto de estudios de la revolución democrática, 1997, p. 58-59.

<sup>1423</sup> En este estudio se utiliza la denominación de "circuito criminal permanente" en vez de "organización delictiva", en razón que es una nomenclatura con una cobertura más amplia y permite incluir modalidades, donde si bien no hay una estructura de pertenencia, se forman relaciones comerciales estables en el tiempo, donde por ejemplo personas individuales que roban objetos, con o sin intermediarios, entregan mercaderías a locales comerciales para que sean insertados al comercio.

<sup>1424</sup> Consejo de la Judicatura de transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 57.

económico que obtendrán al ingresarlo en un mercado que acoge dichos objetos.<sup>1425</sup> Si se analiza el problema desde este ángulo, se puede notar que hay una cadena delictiva, la misma que en ocasiones está constituida por dos eslabones quien sustrae y el local de comercialización; pero en otras la red es extremadamente compleja.<sup>1426</sup> Por ejemplo, en el tema de la comercialización de celulares se ha detectado que no es raro que actúen intermediarios que acopian la mercadería y la envían a ciertos contactos en otras ciudades o en el extranjero; otro eslabón destinado a cambiar el número IMEI del programa del celular, quienes falsifican la placa de constancia física del número IMEI, quienes distribuyen estas placas, en fin el proceso es bastante complejo.<sup>1427</sup>

Este nuevo enfoque permite adoptar un cambio radical en las estrategias para afrontar el problema, en el momento en que este comportamiento delictivo es concebido como un sistema con distintos engranajes, resulta que para desarticularlo basta atacar a un eslabón; desde luego lo lógico es buscar el componente más vulnerable.<sup>1428</sup> Esta perspectiva permite entender el motivo del fracaso de la política criminal tradicional, debido a que en el momento en que centró su persecución de manera exclusiva en quien roba o asalta en la práctica se condenó a ser ineficaz.

Intentar incidir de manera efectiva sobre el engranaje del robo, implica tener la capacidad de ejercer un control social casi omnipresente en el territorio nacional 24 horas al día,<sup>1429</sup> porque como es lógico las personas que se dedican a esta actividad buscan escenarios de desprotección para cometer las subtracciones. El panorama cambia de manera radical si se ve el otro extremo de la cadena, en este caso se

---

<sup>1425</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 35-41.

<sup>1426</sup> Consejo de la Judicatura de transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 35-36.

<sup>1427</sup> Consejo de la Judicatura de transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 35.

<sup>1428</sup> Consejo de la Judicatura, *Rendición de cuentas: Julio 2011 Julio 2012*, p. 152.

<sup>1429</sup> Roberto Bergalli, *¿De cuál control social se habla?*, p. 153-156.



encuentra con un eslabón que necesariamente debe estar expuesto. Porque para que sea funcional este circuito criminal, debe existir un local de comercialización que sea conocido por una parte relevante de la comunidad, caso contrario no podrá expender el número suficiente de bienes como para que sea viable la actividad.

La institucionalidad ecuatoriana por un par de años, con un diagnóstico bastante adecuado, intentó intervenir estratégicamente sobre este engranaje.<sup>1430</sup> Lamentablemente el problema con el que se encontró fue la incapacidad del sistema penal para reprimir estas conductas. El trabajo de detección de estos centros de comercialización no fue complejo, de hecho cualquier ciudadano común incluidos policías, fiscales y jueces tenía un conocimiento donde adquirir cosas robadas.<sup>1431</sup> Se montaron los operativos de manera reiterada,<sup>1432</sup> se encontraba cosas cuya procedencia no se podía justificar, se retiraba la mercadería, detenía a los responsables e iniciaba el proceso por el delito de receptación de cosas robadas.<sup>1433</sup>

El problema surgía a las 24 horas, cuando el fiscal debía formular cargos, para hacerlo de manera responsable debía tener algún elemento probatorio que demuestre que las cosas eran robadas. Exigencia legal que en la práctica era en extremo difícil de satisfacer porque la mayoría de las víctimas no denuncian, e incluso en el caso que se hubiese hecho, al no existir en la Fiscalía una base de datos efectiva donde cotejar los bienes, el intento de acceder a la información necesaria resultaba inútil.<sup>1434</sup> El resultado

---

<sup>1430</sup> Consejo de la Judicatura de transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 35.

<sup>1431</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 84-85.

<sup>1432</sup> Consejo de la Judicatura, *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 188.

<sup>1433</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 84-85.

<sup>1434</sup> Observatorio metropolitano de seguridad ciudadana, *informe No. 1, Enero noviembre 2003*, Municipio del distrito metropolitano de Quito, Quito, 2003, p. 18.

era que de manera sistemática las personas eran puestas en libertad, los bienes devueltos y los negocios seguían igual de boyantes.<sup>1435</sup>

La impotencia estatal llevó a la lógica de la política criminal tradicional, buscar efectividad sobre la base de limitar garantías en el tipo penal.<sup>1436</sup> La Asamblea Nacional impulsó una reforma legal que varió este artículo para superar este escollo, el objetivo concreto fue ampliar la esfera punitiva a la receptación de cosas cuya procedencia no se pueda justificar. El artículo que se aprobó en la reforma de marzo del 2010 es el siguiente:<sup>1437</sup>

Art. 569.- Será reprimido con reclusión menor ordinaria de tres a seis años y multa de seis a dieciséis dólares de los Estados Unidos de América quien oculte, custodie, guarde, transporte, venda o transfiera la tenencia, en todo o en parte, los bienes, cosas o semovientes, producto del robo o hurto, o cuya procedencia legal no pueda probarse.

Es evidente que esta norma tiene variados problemas de legitimidad: desde el punto de vista de la esencia de la norma, es un delito de sospecha, además existe una inversión de la carga de la prueba. La distorsión es tan clara que la sola lectura de esta frase revela estas anomalías: “o cuya procedencia no pueda probarse”. Si bien, se podría sostener que en los supuestos iniciales, no presentan este problema, sin embargo esta argumentación sería falaz, porque dichas descripciones dejan de ser relevantes, cuando da lo mismo que el fiscal pruebe o no el hurto o robo, porque si no lo hace, será el procesado el que deba justificar la legitimidad de la procedencia.

---

<sup>1435</sup> Consejo de la Judicatura de transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 36.

<sup>1436</sup> Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, p. 209-210.

<sup>1437</sup> Suplemento de Registro oficial, No. 160, 29 de marzo del 2010.

Desde la perspectiva del bien jurídico protegido, el valor que se salvaguarda es la propiedad.<sup>1438</sup> Es evidente que este supuesto se consume de manera posterior a la afectación al patrimonio; algunos de los supuestos que admite esta norma caen en formas de receptación, pero también admite otros comportamientos donde no hay afectación alguna a este bien jurídico protegido. La única opción para legitimar este tipo penal, sería el considerarlo un tipo de peligro donde el valor que se protege es el deber de cuidado en actividades de comercio, pero este ejercicio por el nivel de abstracción, lleva a desnaturalizar el concepto limitativo del bien jurídico protegido.<sup>1439</sup>

Desde el punto de vista de la sanción, hay un desequilibrio serio, en razón de que sancionar con un máximo de seis (6) años de reclusión, a quien recepte bienes cuya procedencia no se podía justificar. Esta realidad completa los problemas de ilegitimidad, porque entre la conducta de no poder justificar un bien que está dentro de la cadena de comercio y la pena prevista existe una desproporción evidente.

Más allá del debate doctrinario penal, pronto surgieron las primeras reacciones ante este abuso y se plantearon las primeras acciones. La Corte Constitucional a pesar de los tiempos que suele tomarse hasta resolver un caso, para diciembre de 2010 ya se pronunció sobre la inconstitucionalidad del artículo. La sentencia de manera específica declara inconstitucional la frase: “cuya procedencia legal no pueda probarse.” No cabe duda que afecta de manera específica al núcleo central de la reforma para implementar la política criminal diseñada.<sup>1440</sup>

Resolución que dejó una sensación amarga en los responsables de los ministerios del interior y de justicia debido a que durante un par de años habían impulsado esta

---

<sup>1438</sup> A pesar de que por la forma de la redacción termina por ampliar a cualquier otra procedencia ilegal.

<sup>1439</sup> Claus Roxin, *Normativismo, política criminal y empirismo en la dogmática penal*, México D. F., Ius Poenale, 2003, p. 33-34.

<sup>1440</sup> Segundo suplemento de Registro oficial, No 343, 17 de diciembre de 2010.

estrategia y este pronunciamiento volvía el escenario al estado anterior.<sup>1441</sup> A pesar de que era una resolución de la Corte constitucional, la Fiscalía y Policía no suspendieron los operativos, sin embargo, los jueces no dieron paso a las medidas cautelares y la situación llegó a mantener en el tiempo intervenciones inútiles con el único fin de mostrar a la ciudadanía que algo se hacía. Como se puede ver no solo que las leyes pueden ser simbólicas, hay intervenciones que pueden adquirir idéntica naturaleza.

#### **b) Descripción de la estrategia**

Ante esta realidad, cuando se implementan los jueces de contravenciones,<sup>1442</sup> el Consejo de la Judicatura retoma la idea y crea de manera inicial jueces de esta materia con competencia exclusiva en la venta de bienes de dudosa procedencia.<sup>1443</sup> El giro funcional de la estrategia consistió, en la no utilización del tipo penal anotado, sino una norma propia de las contravenciones que estaba en vigencia desde hace décadas y que tenía el potencial para variar de manera radical la situación.<sup>1444</sup>

Art. 622.- Siempre que llegare a conocimiento del Intendente u otra de las autoridades de policía que se trata de cometer, o que se está perpetrando un delito o contravención, tomarán las medidas adecuadas y oportunas para impedir la realización del hecho penal, o su continuación, aún valiéndose de la fuerza; sujetándose siempre a las disposiciones correspondientes del Código de Procedimiento Penal.<sup>1445</sup>

---

<sup>1441</sup> Consejo de la Judicatura de transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 37.

<sup>1442</sup> Con anterioridad del juzgamiento de contravenciones estaba en manos de intendentes y comisarios, eso es de funcionarios administrativos.

<sup>1443</sup> Consejo de la Judicatura, *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 188-189.

<sup>1444</sup> Consejo de la Judicatura de transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 38.

<sup>1445</sup> Código penal, artículo 622.

Las atribuciones que este artículo concede a intendentes y otras autoridades de policía, para ese momento en cumplimiento del principio de unidad judicial, habían pasado a los jueces de contravenciones.<sup>1446</sup> Como se puede constatar la base normativa utilizada es de carácter cautelar en la esfera contravencional.<sup>1447</sup> No se discute que es una norma bastante problemática, su amplitud extrema genera déficits profundos de legitimidad.<sup>1448</sup> En opinión de quien escribe una vez más se repite el fenómeno detectado en la experiencia del SRI,<sup>1449</sup> si el análisis se restringe a la norma, podría concluirse que es injusta. Sin embargo, si se analiza la proporcionalidad de la consecuencia, forma como se implementa y los resultados obtenidos, la situación varía de manera radical.<sup>1450</sup>

La lógica que se planteó consistió en que el fracaso del intento anterior, se debió a la intensidad de la sanción. A pesar de que se tenía consciencia de que había problemas de constitucionalidad en el texto mismo, la hipótesis de trabajo fue que esos problemas no eran nada más que el mecanismo legal encontrado para bloquear una norma que imponía una pena abusiva. Si bien, no era admisible que a una persona que vendiera objetos cuya procedencia no puede justificar se le imponga una pena privativa de libertad de hasta 6 años, sí lo era que, como medida preventiva, se retuviese estos bienes hasta que explique su procedencia.<sup>1451</sup>

---

<sup>1446</sup> Constitución de la República del Ecuador artículo 168, numeral 3.

<sup>1447</sup> José Díez, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, p. 560-561.

<sup>1448</sup> Manuel Cancio, *De nuevo ¿"Derecho penal" del enemigo?*, p. 112-115.

<sup>1449</sup> Servicio de Rentas Internas, *Memoria institucional. Septiembre 1998 diciembre 2002 una respuesta a la sociedad*.

<sup>1450</sup> Niklas Luhmann, *El derecho como un sistema social*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 91.

<sup>1451</sup> Consejo de la Judicatura de transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 38-39.

La estrategia consistió en bajo la misma lógica de mercado, generar un costo que hiciese mal negocio el mantener el giro comercial.<sup>1452</sup> Escenario que a mediano plazo forzaría a revisar su actividad y cerciorarse de comercializar objetos cuya legitimidad pueda justificar. Sobre esta base legal, el Consejo de la Judicatura en mayo del 2012 inició en las 3 principales ciudades, una ola de operativos, lo suficientemente fuerte para marcar una ruptura en el control social ejercido:<sup>1453</sup>

---

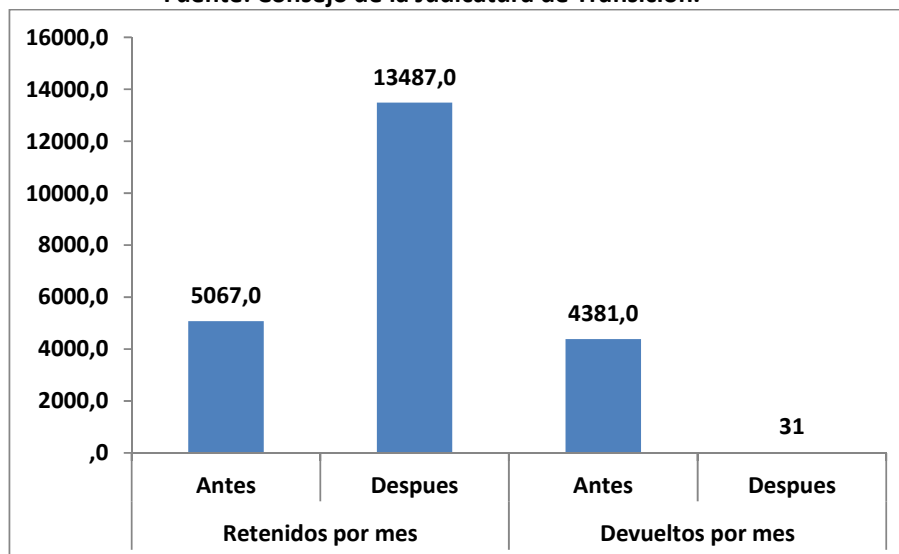
<sup>1452</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 35-41.

<sup>1453</sup> Eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 37.

Gráfico 14

Título: Variación en el funcionamiento del sistema de control sobre el mercado de venta de bienes de dudosa procedencia.

Fuente: Consejo de la Judicatura de Transición.<sup>1454</sup>



Como se puede ver la variación fue importante, la retención de objetos pasa a ser casi tres (3) veces mayor a la cifra conseguida con anterioridad. Sin embargo, el punto más importante, consiste en que antes se devolvía el ochenta y seis por ciento (86%) del total que se retenía, en tanto que con la nueva estrategia paso a ser el cero coma dos por ciento (0,2%). Con estas cifras es justo decir que se pasó de un escenario donde la regla era la impunidad a una aplicación efectiva de la ley.<sup>1455</sup>

A medida que la estrategia se implantaba se pudo hilar más fino, se tuvo las condiciones para constatar que la mayoría de los asaltos tenían por finalidad sustraer los celulares de las personas;<sup>1456</sup> en la práctica el mercado de este artefacto en concreto era

<sup>1454</sup> Consejo de la Judicatura de Transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 42.

<sup>1455</sup> Consejo de la Judicatura de transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 40-41.

<sup>1456</sup> Consejo de la Judicatura de transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 43

responsable en gran medida del sentimiento de inseguridad de la ciudadanía.<sup>1457</sup> Lo curioso era que el Ministerio de Telecomunicaciones desde hace más de un año tenía implementado un sistema para receptor las denuncias de pérdidas y robo de celulares. La idea era que mediante el número IMEI, se evitaba que pudiesen registrar en las operadoras del país y de esta manera disminuir los robos. Sin embargo la situación de las substracción de estos objetos no solo que no se había controlado, sino que crecía con el paso del tiempo.

Cuando se atacó a este sector se constató que lo que más dolía a ciertos comerciantes no era el número de celulares que se les decomisaba, se les generaba un problema real cuando se les quitaba los dispositivos para adulterar el número IMEI.<sup>1458</sup> Realidad que permitió descifrar porque la estrategia del Ministerio de telecomunicaciones no había tenido éxito, de nada servía tener un sistema de denuncias de equipos robados y perdidos, cuando se podía cambiar la identificación y volverlos al mercado.<sup>1459</sup> Ante esta realidad se decidió montar un control focalizado. No sólo en los locales de ventas de celulares. Sino de manera específica en los que cambiaban el número IMEI.<sup>1460</sup>

Dado que en ese momento esta adulteración era una actividad comercial difundida, se pudo hacer un seguimiento del influjo de esta estrategia en sus costos. En un primer momento en la ciudad de Quito el control se focalizó en el centro y sur de la ciudad,<sup>1461</sup> donde se detectó que los problemas eran mayores, en este sector el costo del cambio de número IMEI de un teléfono BlackBerry era de veinte (20) dólares.

---

<sup>1457</sup> Miguel Carbonell, *Justicia penal y Derechos fundamentales*, p. 57-61.

<sup>1458</sup> Consejo de la Judicatura. *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 189.

<sup>1459</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 35-41.

<sup>1460</sup> Consejo de la Judicatura de transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 45.

<sup>1461</sup> Roberto Bergalli, *¿De cuál control social se habla?*, p. 153-156.



Una vez que se instaura la nueva estrategia, se volvió hacer la medición y se constata que en muchos lugares donde antes se ofertaba el “servicio” ya no lo hacían, y en los que se mantenía ha pasado el costo promedio a ochenta (80) dólares. Pero fue curioso constatar que en la parte norte, donde en este primer momento no se habían desarrollado operativos, el costo promedio se mantenía fluctuante entre veinte (20) y treinta (30) dólares a pesar de que era una zona de mayores recursos.

Cuando el control social se enraíza en las tres principales ciudades, se comienza a constatar los intentos de los circuitos criminales para evadir los mecanismos de control establecidos. Existió un traslado de la actividad de cambio en el número IMEI de locales comerciales a domicilios privados, método que en principio permitió evitar que los equipos fuesen retenidos. Esta realidad llevó a intensificar la estrategia de control con pequeñas variantes.<sup>1462</sup> Se enviaron funcionarios vestidos de civil a solicitar este servicio, en momento en que se constataba que seguían con la actividad, se intensificó los operativos a estos locales y de manera explícita se les dejó constancia que se había verificado que realizaban esta actividad, luego de explicarles el papel que cumplían dentro del circuito criminal que se quería erradicar, se les informaba que mientras mantuviesen esa actividad serían sujetos de controles periódicos.<sup>1463</sup> Mecanismo que resultó efectivo dado el costo que les implica en pérdida de teléfonos en cada operativo es elevado.<sup>1464</sup>

De la misma forma se verificó otros intentos de evasión, hubo traslado de los locales a otros sectores e incluso a ciudades cercanas para la venta de estos objetos. El problema que enfrentaron los circuitos criminales es que una vez más, para poder vender un monto significativo de bienes, se requiere un conocimiento general de la

---

<sup>1462</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 30-40.

<sup>1463</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 84-85.

<sup>1464</sup> Consejo de la Judicatura. *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 189.

ciudadanía de donde adquirirlos, por tanto no fue difícil rastrearlos y dirigir hacia esos nuevos objetivos los controles.<sup>1465</sup>

El sistema de registro obligatorio de equipos celulares implementado por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), ha permitido llevar un control sobre estos dispositivos y la propiedad de los mismos. Este instrumento consiguió generalizar el control sobre cualquier cambio de dominio, pérdidas y robos de los equipos.<sup>1466</sup> El aspecto de interés es que este registro se convirtió en una herramienta de calidad para evaluar el impacto que ha tenido esta estrategia en materia de seguridad durante 7 meses del año 2013.<sup>1467</sup>

---

<sup>1465</sup> Consejo de la Judicatura de transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 44.

<sup>1466</sup> CONATEL, *Registro de centros de expendio, distribución o venta de equipos celulares*, CONATEL, “[http://www.conatel.gob.ec/site\\_conatel/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1651:catid=46:noticias-articulos&Itemid=184](http://www.conatel.gob.ec/site_conatel/index.php?option=com_content&view=article&id=1651:catid=46:noticias-articulos&Itemid=184)”, (Consultado el 2 de marzo de 2013).

<sup>1467</sup> Consejo de la Judicatura de transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 43.

**Tabla 1**

**Título: Tendencia por mes en la denuncia de equipos móviles perdidos o sustraídos.**

**Fuente: Consejo de la Judicatura de Transición.<sup>1468</sup>**

FECHA	TOTAL DE DENUNCIAS RECIBIDAS
may-12	71.415
jun-12	67.793
jul-12	72.136
ago-12	67.622
sep-12	65.614
oct-12	57.033
nov-12	54.907

La cifra es realmente significativa,<sup>1469</sup> en los últimos cinco (5) meses hubo una disminución equivalente al veinte y cuatro por ciento (24%).<sup>1470</sup> Incluso hay razones para pensar que el impacto es realmente mayor a lo que las cifras revelan, porque la estrategia interviene solo sobre la parte, teléfonos robados, en tanto que el descenso se produce en el todo, teléfonos perdidos y sustraídos, por tanto es lógico deducir que el impacto sobre la actividad ilícita es aún más significativo.<sup>1471</sup>

Una vez más se constata la conveniencia de sistemas de control social complejo,<sup>1472</sup> el haber estructurado un sistema preventivo efectivo, no quiere decir que pueda sustituir al Derecho penal. La sociedad ecuatoriana ha dejado claro que no admite la despenalización del hurto y robo. Sin embargo es plenamente factible y legítimo

---

<sup>1468</sup> Consejo de la Judicatura de Transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 43.

<sup>1469</sup> En enero del 2013 asume el Nuevo Consejo de la Judicatura y el proyecto es dejado de lado, oficialmente no ha desaparecido, pero en la práctica se lo ha dejado de lado.

<sup>1470</sup> Consejo de la Judicatura. *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 189.

<sup>1471</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 30-41

<sup>1472</sup> Roberto Bergalli, *¿De cuál control social se habla?*, p. 153-156.

instaurar una política criminal compleja; por un lado el sistema penal tradicional y por otro, un esquema de control basado en una norma contravencional, cuyo objetivo es neutralizar un acto posterior al delito que incide en la permanencia del circuito criminal.

Esta estrategia es una política criminal porque cumple con los dos (2) requisitos establecidos: su finalidad es gestionar un fenómeno delictivo, el hurto y robo. Además, es una estrategia que si bien no es penal, ataca de manera directa a este fenómeno delictivo. Es este caso se considera que es realmente una norma contravencional, porque si bien acarrea una consecuencia jurídica de cierta incidencia: retención de bienes, su naturaleza no es sancionatoria, es meramente preventiva, porque puede cesar cuando el interesado justifique la legitimidad de los objetos.<sup>1473</sup>

Un dato anecdótico que refleja la diferencia de la lógica de esta experiencia frente a la visión tradicional, consiste en comparar esta respuesta político criminal, frente a la que Guatemala otorgó para el mismo problema. Como antecedente, se debe tener en cuenta que el problema de los robos de celulares es reconocido en buena parte de la región Latinoamericana, como un problema central para la seguridad,<sup>1474</sup> porque como se anotó está muy vinculada a los asaltos.

En Guatemala este problema había tomado dimensiones considerables, según los datos de prensa un celular se robaba cada cuatro minutos, y lo más grave, al igual que en Ecuador, eran delitos frecuentemente cometidos con niveles altos de violencia. Para gestionarlo en Septiembre del 2013 se inclinó por la lógica tradicional, optó por subir las penas de seis (6) a quince (15) años para quienes hurten o roben celulares y de cinco

---

<sup>1473</sup> Jesús Silva, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 124-125.

<sup>1474</sup> Miguel Carbonell, *Justicia penal y Derechos fundamentales*, p. 57-61.

(5) a (10) años para quienes para quienes adquieran, vendan o alteren teléfonos móviles que hayan sido reportados como robados, además de fuertes multas.<sup>1475</sup>

La diferencia es tan grande entre una política criminal que parte del problema concreto, busca las herramientas de control social más idóneas,<sup>1476</sup> y se ocupa de generar un control estatal realmente efectivo, frente a aquella que la respuesta es una simple promulgación de una ley.<sup>1477</sup> Incluso es justo sostener, que por el nivel de desproporción de la pena, de antemano se tiene conciencia de que va ser ineficaz. De otro modo no se explica que prevea penas tan altas para un delito tan frecuente, porque si se llega aplicar en un nivel distinto al marginal, la sociedad guatemalteca no soportaría su impacto.<sup>1478</sup>

Para terminar, es interesante dejar constancia que este tipo de estrategias complementarias al sistema penal basado en otros esquemas de control social para controlar la inserción a los mercados de bienes legítimos es un tema que ya ha sido tratado por las Naciones Unidas:

En las disposiciones pertinentes de la Convención contra la Delincuencia Organizada que se refieren al desarrollo económico, la asistencia técnica y la prevención del delito, se estipula que los Estados Parte adoptarán disposiciones conducentes a la aplicación óptima de la Convención en la medida de lo posible... así como reducir las oportunidades actuales o futuras de que dispongan los grupos delictivos organizados

---

<sup>1475</sup> El Comercio, *Guatemala: robo de celulares se pena con hasta 15 años de cárcel desde hoy*, "http://elcomercio.pe/actualidad/1642384/noticia-guatemala-robo-celulares-se-pena-hasta-15-anos-carcel-desde-hoy", (Consultado el veinte de diciembre de 2013).

<sup>1476</sup> Roberto Bergalli, *¿De cuál control social se habla?*, p. 153-156.

<sup>1477</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 35-38.

<sup>1478</sup> El Comercio, *Guatemala: robo de celulares se pena con hasta 15 años de cárcel desde hoy*, "http://elcomercio.pe/actualidad/1642384/noticia-guatemala-robo-celulares-se-pena-hasta-15-anos-carcel-desde-hoy", (Consultado el veinte de diciembre de 2013).

para participar en mercados lícitos con el producto del delito adoptado oportunamente medidas legislativas, administrativas o de otra índole.<sup>1479</sup>

### **c) Repercusiones de la experiencia**

**(i) Detección de causas y factores que predisponen al surgimiento del fenómeno criminal.-** La razón fundamental porque se introdujo esta experiencia, fue la necesidad de evidenciar lo efectivo que resulta el incidir en las causas del delito. Como se puede ver una política criminal bien diseñada, con la decisión política de mantenerla en el tiempo, tiene la capacidad de controlar la mayor fuente de inseguridad en el país.<sup>1480</sup> Queda en evidencia la razón práctica, porque en la propuesta político criminal se renunció a basarse en una visión universal de la criminalidad, el hacerse cargo de manera efectiva de sectores estratégicos, termina por producir impactos relevantes en sectores nucleares para la convivencia en sociedad.<sup>1481</sup>

**(ii) Capacidad preventiva de otros instrumentos político criminales.-** Esta experiencia confirma la capacidad preventiva del sistema penal con un uso de una herramienta penal de baja incidencia.<sup>1482</sup> Al igual que en la experiencia del SRI, la herramienta que se emplea se aleja del Derecho penal tradicional, en este caso no se trata de una sanción administrativa,<sup>1483</sup> se utiliza de forma estratégica una medida cautelar propia del derecho contravencional.<sup>1484</sup> Lo interesante es que una vez más se

---

<sup>1479</sup> Naciones Unidas. Consejo económico y social, Comisión de prevención del Delito y Justicia Penal, *Medidas para promover la prevención eficaz del delito*, E/CN.15/2005/15.

<sup>1480</sup> Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, p. 205-206.

<sup>1481</sup> Claus Roxin, *Contestación*, p. 37-38.

<sup>1482</sup> Consejo de la Judicatura. 2012. *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 188-189.

<sup>1483</sup> Servicio de Rentas Internas, *Memoria institucional. Septiembre 1998 diciembre 2002 una respuesta a la sociedad*.

<sup>1484</sup> Consejo de la Judicatura de transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 39-40.

evidencia el alto nivel preventivo que se consigue al combinar un control social efectivo y una respuesta de baja intensidad.<sup>1485</sup>

**(iii) Capacidad preventiva y delincuencia habitual.-** Un tercer elemento fundamental que se desprende de esta experiencia, es el relacionado con la tesis de que el efecto preventivo del sistema penal,<sup>1486</sup> se manifiesta sobre todo en delitos culposos, de bajo impacto y que motiva más a personas que no son infractores consuetudinarios. Sin embargo esta experiencia revela que permite enfrentar la criminalidad producida por bandas o circuitos criminales permanentes dedicados mayoritariamente a delitos cometidos con ciertos niveles de violencia.<sup>1487</sup>

Se reconoce que la tendencia general consiste en que la prevención criminal suele alcanzar mayores niveles de efectividad en delitos no graves.<sup>1488</sup> Sin embargo esta experiencia junto a otras como la unidad de grandes contribuyentes del SRI, tienden a demostrar que esta realidad no era fruto de que los infractores de delitos más graves no fuesen susceptibles de ser inspirados por la norma, sino que es más complejo crear un riesgo real sobre estas modalidades delictivas. Cuando se consigue generar un esquema de control social efectivo,<sup>1489</sup> incluso con medidas de baja intensidad, se frena la actividad de circuitos criminales permanentes.<sup>1490</sup>

**(iv) Norma y política criminal desde la perspectiva de la legitimidad.-** Esta experiencia tiende a confirmar una tesis propia de la corriente funcionalista del derecho penal, la necesidad de incluir los intereses políticos y sociales dentro de la dogmática

---

<sup>1485</sup> Francisco Muñoz, *Derecho penal y control social*, p. 22-23.

<sup>1486</sup> Francisco Muñoz, *Derecho penal y control social*, p. 22-23.

<sup>1487</sup> Zaffaroni Eugenio, *Réplica (Cierre del debate)*

"[http://www.uns.edu.ar/programa/ediciones/edicion1/05\\_edicion1.pdf](http://www.uns.edu.ar/programa/ediciones/edicion1/05_edicion1.pdf)", (Consultado el 24 de febrero de 2014).

<sup>1488</sup> Daniel de la Colina, *La prevención del delito y la policía comunitaria, desde la perspectiva del paradigma etiológico integrativo y globalizador*, p. 68-72.

<sup>1489</sup> Servicio de Rentas Internas, *Memoria institucional. Septiembre 1998 diciembre 2002 una respuesta a la sociedad*.

<sup>1490</sup> Consejo de la Judicatura. 2012. *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 189.

penal.<sup>1491</sup> Debido a que si en este caso la norma se somete a un análisis abstracto y particular, es evidente que presenta un déficit serio de legitimidad.

El problema consiste en que la norma por si sola dice poco del papel que cumple dentro de la sociedad y si en verdad en su aplicación atenta o no a los derechos de las personas. En tanto que si se analiza en el contexto del real funcionamiento y los resultados que produce, la situación varía de manera radical; una ponderación entre la real limitación a la libertad producida versus los logros conseguidos, justifican la incorporación de esta modalidad de control social.<sup>1492</sup> De la misma forma, un análisis comparativo de la intensidad de la limitación introducida a la libertad individual en relación al problema social que se enfrenta también deja un saldo favorable.<sup>1493</sup> Lo que sí es inaceptable es que se haya legislado de una forma tan abierta, este resultado legítimo debería conseguirse con una norma con igual calidad, sin embargo, esta debilidad no es imputable a la estrategia porque ella no la introdujo, era una norma vigente y permitió superar un control social problemático.

**(v) Proporcionalidad de la respuesta y legitimidad.-** Si se analiza de manera particular la norma que fue declarada inconstitucional y aquella que finalmente permitió instaurar la estrategia, resulta que la primera presenta menos problemas de legitimidad. En el primer caso se trata de una regla, donde la conducta está fijada con precisión. En el segundo caso es una ley tan sui generis que se hace dudosa su naturaleza, su nivel de apertura es extremo, el símil más cercano es con un tipo penal abierto,<sup>1494</sup> pero con la particularidad de que se faculta al juzgador a tomar cualquier medida.

En este escenario surge una duda: ¿Por qué en el primer caso la reacción ciudadana fue inmediata y el máximo organismo de control constitucional no tardó en

---

<sup>1491</sup> Claus Roxin, *Política criminal y sistema del derecho penal*, p. 42-44.

<sup>1492</sup> Niklas Luhmann, *El derecho como un sistema social*, p. 91- 93.

<sup>1493</sup> Luís Prieto, *El juicio de ponderación constitucional*, p. 90-91.

<sup>1494</sup> Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general*, p. 298-299.



declarar su inconstitucionalidad, en tanto que en el segundo momento no hay solicitud o pronunciamiento alguno? Se ratifica la conclusión a la que se arribó al analizar la experiencia del SRI,<sup>1495</sup> la legitimidad de una política pública y una norma está indisolublemente unida tanto a la modalidad con la que se aplica, como a la proporcionalidad de la respuesta.<sup>1496</sup>

**(vi) Ampliación de la esfera de protección.-** Este ejemplo muestra una ampliación de la esfera de protección diversa a la normalmente estudiada. Es conocido que uno de los pilares esenciales de la tesis del derecho penal del enemigo es el adelantamiento de la esfera de protección, se tipifican como delitos autónomos, actos que de manera regular no pasan de ser desde el punto de vista tradicional y de su cercanía con el bien jurídico protegido, casos de tentativa o incluso actos anteriores.<sup>1497</sup>

En este caso la situación es la inversa, se retrasa la esfera de protección a actos posteriores que superan incluso el tradicional concepto de encubrimiento, se tipifica como delito autónomo una conducta que no necesariamente guarda relación con el bien jurídico protegido, porque habrá muchos bienes cuya legitimidad no se pueda justificar y que no tengan ninguna relación con un delito contra la propiedad.<sup>1498</sup> Desde el punto de vista dogmático esta figura es anómala, sin embargo por las razones analizadas anteriores se sigue sosteniendo que el control social implementado es legítimo.<sup>1499</sup>

**(vii) Relación política criminal y dogmática penal.-** Como se puede ver esta experiencia demuestra que no es sencillo compaginar los requerimientos de estas dos (2) esferas del conocimiento. Sociedades modernas con complejos circuitos criminales

---

<sup>1495</sup> Servicio de Rentas Internas, *Memoria institucional. Septiembre 1998 diciembre 2002 una respuesta a la sociedad.*

<sup>1496</sup> Luís Prieto, *El juicio de ponderación constitucional*, p. 99-106.

<sup>1497</sup> Manuel Cancio, *De nuevo: ¿derecho penal del enemigo?*, p. 112.

<sup>1498</sup> En estricto sentido se insiste en que no es siquiera tipificación, sino medida cautelar.

<sup>1499</sup> Luís Prieto, *El juicio de ponderación constitucional*, p. 99-106.

caracterizados por la flexibilidad y la capacidad de mutar,<sup>1500</sup> tienen serios problemas para gestionar este tipo de conflictividad cuando su política criminal es limitada por una dogmática rígida.<sup>1501</sup> La implementación de la estrategia de desarticulación de circuitos criminales, deja en evidencia la necesidad de adoptar medidas que pueden ser consideradas de excepción y que a pesar de ello gozan de legitimidad.<sup>1502</sup> Además es una alternativa real al derecho penal de excepción que hoy se impone, a pesar de que su saldo es: costos elevados para los derechos y escasos resultados para la convivencia.

**(viii) Política criminal y su ámbito de actuación.-** Esta experiencia refleja una esfera diferente de la política criminal, la tradición ha sido que el control social sea reactivo, la respuesta estatal está condicionada a una denuncia.<sup>1503</sup> Esta nueva visión que parte de patrones delictivos para desactivar circuitos criminógenos, rompe esa dependencia y devuelve el liderazgo a la política criminal.<sup>1504</sup>

**(ix) Diferencia entre la lógica de una intervención estratégica y la política criminal tradicional.-** Una comparación entre la política criminal desarrollada en el Ecuador y el aumento de penas en Guatemala, deja entrever una serie de diferencias: con relación a la *potencialidad*; la estrategia adoptada en el país centroamericano revela que su diseño fue realizado para no funcionar, porque si se logra imponer una sanción tan elevada a un número de infractores que no sea marginal, el problema social que ocasionaría una pena tan alta sería posiblemente mayor al que conlleva el propio delito. En tanto que la política criminal basada en el problema real de mercado, muestra tener la capacidad de gestionar con una dosis de dolor baja.

---

<sup>1500</sup> Alberto Binder, *De las "repúblicas aéreas" al estado de derecho. Debate sobre la marcha de la reforma judicial en América Latina*, p. 281-282.

<sup>1501</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 30-40.

<sup>1502</sup> Claus Roxin, *Política criminal y sistema de derecho penal*, p. 33.

<sup>1503</sup> Roberto Bergalli, *¿De cuál control social se habla?*, p. 153-156.

<sup>1504</sup> Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, p. 206.

En relación al *nivel de compromiso*; mientras que la política criminal descrita en este apartado muestra una intensión real de entender y resolver el problema. La alternativa de Guatemala tiende a ser una respuesta un tanto demagógica a un tipo de conflictividad que le ha superado; no se vislumbra un compromiso real del Estado para ocuparse de este tipo de conflictividad, su intervención se limita a promulgar una ley.

En cuanto *al modelo de control social*.<sup>1505</sup> Un sistema complejo de control social permite tener una respuesta reactiva adecuada para los robos que se descubran; pero de manera paralela generar un esquema preventivo importante.<sup>1506</sup> Mientras que el intentar enfrentar un problema complejo con un modelo unidimensional de respuesta, lleva a intentar convertir un sistema reactivo en preventivo, mediante la distorsión de la pena; el único resultado que se alcanza es deformar al derecho penal.

En materia de *resultados*; los costos-beneficios en el caso de Ecuador, pueden ser resumidos en conseguir gestionar de manera efectiva el tipo de conflictividad penal que más aporta a la inseguridad ciudadana,<sup>1507</sup> mediante un medio que genera un escaso dolor a un número apenas representativo de comerciantes.<sup>1508</sup> A pesar de que por lo reciente de la estrategia en Guatemala, todavía no hay datos sobre el impacto de la intervención, es previsible que resultado sea perpetuar este problema social y generar un dolor exagerado e ilegítimo contra un número ínfimo de infractores.<sup>1509</sup>

### **1.1.2 Políticas no punitivas: estrategia “Banco seguro”**

Existe una fuerte inclinación a limitar la intervención estatal de manera exclusiva a la esfera punitiva. No se debe olvidar que esta es una visión reduccionista, en razón de que las políticas públicas abarcan toda una esfera de incidencia en la

---

<sup>1505</sup> Roberto Bergalli, *¿De cuál control social se habla?*, p. 153-156.

<sup>1506</sup> Francisco Muñoz, *Derecho penal y control social*, p. 22-23.

<sup>1507</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 26-27.

<sup>1508</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 36-41.

<sup>1509</sup> La receptación paso de una pena de seis (6) meses a cinco (5) años de prisión, a una tres (3) a seis (6) años de reclusión. Suplemento del registro oficial No. 160, 29 de marzo de 2010.

sociedad que es el área de incentivos, sería absurdo renunciar a este ámbito en un problema tan sensible como el fenómeno criminal.

Por su naturaleza esta estrategia demandaba un acuerdo entre un conjunto importante de instancias públicas y privadas, el Consejo de la Judicatura inició con bastante éxito este proceso, de manera lamentable, la Superintendencia de Bancos en un momento dado de manera unilateral decidió romper los compromisos previos y mediante una resolución de la junta bancaria tomar el esqueleto del proyecto e intentar ponerlo en funcionamiento.<sup>1510</sup> A pesar de que la falta de una visión técnica impidió que su implementación rindiese los resultados esperados, se ha decidido introducir una descripción de su diseño, porque la concepción con la que fue elaborada abre una serie de posibilidades para la adopción de políticas criminales.

#### **a) Descripción del problema**

En la actualidad existen un conjunto de delitos que, como denominador común, tienen el ser originados o facilitados por bajas condiciones de seguridad de los bancos.<sup>1511</sup> Estos delitos en la última década han proliferado, hoy en día su incidencia contribuye al estado de inseguridad que vive la sociedad ecuatoriana. En concreto se hace referencia a las siguientes modalidades delictivas:<sup>1512</sup>

El primer delito es una modalidad de robo agravado, a la misma que en el léxico común se la ha denominado “*sacapintas*”. Su modo de ejecución consiste en que una o varias personas apostadas al interior de una agencia bancaria, observan las transacciones que realizan los clientes, cuando detectan un retiro en efectivo importante, comunican a otros miembros de la banda ubicados en la calle, quienes fuertemente armados despojan

---

<sup>1510</sup> Consejo de la Judicatura, *Rendición de cuentas: Julio 2011 Julio 2012*, Quito, Consejo de la Judicatura, 2012, p. 150.

<sup>1511</sup> Consejo de la Judicatura, *Rendición de cuentas: Julio 2011 Julio 2012*, p. 150.

<sup>1512</sup> Consejo de la Judicatura de transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 55-57.

a la víctima del dinero. Dado los montos que suelen estar en juego, es común que las víctimas intenten resistirse, por ello son crímenes que no es raro que adquieran altos niveles de violencia e incluso lleguen a desembocar en homicidios.<sup>1513</sup>

Una segunda modalidad delictiva que se pretendía enfrentar era la *clonación de tarjetas de débito y de crédito*. Esta modalidad delictiva consiste en la utilización de una máquina que tiene la capacidad de capturar la información de la tarjeta que consta en la banda magnética y se traspasa a otra similar. Con este instrumento se dispone del dinero de las cuentas de la víctima.<sup>1514</sup>

Una tercera modalidad consiste en la *captura de las tarjetas de crédito*. De manera física se altera las rendijas de los cajeros para conseguir que se queden trabadas las tarjetas, mediante cámaras de video se capta la clave o se la obtiene de la propia tarjeta. Cuando la víctima cree va a denunciar al banco su problema, se aprovecha para sacarla y disponer de los fondos existentes.

Una última modalidad se relaciona con las *transferencias bancarias*; los modos de operación más comunes consistían en la propagación de virus informáticos que permitan capturar la clave de seguridad,<sup>1515</sup> clonar la página web del banco para capturar toda la información necesaria debido que el cliente cree que está realizando una operación común o enviar mensajes a los correos electrónicos que con distintos pretextos solicitan la información necesaria para realizar las estafas.<sup>1516</sup> Existen datos que revelan la incidencia de este tipo de delitos, la Fiscalía registró en el año 2009 ciento sesenta y ocho (168) denuncias, en tanto que para el año el año 2011 solo en el

---

<sup>1513</sup> Banco Amazonas, *¿Qué son los sacapintas?*, "[http://www.bancoamazonas.com/portal/jportal.jsp?idMenu=PI\\_SEG\\_SACA](http://www.bancoamazonas.com/portal/jportal.jsp?idMenu=PI_SEG_SACA)", (Consultado el 28 de febrero de 2013).

<sup>1514</sup> Banco de Guayaquil, *Clonación de tarjetas*, "<http://www.bancoguayaquil.com/seguridad/clonacion.html>", (Consultado el 28 de febrero de 2013).

<sup>1515</sup> Banco de Guayaquil, *Troyanos bancarios*, "<http://www.bancoguayaquil.com/seguridad/troyano.html>", (Consultado el 28 de febrero de 2013).

<sup>1516</sup> Banco de Guayaquil, Phishing, <http://www.bancoguayaquil.com/seguridad/phishing.html#> (Consultado el 28 de febrero de 2013).

primer semestre ya se registró mil trescientas sesenta y seis (1.366) denuncias por estafas electrónicas.<sup>1517</sup>

Lo curioso de este conjunto de fenómenos criminales, consiste en que en el mercado existen algunos mecanismos bastante efectivos para enfrentar estas modalidades delictivas, lamentablemente la indolencia y falta de preocupación por atacar los problemas concretos ha llevado a que no sean utilizados o su uso se restrinja a ciertas sucursales o cajeros.

Para una cabal comprensión de la situación que se vivía, se requiere un breve análisis del seguimiento ejercido por la junta bancaria sobre las distintas instituciones financieras.<sup>1518</sup> Esta instancia de control tenía la facultad de reglar el funcionamiento de los bancos, dentro de estas facultades podía dictar normas tendientes a garantizar niveles de seguridad.<sup>1519</sup> El problema surge una vez más por las sanciones previstas en la normativa para en el incumplimiento de las disposiciones de dicha instancia de control, en este caso las penas previstas se ubican en los dos extremos: frente al primer incumplimiento, la sanción aplicable es una multa cuyo tope máximo no llega a los nueve mil (9.000) dólares; en tanto que una segunda etapa, ante la reiteración se preveía la suspensión por un mes de la institución bancaria.

Esta experiencia dibuja el panorama completo de las normas extremas, por ambos senderos se llega al mismo destino: la impunidad. Las sanciones pecuniarias eran tan minúsculas, en relación al poder económico del destinatario, que en la práctica no generan ningún estímulo en el ente sometido a control para cumplir las disposiciones y lo que es peor, tampoco para que el órgano de control ejerza su función en razón de que sentía ilusa su intervención.<sup>1520</sup>

---

<sup>1517</sup> Cifras de la Fiscalía General.

<sup>1518</sup> Consejo de la Judicatura, *Rendición de cuentas: Julio 2011 Julio 2012*, p. 150.

<sup>1519</sup> Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, p. 205-206.

<sup>1520</sup> Winfried Hassemer, *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*, p. 18.

En tanto que la siguiente alternativa, la suspensión de un banco por treinta (30) días, es una sanción que conlleva repercusiones de tal naturaleza para la institución financiera, sus clientes y la confianza ciudadana en el sistema bancario, que el organismo de control no estaba dispuesto a soportar las posibles consecuencias; motivo por el cual también ha quedado en el papel. Desde esta perspectiva, la situación en la práctica equivalía a una esfera social que fue puesta al margen del estado de derecho, porque las leyes perdían su esencia en el momento en que no conllevaban una consecuencia jurídica concreta.<sup>1521</sup>

#### **b) Descripción de la estrategia**

La estrategia consistió en que a falta de una consecuencia jurídica, las instituciones del Estado podían generar otro tipo de respuestas de naturaleza diversa a las sanciones.<sup>1522</sup> Por así decirlo, la idea puede ser resumida en la utilización de zanahorias en vez de látigos. El sistema consistía en generar un esquema de incentivos elevados que un primer momento estimule y a mediano plazo lleguen incluso a garantizar la adopción de las pautas de seguridad recomendadas.<sup>1523</sup>

La política consistió en crear un listado de buenas prácticas en materia de seguridad, discutirlos y complementarlos con otras propuestas que los bancos tuviesen. Una vez elaborada esta herramienta, el generar una especie de certificación netamente moral por parte de las instituciones del sector estatal como reconocimiento a aquellas instituciones que cumplían con esas normas. El uso de esta certificación de “banco seguro” daba derecho a la institución a poder publicitarla, de la misma forma, la

---

<sup>1521</sup> Ralf Dahrendorf, *Ley y orden*, p. 34-35.

<sup>1522</sup> Alberto Binder, *De las “repúblicas aéreas” al estado de derecho. Debate sobre la marcha de la reforma judicial en América Latina*, p. 281-282.

<sup>1523</sup> Consejo de la Judicatura de transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 55-57.

institucionalidad estatal por su parte emprenderían en una campaña de reconocimiento a aquellas instituciones que habían cumplido los parámetros fijados.<sup>1524</sup>

Dada la demanda ciudadana de seguridad<sup>1525</sup> y la preocupación por este tipo de infracciones, las repercusiones prácticas para una institución bancaria al momento de quedarse fuera de esta certificación no eran despreciables.<sup>1526</sup> En este contexto, era previsible que a mediano plazo la gran mayoría de las instituciones financieras adopten los parámetros fijados.<sup>1527</sup>

Las estrategias concretas para enfrentar cada delito, se basaron en esquemas funcionales diseñados por el mismo sector bancario, experiencias tomadas de otros países y en algún caso hubo un diseño propio de los responsables. La idea era plasmar un listado de buenas prácticas, siempre concebidas con un alto grado de flexibilidad con el fin de poder actualizarlas y reformarlas de manera permanente.<sup>1528</sup>

La intervención se dirige a atacar elementos claves para desarmar la cadena delictiva, en cada una de las modalidades: para enfrentar el delito de *sacapintas* se propuso utilizar una de las líneas de política criminal prometedoras para prevenir el delito, intervenir en el medio físico para desincentivar la criminalidad.<sup>1529</sup> Cambiar el diseño arquitectónico en los bancos con el fin de que no exista la posibilidad de que quien espera pueda ver la transacción que realiza una persona en la caja. Los métodos propuestos eran mediante la separación física de estas dos áreas o el que para ingresar a cada caja exista una cabina cerrada que interrumpa el contacto visual con las personas que hacían fila.

---

<sup>1524</sup> Consejo de la Judicatura de transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 55-56.

<sup>1525</sup> Miguel Carbonell, *Justicia penal y Derechos fundamentales*, p. 57-61.

<sup>1526</sup> Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, p. 205-208.

<sup>1527</sup> Consejo de la Judicatura, *Rendición de cuentas: Julio 2011 Julio 2012*, p. 150.

<sup>1528</sup> Consejo de la Judicatura, *Rendición de cuentas: Julio 2011 Julio 2012*, p. 150.

<sup>1529</sup> Juli Ponce, "La perspectiva urbanística", en *La seguridad pública ante el derecho penal*, Santiago Mir y Joan Quralt directores, Madrid, Edisofer, 2010, p. 41-42.



Con respecto a la *clonación de tarjetas*, se propuso un método empleado ya en algunos países europeos y por un par de instituciones de nuestro país, el dotar a las tarjetas de un chip.<sup>1530</sup> La inexistencia en nuestra sociedad de la tecnología para clonar chips, hace que esta estrategia sea prometedora. Se tiene conciencia de que con el tiempo los infractores van a conseguir la tecnología necesaria para replicarlos, para ese momento se habrán diseñado en el mercado chips más seguros u otras modalidades que dificulten la violación, así que habrá que actualizar la estrategia.<sup>1531</sup>

Para evitar la *captura de tarjetas*, se propuso la introducción de obstáculos físicos que impiden la manipulación de las rendijas por donde se introducen las tarjetas o el cambio de los cajeros por modelos más nuevos donde la tarjeta ya no ingresa físicamente al cajero y el cliente puede retirarla en cualquier momento.

En relación a las *estafas electrónicas* se propuso un mecanismo de preguntas de validación adicional, la tarjeta E-KEY<sup>1532</sup> o el sistema biométrico;<sup>1533</sup> mecanismos que evitan que la sola captura de la clave sea suficiente para consumir una defraudación bancaria.

Este conjunto de propuestas sólo era la base para iniciar las negociaciones y mostrar el potencial de la estrategia. Esta labor inició en Quito, en un primer momento se llegó a un acuerdo que aglutinó al Consejo de la Judicatura, Municipio, Fiscalía, Asociación de Bancos Privados y la Superintendencia de Bancos.

---

<sup>1530</sup> Cluster E-business, *Seguridad en tarjetas con microprocesador: procedimientos de evaluación y consecución de estándares*, "<http://cluster-ebusiness.com/es/otni/documentacion/articulos/seguridad-en-tarjetas-con-microprocesador-procedimientos-de-evaluacion->", (Consultado 28 de diciembre de 2013).

<sup>1531</sup> Cluster E-business, *Seguridad en tarjetas con microprocesador: procedimientos de evaluación y consecución de estándares*.

<sup>1532</sup> Banco del Pichincha, *E-KEY*, "<http://www.pichincha.com/web/temas.php?ID=141>", (Consultado el 28 de febrero de 2013).

<sup>1533</sup> Banco del Pichincha, *Sistema de Ingreso Biométrico*, "[https://www.pichincha.com/ayuda/sistemaIngresoBiometrico.html?placeValuesBeforeTB\\_=savedValues&TB\\_iframe=true&height=520&width=770&modal=truehttp://www.pichincha.com/web/temas.php?ID=141](https://www.pichincha.com/ayuda/sistemaIngresoBiometrico.html?placeValuesBeforeTB_=savedValues&TB_iframe=true&height=520&width=770&modal=truehttp://www.pichincha.com/web/temas.php?ID=141)", (Consultado el 28 de febrero de 2013).

De manera lamentable esta última institución decidió de manera unilateral tomar las ideas concretas, llevar el tema a la Junta Bancaria y expedir una reglamentación convirtiéndolas en obligatorias. Se podría pensar que esta decisión garantiza la implementación de estas estrategias e incluso que al ser un mandato jurídico debería ser más efectivo, sin embargo hasta la fecha no existe ningún cambio visible, porque como se había anotado la desproporción de las sanciones las vuelven inútiles o inviables.<sup>1534</sup>

### **c) Repercusiones de la experiencia**

A pesar de que la experiencia no llegó a materializarse más allá del ámbito netamente jurídico, sin embargo el proceso de diseño e intento de implementación dejó varias enseñanzas:

**(i) Políticas públicas y trabajo interinstitucional.-** El primer aprendizaje que saca a relucir esta experiencia, es el potencial que adquieren las políticas públicas cuando las diversas instituciones se unen de forma creativa para alcanzar un fin común. En este caso concreto, había una duda de cuál era la institución competente para tomar una política pública, como generar un método de certificación como incentivo a la adopción de mejores prácticas; sin embargo, cuando se coaligaron las instituciones mencionadas quedó pocas dudas que todas juntas tenían esa facultad, además que se acrecentaba su legitimidad.

**(ii) Políticas públicas e incentivos.-** La segunda enseñanza se relaciona con la posibilidad de que las instituciones estatales puedan adoptar políticas criminales mediante herramientas distintas de la mera imposición de sanciones. En este caso, se

---

<sup>1534</sup> Consejo de la Judicatura de transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 57.

evidencia el potencial de emplear incentivos para conseguir variar la conducta de actores centrales en el desenvolvimiento social.<sup>1535</sup>

**(iii) Políticas públicas y legitimidad institucional.-** El tercer factor a destacarse, consiste en la utilización de la legitimidad con que cuentan las instituciones como herramienta para incidir en el contexto social. El ser organismos de control e instituciones con atribuciones en las materias donde se quiere intervenir, constituye un acervo importante de legitimidad, el mismo que si es usado de manera creativa puede convertirse en una herramienta eficaz para cimentar políticas criminales.<sup>1536</sup>

**(iv) Políticas criminales y experiencias exitosas.-** Esta experiencia revela una rica fuente para la formulación de políticas públicas, en ocasiones el estar atentos a estrategias desarrolladas en la propia sociedad o en el contexto internacional. El replicar o adaptar experiencias probadas es una excelente opción, en un momento donde la inercia tradicional ha generado una crisis en materia de creatividad.<sup>1537</sup>

**(v) Combinación de políticas públicas y privadas.-** Esta política se analizó dentro de las de naturaleza pública, en razón a que la estrategia marco, de generar una certificación fue una iniciativa estatal surgida en el Consejo de la Judicatura. Sin embargo, es justo considerarla mixta porque la mayoría de las estrategias elegidas para enfrentar cada uno de los fenómenos criminales fueron diseñadas por el sector privado. Este tipo de combinaciones contribuye a ampliar el abanico de oportunidades.

## 1.2 Políticas surgidas de la sociedad civil: el control del robo de cerebros electrónicos de vehículos

Esta experiencia está destinada a mostrar como el sector privado puede ser una fuente de generación de políticas criminales.<sup>1538</sup> En este caso la experiencia a analizarse

---

<sup>1535</sup> Irvin Waller, *Menos represión. Más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, p. 156-161.

<sup>1536</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>1537</sup> Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, p. 205-209.

<sup>1538</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

consiste en un complejo proceso de estrategias adoptadas por más de cinco (5) intervenciones sucesivas por parte del sector empresarial para enfrentar un fenómeno criminal concreto.<sup>1539</sup> Es interesante observar la capacidad de mutación que tienen los circuitos criminales, así como el nivel de flexibilidad y constancia que demanda gestionar un fenómeno criminal.

#### a) Descripción del problema

A finales del 2006 y principios del 2007, en el Ecuador se produjo un fenómeno delictivo importante, durante unos meses proliferó el robo de cerebros electrónicos de los vehículos.<sup>1540</sup> El nivel de generalización que alcanzó, lo llevó a convertirse en un problema relevante para la convivencia, al menos de una parte de la sociedad.<sup>1541</sup> El factor que marcó el auge de este delito, vino dado porque los nuevos vehículos traían este componente que tenía un costo elevado. Desde el punto de vista de económico,<sup>1542</sup> una actividad casi tan sencilla como el robo de accesorios, permitía apoderarse de un dispositivo que en el mercado estaba valorado entre mil cuatrocientos (1.400) a dos mil dólares (\$2.000).<sup>1543</sup>

El saldo del análisis de costo - beneficio no tardó en generar la proliferación de circuitos criminales destinados a esta nueva modalidad delictiva.<sup>1544</sup> Para diciembre del 2006 este problema alcanzó un pico tan elevado que sólo ante la Policía Judicial de Pichincha se presentaron dos cientos (200) reportes de vehículos que sufrieron esta modalidad de robo.<sup>1545</sup> Como un dato llamativo que refleja lo inusual del incremento delictivo, se puede citar que la demanda que existió de este componente, generó que los

---

<sup>1539</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 75-77.

<sup>1540</sup> Diario Hoy, *El robo de "cerebros" está de moda*, "Hoy.com.ec, <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/el-robo-de-cerebros-esta-de-moda-257473.html>", (Consultado el 13 de febrero de 2013).

<sup>1541</sup> Miguel Carbonell, *Justicia penal y Derechos fundamentales*, p. 57-61.

<sup>1542</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 35-41.

<sup>1543</sup> Diario Hoy, *El robo de "cerebros" está de moda*.

<sup>1544</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 30-40.

<sup>1545</sup> Diario Hoy, *El robo de "cerebros" está de moda*.

proveedores de esta parte se quedasen sin disponibilidad en bodega para determinados modelos; hubieron vehículos que quedaron parados por meses hasta realizar nuevas importaciones. Cuando el mercado se afectó por este pico delictivo, debido a que los usuarios comenzaron a considerar este factor para decidir que vehículo y modelo adquirir, se generó el escenario ideal para que el sector privado pusiese toda su creatividad para enfrentarlo.

#### **b) Descripción de la estrategia**

La primera respuesta vino del extranjero, comenzaron a ser patentes las ventajas competitivas de ciertos modelos que traían una modalidad de cerebros electrónicos distinta. Contaban con un código electrónico único que solo le hacía compatible con ese vehículo, realidad que rompió la actividad delictiva, porque a no ser que se le vendiese ese cerebro al mismo propietario, era una pieza sin interés en el mercado.<sup>1546</sup>

Ante la pérdida de competitividad, marcas como Chevrolet, que era la dominante en el mercado, y Toyota durante los años 2007 y 2008 crean una segunda estrategia, realizan grandes importaciones y bajan radicalmente el precio del dispositivo. Se podría decir que la política consistió en subsidiar este componente, con el fin de que por precio deje de ser atractiva su sustracción y romper la actividad delictiva. Una vez más el objetivo se consiguió y estas marcas conservaron sus ventas.<sup>1547</sup> Desde luego esta estrategia a pesar de ser efectiva, resultaba poco atractiva desde el punto de vista económico como para mantenerla de forma permanente.

No sólo el sector privado posee la creatividad necesaria para romper el equilibrio entre control social y control delictivo,<sup>1548</sup> los circuitos criminales también utilizaron la misma lógica; buscaron acceder a la tecnología necesaria para falsear el esquema de

---

<sup>1546</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 35-41.

<sup>1547</sup> El telégrafo, *El cerebro del carro, entre los accesorios más robados*, "<http://www.telegrafo.com.ec/noticias/judicial/item/el-cerebro-del-carro-entre-los-accesorios-mas-robados.html>", (Consultado el 14 de febrero de 2013).

<sup>1548</sup> Roberto Bergalli, *¿De cuál control social se habla?*, p. 153-156.

seguridad de los cerebros con individualización electrónica. Adquirieron equipos que permiten cambiar el código único de los cerebros y la cadena comercial ilícita agregó un nuevo eslabón, el mismo que incluía el “servicio” de cambio de la clave de seguridad.<sup>1549</sup>

Las empresas al ver que había sido burlado su esquema de seguridad, originalmente establecido buscaron nuevas alternativas, en ocasiones profundizaron la estrategia, cambiaron a una nueva tecnología más fiable con lo que dejaron obsoletas las máquinas existentes en el mercado. De manera lamentable el impacto a la larga fue limitado, porque se tendió a repetir el fenómeno, los circuitos criminales terminaron por acceder a esta nueva tecnología <sup>1550</sup>

Otras optaron por explorar nuevos mecanismos, por su trascendencia vale la pena destacar dos (2) modalidades basadas en seguridad física y una tercera, destinada a elevar el conocimiento técnico requerido para su instalación: La primera, consiste en implementar verdaderas cajas de seguridad que contienen este dispositivo, con el fin de impedir o al menos desincentivar su extracción, debido a que el tiempo y las herramientas requeridas disminuyen su nivel de compatibilidad con un robo que simplemente aprovecha de un vehículo estacionado. La segunda es más compleja, consiste en que ciertos modelos ubican el cerebro electrónico en diversos lugares poco accesibles dentro del vehículo, con el fin de obligar a los infractores a tener que buscarlo, consiguiendo nuevamente niveles de incompatibilidad importantes con un robo común de accesorios.

Por último hay marcas que han apostado por complejizar el conocimiento requerido para la instalación del componente. Estrategia que se basa en el supuesto de que al elevar el nivel técnico requerido incorporar estos dispositivos al mercado, se

---

<sup>1549</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 30-40.

<sup>1550</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 84-85.

incrementan los costos para los circuitos criminales y baja en nivel de incentivo.<sup>1551</sup> La tendencia que en este momento se ha impuesto es la combinación de varias estrategias de seguridad.<sup>1552</sup>

En términos generales, este proceso está marcado por desarrollos sucesivos de políticas criminales adoptadas desde el sector privado y mutaciones de los medios utilizados por los circuitos criminales; es interesante notar que la perseverancia para enfrentar esta modalidad de conducta antisocial tuvo un saldo positivo.<sup>1553</sup> El estado actual está marcado por un fenómeno delictivo que si bien no puede ser considerado como extinto, pero su incidencia está dentro de los parámetros aceptables.<sup>1554</sup> Hoy en día ya no cuenta con la capacidad de repercutir sobre la convivencia de la sociedad ecuatoriana,<sup>1555</sup> este es un logro que se encasilla dentro del concepto de gestión de criminalidad manejado en este estudio.<sup>1556</sup>

Desde el punto de vista conceptual, este ejemplo produce la ruptura más extrema con respecto al concepto tradicional de política criminal. En esta ocasión, no sólo se varía el instrumento a utilizarse, también cambia el sujeto responsable. Si este saber se ocupa del: “conjunto de intervenciones mediante el cual la sociedad da respuesta al fenómeno criminal”; resulta que la facultad de generar estrategias no recae solo en el sector estatal, existe la posibilidad de que distintos sectores de la sociedad puedan implementarlas, en este caso el sector empresarial. Desde luego que la diferencia radica en que el sector privado no tiene capacidad para influir jurídicamente en la sociedad. Sus herramientas al igual que en el caso de los bancos se relaciona con la forma como elaboran los bienes o servicios que ofertan y los esquemas de seguridad que adoptan.

---

<sup>1551</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 89-90.

<sup>1552</sup> El telégrafo, *El cerebro del carro, entre los accesorios más robados*.

<sup>1553</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>1554</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 75-77.

<sup>1555</sup> Miguel Carbonell, *Justicia penal y Derechos fundamentales*, p. 57-61.

<sup>1556</sup> Alberto Binder, *De las “repúblicas aéreas” al estado de derecho. Debate sobre la marcha de la reforma judicial en América Latina*, p. 261-263.

¿Por qué estas intervenciones son políticas criminales?, en razón de que cumplen con los dos requisitos establecidos. En primer lugar es una intervención destinada a gestionar un fenómeno criminal: el robo de un componente de los vehículos. En segundo lugar son estrategias que de manera directa inciden en el fenómeno criminal, la razón de ser de este requisito es diferenciarlas de las políticas sociales, sin que por la naturaleza de las estrategias descritas quede duda de su adscripción.<sup>1557</sup>

### **c) Repercusiones de la experiencia**

**(i) La Política criminal es una responsabilidad social.-** La estrategia descrita, deja en evidencia que la política criminal no es sólo una tarea exclusiva de las instituciones estatales, si bien las instancias oficiales tienen la obligación de liderar la política criminal, la sociedad en su conjunto debe asumir un compromiso con la gestión de la conflictividad.<sup>1558</sup> Si el diseño de las mercancías que ofertan las grandes corporaciones, favorecen la creación de mercados ilegales de objetos robados, no es justo que estos actores no tengan responsabilidad alguna con la convivencia.

**(ii) Participación social y creatividad.-** Si se compagina el papel que el sector privado ha cumplido en materia de dinamizar el mercado de bienes y servicios, con la capacidad de innovación demostrada en este proceso de introducción de distintas estrategias político criminales, no parece una mala idea buscar métodos para tratar de canalizar ese potencial a la creación de herramientas y estrategias de gestión de la conflictividad.<sup>1559</sup> Se debe tener en cuenta que el limitante más grande que ha tenido la política penal en su desarrollo es la falta de creatividad.<sup>1560</sup>

De hecho, si se piensa en iniciativas mixtas tales como alianzas estratégicas con determinadas empresas o concursos abiertos para diseños de políticas criminales el

---

<sup>1557</sup> Mariano Ciafardini, *Política criminal y prevención general del delito*, p. 257-262.

<sup>1558</sup> Mireille Delmas-Marty, *Modelos actuales de Política criminal*, p. 19.

<sup>1559</sup> Alberto Binder, *De las "repúblicas aéreas" al estado de derecho. Debate sobre la marcha de la reforma judicial en América Latina*, p. 261-263.

<sup>1560</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.



panorama se vuelve prometedor. El sólo imaginarse que se puede combinar la creatividad del sector privado, con el direccionamiento, capacidad de generalización e inversión del Estado permiten soñar con una política criminal boyante.<sup>1561</sup>

**(iii) Estrategias complementarias.-** El análisis realizado saca a relucir un factor relevante para la implementación de políticas criminales, es común que existan distintos métodos de intervención posibles, en algunos casos serán entre sí excluyentes, pero en otros es posible combinarlos para acumular sus potencialidades. En la experiencia estudiada, la suma de estrategias generó que la actividad criminal deje de ser atractiva.<sup>1562</sup>

**(iv) Constancia y flexibilidad de las políticas públicas.-** Esta experiencia muestra de manera condensada una realidad que suele ser general en materia de políticas criminales, se trata de un fenómeno en construcción donde las intervenciones de la sociedad y del sector delictivo cambian de manera relevante la realidad social.<sup>1563</sup> Introduce la dimensión temporal que conlleva la gestión de la conflictividad.<sup>1564</sup>

El sector privado en esta experiencia da un ejemplo del nivel de constancia, compromiso y creatividad que demanda enfrentar circuitos criminales caracterizados por su capacidad de variar y adaptarse a las nuevas circunstancias que le impone la política penal.<sup>1565</sup> Lo normal es que la implementación de una intervención no marque la finalización de la construcción de una política criminal, más bien es común que sea el punto de partida de un proceso sostenido en el tiempo.<sup>1566</sup> Como se puede ver la política criminal demanda espacios permanentes de análisis, reflexión, generación e implementación, por ello parece correcta que la tendencia a crear dentro de los

---

<sup>1561</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 42-43.

<sup>1562</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 75-76.

<sup>1563</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>1564</sup> Alberto Binder, *De las "repúblicas aéreas" al estado de derecho. Debate sobre la marcha de la reforma judicial en América Latina*, p. 261-263.

<sup>1565</sup> El telégrafo, *El cerebro del carro, entre los accesorios más robados*.

<sup>1566</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

municipios estructuras permanentes para cumplir esta finalidad. Lamentablemente estas instancias todavía en nuestro país no han mostrado la capacidad de innovación que deberían tener.<sup>1567</sup>

### Otras estrategias

Para el análisis de oportunidades de intervención de origen social se ha dividido el estudio en dos sectores, intervenciones relacionadas con el (a) sector empresarial y (b) sector comunitario.

a) **Sector empresarial.-** El sector privado por la amplitud de áreas en las que tiene presencia, ha alcanzado un potencial elevado para desarrollar estrategias o al menos instrumentos que apuntalen la política criminal. La creatividad que logra desplegar el deseo de progreso individual al momento de generar nuevos productos y servicios, como Dahrendorf lo ha anotado, son el motor del desarrollo social.<sup>1568</sup> Dada la complejidad del abanico de posibilidades, resulta de interés enumerar una serie de instrumentos y servicios que el sector privado puede ofertar, por razones de espacio solo se destacará tres (3) categorías: **(i) métodos relacionados con sistema de vigilancia**, tales como: sistemas de videos, guardianía privada, alarmas para vehículos, viviendas, espacios públicos y establecimientos comerciales, entre otros.<sup>1569</sup>

**(ii) Diseño de bienes**, categoría que incluye cuatro (4) ámbitos que deben ser destacados: primero, diseño del propio objeto que pretende asegurarse, en cuyo caso la estrategia consiste en dotarle de características que compliquen su substracción. Segundo, diseño del entorno físico, existen avances importantes alcanzados por ciertas escuelas de pensamiento arquitectónico, en materia de crear espacios con determinadas

---

<sup>1567</sup> Irvin Waller, *Menos represión. Más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, p. 163-164.

<sup>1568</sup> Ralf Dahrendorf, *Ley y orden*, p. 56-57.

<sup>1569</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 127.

condiciones que favorecen la seguridad.<sup>1570</sup> Tercero, elementos de seguridad, tales como: cajas fuertes, puertas, cerraduras, cercos eléctricos y sistemas de luces con encendido automático, etc. Cuarto, métodos de marcación para evitar el comercio de cosas robadas, un ejemplo interesante de esta estrategia, ha sido el marcar espejos y otros accesorios de vehículos con la placa del coche al que pertenecen.

**(iii) Nuevas herramientas tecnológicas,** el sector privado está a la cabeza en la aplicación de nuevas tecnologías, el potencial de estos instrumentos ha quedado en evidencia en las dos últimas experiencias. Para efectos de graficar su impacto que pueden alcanzar estos instrumentos, basta hacer referencia a una política criminal que fue aprobada por el Presidente de la República en un gabinete interinstitucional de seguridad en enero del 2013. La misma consiste en incluir la detección satelital como requisito para la matriculación vehicular, política que tiene el potencial para convertir en residual la incidencia de robo de vehículos. De la misma manera, más adelante se hará referencia al uso de esta tecnología para la supervisión de las personas sometidas a un régimen de libertad controlada e incluso para prevenir problemas de violencia intrafamiliar.<sup>1571</sup>

**b) Políticas comunitarias.-** La fecundidad que tienen las intervenciones basadas en la organización barrial y comunitaria, hoy en día es una de las esferas más prometedoras. Este tipo de intervenciones incluyen métodos tales como: la vigilancia vecinal, mecanismos de reacción rápida ante delitos cometidos y la reapropiación de espacios estratégicos que son focos de inseguridad.<sup>1572</sup> En el contexto internacional hay varios ejemplos del impacto que puede tener cuando una comunidad limitada se ocupa

---

<sup>1570</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 126.

<sup>1571</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>1572</sup> Irvin Waller, *Menos represión. Más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, p. 85-90.

de su seguridad,<sup>1573</sup> en el Ecuador se ha trabajado ya bajo este concepto, pero lamentablemente no ha tenido la solidez necesaria, al momento no se cuenta con experiencias con resultados verificables. Siendo este el motivo por el que no se ha incluido un caso de estudio.<sup>1574</sup>

## 2. Políticas Reactivas

El segundo gran eje en materia de políticas criminales, engloba un conjunto de intervenciones cuyo influjo se manifiesta una vez que el delito ha sucedido. Dentro de la estrategia global de gestión de la conflictividad, en ocasiones no será posible evitar el cometimiento de la infracción y se debe tener en cuenta que el dejar la conflictividad a su suerte, el único efecto que produce es propiciar “la ley del más fuerte”.<sup>1575</sup> Por tanto, para la convivencia ciudadana es indispensable que la política criminal ofrezca mecanismos de solución a delitos ya consumados.<sup>1576</sup>

### 2.1 Políticas estatales

Dentro de este título se analizarán dos experiencias: la primera, (2.1.1) “Políticas punitivas: la unidad de delitos flagrantes” destinada a analizar la posibilidad de mejorar la efectividad del sistema penal para resolver los conflictos criminales que llega a conocer;<sup>1577</sup> la segunda, (2.1.2) “Políticas no punitivas: la experiencia del cierre de la impunidad en tránsito” cuyo fin es analizar las opciones que el Estado puede propiciar para el uso de métodos autocompositivos y por este medio contribuir de manera relevante a la convivencia ciudadana.<sup>1578</sup>

---

<sup>1573</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 82-84.

<sup>1574</sup> Irvin Waller, *Menos represión. Más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, p. 85-98.

<sup>1575</sup> Alberto Binder, *De las “repúblicas aéreas” al estado de derecho. Debate sobre la marcha de la reforma judicial en América Latina*, p. 261-263.

<sup>1576</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>1577</sup> Consejo de la Judicatura, *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 185-187.

<sup>1578</sup> Consejo de la Judicatura, *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 190-191.

### 2.1.1 Políticas punitivas: la unidad de delitos flagrantes

El efecto preventivo de la política criminal hasta aquí analizado, no debe llevar a subestimar la trascendencia que tiene el otorgar una respuesta a conflictos que ya se han generado. Nada puede desgarrar más la vida en sociedad que la renuncia aplicar sanciones frente a violaciones concretas. Como quedó en evidencia con la experiencia de la despenalización fáctica del hurto y robo, las propias reglas de convivencia se juegan en la imposición de sanciones;<sup>1579</sup> por ello es que a pesar de que no sea el área más llamativa ni con mejor prensa de la política criminal, el mecanismo universal de cierre del sistema siempre es el sistema penal tradicional.

Uno de los objetivos legítimos de la política criminal, es ocuparse de que este instrumento tenga un nivel de influjo relevante. De hecho, un factor determinante para el problema de convivencia que hoy sufren las sociedades modernas es la poca efectividad de esta herramienta de gestión criminal.<sup>1580</sup> Escuelas como el minimalismo y el abolicionismo han relevado datos indiscutibles sobre la crisis existente.<sup>1581</sup>

La experiencia a estudiarse se centra en una esfera de intervención de la política criminal todavía no explorada en este estudio: el ocuparse del funcionamiento de las instituciones. La política criminal a pesar de ser un saber aplicado, todavía le cuesta asumir que tiene un papel que cumplir en esta materia, de manera reciente surgen autores como Mariano Cifardini que comienzan a pronunciarse sobre esta necesidad:

Además de la factura de leyes penales y procesal-penales, sería materia de política criminal la interpretación dogmática y jurisprudencial de estas normas, pero también el entendimiento acerca de rediseño institucional del propio poder judicial en materia

---

<sup>1579</sup> Ralf Dahrendorf, *Ley y orden*, p. 40-41.

<sup>1580</sup> Ralf Dahrendorf, *Ley y orden*, p. 35-37.

<sup>1581</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 18-19.

penal, de las estructuras policiales, de los servicios penitenciarios y de los organismos de gobierno involucrados en la represión del delito.<sup>1582</sup>

Su aporte esencial consiste en mostrar como una estrategia destinada al rediseño funcional permite mejoras importantes en la calidad de servicio público que otorga la justicia tradicional.<sup>1583</sup> La lógica de esta experiencia se basa en crear un esquema interinstitucional diferenciado para un tipo de delitos que tienen como particularidad, el contar desde el primer momento con elementos probatorios necesarios como para ser llevado a juicio y conseguir una respuesta judicial.

#### **a) Descripción del problema**

El diseño institucional anterior era poco efectivo para desarrollar una persecución adecuada de este tipo de delitos, entre los problemas existentes se ha decidió destacar cuatro (4): El primero, guarda relación con el propio (*i*) *diseño de la unidad* de la fiscalía encargada del trámite de este tipo de infracciones. Era una unidad especializada de fiscales permanentes que mediante turnos se ocupaba de recibir estas infracciones y pasar la primera audiencia. En esta diligencia de manera general se suele resolver la legalidad de la detención, formulación de cargos y medidas cautelares.<sup>1584</sup>

El problema consistía en que su diseño fue creado para responder de manera específica a las necesidades de esta audiencia, sin que haya existido una visión integral de que este era solo un paso del proceso y que el fin último es llegar a la resolución de la causa<sup>1585</sup>. No se tuvo consciencia de que las primeras horas, luego de sucedida la infracción son cruciales, luego de la detención del sospechoso, cuando es llevado a la unidad, se produce un momento único para efectos de armar el caso. Hasta sus

---

<sup>1582</sup> Mariano Ciafardini, *Política criminal y prevención general del delito*, p. 260.

<sup>1583</sup> Luciano Hazan, *Informe de evaluación del proceso de fortalecimiento del sistema acusatorio en la Provincia de Buenos Aires – plan de flagrancia*, p. 233-235.

<sup>1584</sup> Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, p. 228-231.

<sup>1585</sup> INECIP – Ceja, “Informe evaluativo del plan piloto para la profundización del sistema acusatorio en Mar del Plata”, en *Sistemas judiciales*, No. 11, Santiago, Ceja, 2006, p.48-49.

instalaciones por lo general llegan víctimas, testigos, agentes policiales que participaron en la detención y la evidencia. Si este momento, se puede armar el caso y dejarlo listo para el juicio o al menos con un nivel de avance en el que sólo se requiera alguna diligencia adicional como una pericia para cerrarlo.

El no aprovechar esta coyuntura, con frecuencia genera la pérdida de la oportunidad de recopilar cierta evidencia como las versiones de víctimas y testigos, en razón de que no es seguro que en los días siguientes vuelvan a concurrir a la Fiscalía para colaborar con la investigación.<sup>1586</sup> Incluso en caso que lo hiciesen, de por sí se genera ya un problema funcional, la causa comienza a dilatarse y como se analizará más adelante este es un factor relevante para la pérdida de efectividad.<sup>1587</sup>

El segundo problema radica en la (ii) *falta de esquemas funcionales para la tramitación de casos flagrantes*. Una vez que ingresaban los casos a las unidades especializadas se confundía con los casos regulares, sin que se hubiese instaurado un trato diferenciado para este tipo de delitos.<sup>1588</sup>

Para advertir la trascendencia de este problema funcional, se requiere partir de que la mayoría de estos casos cuentan con toda o casi toda la información requerida para ser cerrados, a diferencia de lo que sucede con los casos no flagrantes, donde es común que esté toda la evidencia por recopilar. El someterles a un trato uniforme, desemboca en prácticas poco funcionales, como el haberse impuesto el uso de delegaciones amplias y genéricas a la Policía para que investigue todo cuanto creyese necesario, hábito que si bien tiene algún sentido en un caso común, es incompatible con un trámite que ya está listo o casi listo para ir a juicio.<sup>1589</sup> El perjuicio concreto radica en

---

<sup>1586</sup> Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, p. 228-231.

<sup>1587</sup> Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, p. 255-256.

<sup>1588</sup> Consejo de la Judicatura, *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 185-187.

<sup>1589</sup> Consejo de la Judicatura, *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 185-187.

que hasta que la delegación se cumpla, suele transcurrir casi el plazo total que la ley da para el cierre de la investigación.<sup>1590</sup>

Este problema alcanzó niveles tan serios que incluso pretendió ser corregido mediante una reforma legal, en marzo del 2009 se consagró el plazo máximo de treinta (30) días para el cierre de la investigación en delitos flagrantes, en tanto que para los restantes se mantuvo el plazo tradicional de noventa (90) días.<sup>1591</sup> Lo curioso es que la Fiscalía impulsó esta reforma, justo aquella institución que con un simple cambio de hábitos internos podía conseguir solventar esta dificultad.<sup>1592</sup> De hecho, la tendencia con el tiempo se ha radicalizado, en este momento en el COIP se establece el “procedimiento directo”, trámite en el cual un caso flagrante debería estar en juicio en un plazo máximo de diez (10) días.

El tercer problema, está muy relacionado con el anterior, pero en esta ocasión tiene que ver con un tema doméstico, la confusión entre *(iii) trámites flagrantes y no flagrantes* que se producen en los archivos fiscales. Dada la acumulación de causas que sufren los despachos, genera una pérdida sustancial en la capacidad de un impulso efectivo de las investigaciones.<sup>1593</sup> En el momento que ingresaban este tipo de delitos a estos archivos, no era raro que a pesar de que estaban listos para ser llevados a juicio, si la víctima no se ocupaba de promover su avance, de facto permanecían simplemente almacenados en el archivo hasta que se cumplan los plazos legales.<sup>1594</sup>

Un último problema, se relacionaba con el *(iv) modelo organizativo de los juzgados y tribunales*. En razón de que el esquema imperante había sido marcado por casos no flagrantes y lo que es peor por prácticas poco comprometidas con los

---

<sup>1590</sup> Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, p. 255-256.

<sup>1591</sup> Suplemento Registro oficial, 24 de marzo de 2009, No. 555.

<sup>1592</sup> Código de procedimiento penal, artículo innumerado introducido luego del artículo 161.

<sup>1593</sup> Cristián Riego, “Informe comparativo. Proyecto [seguimiento de los procesos de reforma en América Latina]”, en *Sistema judiciales* N° 3, Santiago, Ceja, 2.002, p. 55-56.

<sup>1594</sup> Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, p. 228-232.



resultados, los esquemas arraigados en la función judicial no respondían a la necesidad de alcanzar en tiempos cortos el juzgamiento.<sup>1595</sup> Por ello no era raro que desde que el fiscal cerraba la investigación hasta que se diese la audiencia pase un par de meses.

Como se puede ver la mayoría de los problemas analizados desembocan en la traba funcional más seria para este tipo de infracciones: el tiempo. El problema real en este tipo de casos, no consiste en contar con evidencia suficiente, radica en que la duración del trámite lo deteriora de manera acelerada. Mientras más tiempo pasa, menos probable es que víctimas y testigos comparezcan al juicio, escenario donde la ausencia en especial del ofendido suele implicar la imposibilidad de probar la infracción.

#### **b) Descripción de la estrategia**

La estrategia consistió en generar un nuevo diseño funcional donde todas las instituciones relacionadas con el sistema penal, revisen sus esquemas operativos para adaptarlos a las necesidades específicas de este tipo de delito. En especial, se buscó aprovechar ese primer momento luego de la detención, para recebar casi toda la evidencia necesaria para ir a juicio. Sobre esta base se buscó montar un trabajo intensivo capaz de garantizar trámites cortos, favorecer el uso de salida alternativas al juicio y con un esquema de control efectivo impedir el rezago de las causas.<sup>1596</sup>

Se tenía consciencia de que la efectividad en la persecución tradicional conllevaría la misma tendencia en las salidas negociadas. Debido a que al ser corto el trámite y altas las probabilidades de ser condenado, un análisis costo-beneficio incentiva al procesado a buscar un acuerdo, a su vez esta tendencia iba a liberar recursos que permitirían mantener adecuados niveles de efectividad para aquellos casos que demandan el empleo del trámite regular. La mutua potenciación de estos dos métodos

---

<sup>1595</sup> Fondo Justicia y Sociedad. Fundación Esquel USAID, *Segunda evaluación del sistema procesal penal*, p. 129-133.

<sup>1596</sup> Saúl Errandonea, "El plan piloto en Mar del Plata", en *Sistemas judiciales*, No. 10, Santiago, Ceja, 2006, p. 123-124.

de resolución de conflictos, tendería a generar un círculo virtuoso que elevaría de manera importante la productividad del sistema penal.<sup>1597</sup>

Los resultados dan cuenta de los logros obtenidos, con respecto a las sentencias condenatorias por mes, pasaron de quince (15) a cincuenta (50);<sup>1598</sup> en tanto que en términos relativos se pasó de quince por ciento (15%) a veintiséis (26%); el incremento en porcentaje no es tan elevado en razón de que el número de ingresos también aumentó.<sup>1599</sup> El dato aún más relevante es el número de casos cerrados, pasó del ocho por ciento (8%) al cincuenta y uno por ciento (51%),<sup>1600</sup> donde alcanzan una alta representación las salidas alternativas al juicio como la suspensión condicional y los acuerdos reparatorios.<sup>1601</sup> De igual manera la meta de disminución de los tiempos también es clara, mientras antes un proceso que llegaba a juicio terminaba en ciento noventa y un (191) días, con el nuevo esquema pasó a cuarenta y dos (42) días.<sup>1602</sup>

Una consecuencia interesante de carácter cualitativo que produjo esta experiencia, consistió en constatar el nivel de adhesión de las instituciones del sector justicia. El efecto de cohesión interinstitucional que conllevó este proyecto no ha tenido parangón con cualquier otro en la historia reciente, de pronto el seguimiento de sus resultados se convirtió en una tarea periódica de la mesa del sector justicia, donde las

---

<sup>1597</sup> Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, p. 253-259.

<sup>1598</sup> Consejo de la Judicatura de transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 28.

<sup>1599</sup> Consejo de la Judicatura de transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p.29.

<sup>1600</sup> Consejo de la Judicatura de transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 31.

<sup>1601</sup> Consejo de la Judicatura de transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 32.

<sup>1602</sup> Consejo de la Judicatura de transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 30.

cabezas institucionales se reúnen para analizar los problemas trascendentes de este servicio público. De la misma forma fue llamativa la cobertura que recibió en los medios de comunicación y el respaldo frontal a su gestión que se percibió en la ciudadanía. En conjunto la suma de estos factores dejan entrever que hubo una respuesta adecuada a una de las mayores demandas de la ciudadanía ecuatoriana: conseguir un sistema con niveles adecuados de efectividad.

A pesar de que medio un cambio de cúpula institucional en el Consejo de la Judicatura y muchas de las iniciativas analizadas pasan por momentos difíciles por falta de un adecuado apoyo. Esta estrategia que se ha convertido en la más promocionada, en este momento se intenta darle cobertura nacional.

¿Por qué si el Derecho penal conoce tan pocos casos y a su vez los que se descubre en flagrancia son una fracción de ellos, esta estrategia ha tenido tanto impacto?, la trascendencia radica en que consigue apuntalar el funcionamiento del Estado, para la sociedad es fundamental constatar que la oferta implícita que conlleva el sistema penal y la vida en sociedad regida por el Derecho tiene un nivel aceptable de cumplimiento.<sup>1603</sup> El prevenir y utilizar otras vías es cierto que para determinados sectores delictivos permite tener respuestas de mejor calidad para el conflicto concreto, pero para apuntalar el Estado de Derecho es fundamental la aplicación efectiva de la norma penal.<sup>1604</sup>

### **c) Repercusiones de la experiencia**

**(i) Política criminal y administración de justicia.-** Esta experiencia saca a relucir la trascendencia que adquiere una esfera de intervención que tiende a ser

---

<sup>1603</sup> Claus Roxin, *Contestación*, p. 37-38.

<sup>1604</sup> Miguel Carbonell, *Justicia penal y Derechos fundamentales*, p. 57-61.

marginada: la posibilidad de intervenir en las instituciones de la administración de justicia para potenciar sus esquemas funcionales y conseguir sus objetivos.<sup>1605</sup>

Introduce dos cuestionamientos serios: el primero, la distorsión que ha generado un enfoque político criminal centrado en el mundo del “deber ser”, cuando la realidad del servicio se juega en aspectos tan prácticos como los esquemas funcionales de la administración de justicia. El segundo, la insuficiencia de esquemas organizacionales estándares que no están pensados en aprovechar las especificidades de cada sector delictivo para aumentar la efectividad de sus respuestas.<sup>1606</sup> La necesidad de un enfoque segmentado se hace patente incluso dentro del nivel universal del control social complejo: el sistema penal tradicional.<sup>1607</sup>

**(ii) Efectividad del sistema penal.-** Se confirma uno de los problemas argumentativos detectados en el primer capítulo, en concreto se hace referencia a la falacia naturalista de imputar la ilegitimidad de una institución del “deber ser” sobre la base del resultado obtenido en la esfera del “ser”. El problema de ineficiencia en el caso de los delitos flagrantes no está en la esencia del sistema penal, sino en el esquema funcional de la administración de justicia.<sup>1608</sup>

**(iii) Sistema penal y salidas alternativas.-** A pesar de que la siguiente experiencia revela de manera mucho más clara esta relación, la presente descripción ya deja entrever una dependencia existente entre la justicia penal tradicional y las vías alternativas al juicio oral.

**(iv) Sistema penal y otras herramientas político criminales.-** Esta experiencia revela que el aporte del sistema penal si bien no es muy alto en la esfera de conflictos que logra resolver, es un componente fundamental de la política

---

<sup>1605</sup> Mariano Ciafardini, *Política criminal y prevención general del delito*, p. 257-259.

<sup>1606</sup> Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, p. 233-259.

<sup>1607</sup> Roberto Bergalli, *¿De cuál control social se habla?*, p. 153-156.

<sup>1608</sup> Consejo de la Judicatura, *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 185-187.

criminal. Porque la sociedad tiene que creer en la oferta de vivir en un Estado de Derecho y para ello es fundamental que los delitos que son descubiertos sean sancionados. El Derecho penal por sí sólo no garantiza una gestión efectiva de la conflictividad criminal, sin embargo es un componente imprescindible.

### 2.1.2 Políticas no punitivas: la experiencia del cierre de la impunidad en tránsito<sup>1609</sup>

Esta experiencia emplea como instrumento jurídico una medida cautelar real: la retención del vehículo causante del accidente.<sup>1610</sup> Al ser usada dentro de una estrategia coordinada entre los distintos actores de la justicia penal, permite disminuir de manera radical la esfera de la impunidad, potenciar la efectividad en las respuestas otorgadas por la justicia, mejorar el trato a las víctimas,<sup>1611</sup> intensificar el uso de medidas no privativas de la libertad,<sup>1612</sup> lograr un cambio relevante en la cultura ciudadana e incidir sobre la calidad de vida de los ciudadanos en una materia tan trascendente como el tráfico de personas.<sup>1613</sup>

---

<sup>1609</sup> A pesar de que esta experiencia en su primera fase fue publicada, no se ha considerado conveniente una simple remisión por dos motivos: este estudio demanda un enfoque diverso y una descripción mínima de la experiencia es esencial para estructurar la propuesta vigente. Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, p. 205-226 A pesar de que esta experiencia en su primera fase fue publicada, no se ha considerado conveniente una simple remisión por dos motivos: este estudio demanda un enfoque diverso y una descripción mínima de la experiencia es esencial para estructurar la propuesta vigente. Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, p. 205-226

<sup>1610</sup> Para efectos de simplificar este estudio se utiliza la denominación de retención del vehículo, pero se deja constancia que antes de agosto del 2008 se le denominaba embargo del vehículo y en la actualidad el artículo ciento 154, utiliza de manera adicional la denominación de secuestro, pero al producir el mismo efecto jurídico durante este estudio se ha obviado.

<sup>1611</sup> María Lima, "Servicios de víctimas al delito (un modelo interdisciplinario)", en *Criminología y derecho penal*, No. 2, Guayaquil, Edino, 1992, p. 158-160.

<sup>1612</sup> Ruth Morris, "Un sendero realista a la justicia transformativa", en *Archivos de criminología neuro-psiquiatría y disciplinas conexas*, No. 30-31, Quito, Facultad de jurisprudencia, ciencias políticas y sociales de la Universidad central del Ecuador, 1993, p. 233-235.

<sup>1613</sup> Mauricio Duce, "Introducción", en *Reformas procesales en América Latina: experiencias de innovación*, editor Mauricio Duce, Santiago, Ceja, 2005, p. 11-12.

### a) Descripción del problema

En Ecuador durante décadas se había fraguado un problema serio en la justicia penal en materia de tránsito, como regla esta área jurídica se había convertido en sinónimo de impunidad.<sup>1614</sup> El núcleo central del problema se hallaba en que la gran mayoría de delitos que se daban en las calles del país, se encasillaban en tipos penales que por la intensidad de la pena, no admitían la imposición de la prisión preventiva.<sup>1615</sup> Esta realidad, sumada a un uso carente de compromiso con el proceso de las restantes medidas cautelares, había forjado como regla el que la no asistencia a juicio del procesado, conlleve la imposibilidad de que la sociedad pueda administrar justicia. Al difundirse esta realidad, sobre todo mediante el traspaso de este conocimiento por parte de los abogados a sus clientes, se enraizó una cultura de deslealtad con la justicia, donde el resultado fue llevar a esta materia aun estado anómico elevado.<sup>1616</sup>

La situación forjada conllevó una realidad dura, por años las instituciones del sector justicia se acostumbraron a que todo su trabajo no era más que una burla para la mayoría de los ciudadanos;<sup>1617</sup> es un problema serio el que el servicio que ofrece la administración de justicia y los derechos de las víctimas dependan de la sola voluntad del infractor.<sup>1618</sup> La relevancia social de este problema aumentaba por la existencia de un factor propio de la realidad nacional, en términos generales en el Ecuador es poco difundida la práctica de que los propietarios de los vehículos contraten un seguro, por tanto no existía la posibilidad de que una compañía aseguradora cubriese los daños.

La impunidad reinante había terminado por degradar incluso las salidas negociadas, porque por ejemplo cuando se llegaban a acuerdos reparatorios los

---

<sup>1614</sup> Farith Simon, "Criminalidad y respuesta del sistema penal", en Luís Pasará editor, *El funcionamiento de la justicias del Estado*, Quito Ministerio de Justicia, derechos humanos y cultos, 2011, p. 144-145.

<sup>1615</sup> Ley de transporte terrestre tránsito y seguridad vial, Artículo 153, en relación con código de procedimiento penal, artículo 167.

<sup>1616</sup> Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, p. 208-210.

<sup>1617</sup> Miguel Carbonell, *Justicia penal y Derechos fundamentales*, p. 57-61.

<sup>1618</sup> Consejo de la Judicatura, *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 190.

resultados tendían a ser injustos para las víctimas,<sup>1619</sup> en razón que eran fruto de negociaciones marcadas por un escenario inequitativo.<sup>1620</sup> Era tan conocida la realidad de la justicia de tránsito, que ambas partes sabían de antemano, que si no se llegaba a un arreglo al perjudicado solo le quedaba resignarse o recurrir a una vía carente de efectividad. Por así decirlo dentro de la teoría de la negociación, no había una alternativa a la salida a un acuerdo concertado, factor que minaba la esencia de este método de resolución conflictos.<sup>1621</sup>

De hecho, el nivel de impunidad era tan elevado que se habían forjado incluso usos desleales con actores sociales relevantes en esta materia.<sup>1622</sup> Una parte significativa de las compañías de seguros, había tomado como práctica, cuando tenían que responder por un daño civil producido por un vehículo asegurado a un tercero, el ofertar un acuerdo al perjudicado que incluía la renuncia a un cierto porcentaje del monto real, bajo el argumento de que si el perjudicado no aceptaba su propuesta, pagarían una vez que saliera la sentencia; desde luego con pleno conocimiento de que la infracción no llegaría a ser juzgada. Incluso han existido casos, donde un par de compañías ante montos serios, no han hecho siquiera una propuesta y han utilizado la ineficacia del sistema de justicia para simplemente no pagar.

Ante un escenario extremo como el expuesto, la institucionalidad reaccionó e intentó poner fin a este círculo de impunidad.<sup>1623</sup> Una vez más se constata que los políticos están dispuestos a irrespetar la legalidad para conseguir reimplantar un modelo social funcional. A pesar de que hubo plena conciencia de que la Constitución establecía de manera taxativa los supuestos en que en el Ecuador había juzgamiento en ausencia,

---

<sup>1619</sup> Bern Shüneman, *Cuestiones Básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global*, p. 206-208.

<sup>1620</sup> Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, p. 210-211.

<sup>1621</sup> Roger Fisher, *Sí jde acuerdo! Cómo negociar sin ceder*, 113-118.

<sup>1622</sup> Miguel Carbonell, *Justicia penal y Derechos fundamentales*, p. 57-61.

<sup>1623</sup> Consejo de la Judicatura, *Rendición de cuentas: Julio 2011 Julio 2012*, p. 152.

sin embargo ante el estado de impunidad existente, cuando se expide la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial el legislador agrega la posibilidad de que se dé el juicio sin presencia del procesado.<sup>1624</sup>

Ante una evidente violación de la Constitución y la falta de proporcionalidad de la respuesta, en razón de que ni siquiera tipos penales que juegan un papel estructural nuclear como el homicidio, secuestro y violación permiten ante la inasistencia del procesado a la audiencia un juzgamiento en ausencia. Se genera una reacción que termina con la Sentencia de la Corte Constitucional No. 24-10-SCN-CC, donde de manera específica se pronuncia sobre las partes pertinentes de los artículos 167 y 168 que permitían sentenciar a un ausente.<sup>1625</sup>

La clase política insiste en la estrategia y en la reforma de 29 de marzo de 2011, vuelve a reformar los artículos mencionados para poner en vigencia con pequeños retoques en la constitución la figura del juzgamiento en ausencia.<sup>1626</sup> Sin embargo, la mayoría de los jueces como correspondía desde el punto de vista jurídico, consideran que la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre este tema y no acatan la nueva ley.

Dado el problema social que se representa, incluso la Corte Constitucional cambia su criterio, en su sentencia N° 008-13 SCN-CC declara que la nueva redacción que establece exactamente el mismo juzgamiento en ausencia que había declarado contrario a la norma suprema, en esta ocasión si es constitucional.<sup>1627</sup> En este momento la situación es caótica, porque hay jueces que aceptan juzgar en ausencia y otros que no.

---

<sup>1624</sup> Suplemento del registro oficial, Número 398, 7 de agosto de 2008.

<sup>1625</sup> Suplemento del registro oficial, Número 294, 6 de octubre de 2010.

<sup>1626</sup> Suplemento del registro oficial, Número 415, 29 de marzo de 2011.

<sup>1627</sup> Registro oficial, Gaceta Constitucional No. 2, 19 de marzo del 2013.



### **b) Descripción de la experiencia**

La estrategia consistió en utilizar una medida cautelar de carácter real, la retención del vehículo,<sup>1628</sup> como mecanismo para cerrar la impunidad y potenciar la efectividad del sistema penal en especial de una vía alternativa al juicio como son los acuerdos reparatorios.<sup>1629</sup> La clave para la consecución del objetivo se centró en conseguir que el conjunto de las instituciones con atribuciones en la materia, se pusiesen de acuerdo en esquemas funcionales coordinados para evitar la impunidad.<sup>1630</sup>

La primera experiencia se remonta a agosto del 2006, se llevó a cabo en una ciudad pequeña como Azogues que según el censo más actualizado en ese entonces tenía 64.910 habitantes.<sup>1631</sup> Esta circunscripción tenía ciertos problemas serios de desarrollo urbanístico, que le habían colocado en términos relativos en la cúspide de las ciudades donde el problema de tránsito conllevaba mayores repercusiones.<sup>1632</sup> Por ejemplo, por ella pasaban dos vías de circulación rápida del sistema nacional y se había permitido la construcción de viviendas con un retiro de cuatro 4 metros y con salida de vehículos directa.<sup>1633</sup>

En ese entonces la implementación de la estrategia fue compleja, porque ante el estado de impunidad que se vivía, los actores decidieron adoptar una actitud poco ortodoxa y discutible desde el punto de vista jurídico.<sup>1634</sup> Al no constar en la ley de tránsito medidas cautelares reales, resolvieron la viabilidad de tomar de la norma

---

<sup>1628</sup> José Díez, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, p. 560-561.

<sup>1629</sup> Consejo de la Judicatura, *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 190.

<sup>1630</sup> Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, p. 212-215.

<sup>1631</sup> INEC, *VI Censo Nacional de población y vivienda*, año 2001.

<sup>1632</sup> Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, p. 207-208.

<sup>1633</sup> Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, p. 208.

<sup>1634</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 75-77.

supletoria, el Código de procedimiento penal, la figura que en ese entonces se denominaba embargo de bienes y aplicar al vehículo utilizado en la infracción.<sup>1635</sup>

El acuerdo interinstitucional consistía en que, en todos aquellos casos que estuviese el juicio pendiente en razón de la no presencia del procesado, los fiscales solicitarían la retención del vehículo, los jueces una vez constatada la procedencia la ordenarían y la Policía Nacional que incorporaría al sistema informático esta orden.<sup>1636</sup>

El círculo se cerraba, en el momento en que el automotor fuese presentado para la matriculación, la policía ejecutaría la orden judicial.

Cuando el dueño se acercaba a la Fiscalía a intentar recuperar su vehículo, se le planteaba como alternativas posibles: presentarse a juicio, someterse a un procedimiento abreviado<sup>1637</sup> o traer el acta transaccional firmada con la víctima que dé cuenta de la reparación pactada. Escenario donde las opciones existentes, generaban un alto estímulo para que la víctima sea resarcida.<sup>1638</sup> Incluso se adoptaron medidas para allanar el arreglo, por ejemplo se entregó a los fiscales trípticos del centro de mediación de la ciudad. Factor que fue relevante porque en muchos en casos al haber un distanciamiento entre las partes, la convocatoria hecha por un tercero facilitaba el acercamiento.

Desde el primer momento se tuvo claro que la meta era potenciar los acuerdos reparatorios.<sup>1639</sup> No parecía viable la idea de intentar cerrar la impunidad sobre la base de imponer la sanción de privación de la libertad que era lo que la ley preveía como pena principal, debido a que delitos con tan alta incidencia numérica como los de tránsito, unidos a un esquema efectivo de persecución criminal, llevarían a un problema

---

<sup>1635</sup> En esa época se vivía un momento de profunda laxidad en la interpretación de la norma procesal de tránsito, porque la entrada en vigencia de una nueva constitución, había marcado que el procedimiento regulado para tránsito chocase en múltiples aristas.

<sup>1636</sup> Institución que en esa época tenía competencia en materia de matriculación de los vehículos, en la actualidad han pasado a la Agencia nacional de tránsito.

<sup>1637</sup> Alternativa procesal que sobre la base de un reconocimiento de responsabilidad permite la imposición de una pena reducida de manera inmediata.

<sup>1638</sup> Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, p. 215

<sup>1639</sup> Consejo de la Judicatura, *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 190.

social grave por el número de familias donde uno de sus miembros estaría en prisión, además de colapsar la cárcel de la ciudad con infractores por delitos culposos.<sup>1640</sup> Si bien era un clamor popular el disminuir la impunidad, era en extremo dudoso que fuese bien recibida una privación de la libertad masiva.

Los resultados de esta experiencia fueron inéditos, los acuerdos reparatorios alcanzaron el 28,6% del total de ingresos,<sup>1641</sup> si a esta cifra se agregan los procedimientos abreviados se llega al 30,4% cifras que no tenían parangón en la justicia ecuatoriana.<sup>1642</sup> Es importante anotar que porcentajes de respuestas de alta calidad como los anotados, resulta simplemente inimaginables que se puedan conseguir mediante el trámite ordinario, por tanto el potenciar las salidas alternativas al juicio oral, se convierte en la alternativa real para que el sistema penal amplíe su cobertura.<sup>1643</sup>

De manera lamentable, un período de inestabilidad en la Fiscalía generó que no hubiese el monitoreo necesario a esta experiencia, si bien el trabajo de capacitación consiguió que la experiencia se mantuviese, pero con el paso del tiempo y el cambio de actores, en la práctica terminó por degradar su efectividad.

A pesar de esta limitación, cuando los datos recabados fueron presentados a la Asamblea Constituyente. Instancia donde en ese momento se discutía una nueva ley de la materia, se pudo evidenciar un impacto tan claro que quedaron pocas dudas de cómo esta estrategia había variado la realidad. No hubo ninguna oposición a recoger en la nueva “Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial”<sup>1644</sup> la medida

---

<sup>1640</sup> Se tiene claro que en la doctrina hoy se discute si ciertos delitos de tránsito son culposos o de peligro, sin embargo la ley ecuatoriana de manera expresa se pronuncia por que son culposos.

Urs Kindahäuser, *Teoría de las normas y sistemática del delito*, Lima, Ara, 2008, p. 51-56.

<sup>1641</sup> Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, p. 218.

<sup>1642</sup> Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, p. 219.

<sup>1643</sup> Bern Shüneman, *Cuestiones Básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global*, p. 201-202.

<sup>1644</sup> Suplemento del Registro oficial, No. 398, 7 de agosto del 2008.

cautelar de retención de bienes del conductor y propietario del vehículo causante, así en el segundo inciso del artículo ciento y cuatro (154) se estableció:

El juez de tránsito, con la finalidad de asegurar el valor de las costas procesales, penas pecuniarias, indemnizaciones civiles, podrá ordenar el secuestro, retención o prohibición de enajenar los bienes de propiedad del imputado o del propietario del vehículo causante del accidente, de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Penal.<sup>1645</sup>

La sola aprobación de la reforma legal no produjo ninguna variación, durante más de 3 años de vigencia de la norma, el estado de impunidad siguió vigente. En gran medida, porque el cambio legal no fue acompañado de una capacitación que explicase el modelo de persecución penal que se esperaba se implemente con esta nueva normativa y los funcionarios siguieron con las prácticas establecidas.

El Consejo de la Judicatura de Transición retoma este proyecto, sobre la base de la nueva legislación anotada, inicia su implementación el 2 de abril del año 2012, en la ciudad de Loja.<sup>1646</sup> A pesar de que de manera inicial se planificó implementar solo en 5 ciudades: Loja, Guayaquil, Quito, Ambato y Cuenca. Dado el éxito anotado se terminó por ejecutar en 11 ciudades: Loja, Latacunga, Zamora, Ibarra, Portoviejo, Guayaquil, Esmeraldas, Riobamba, Santo Domingo, Ambato, Quito.<sup>1647</sup> En Cuenca no se hizo porque por la cercanía a Azogues, había ya adoptado la estrategia por su propia cuenta.

En esta ocasión dentro de los acuerdos interinstitucionales se incluyó a un nuevo actor, la Agencia Nacional de Tránsito que de acuerdo a la ley vigente es la instancia

---

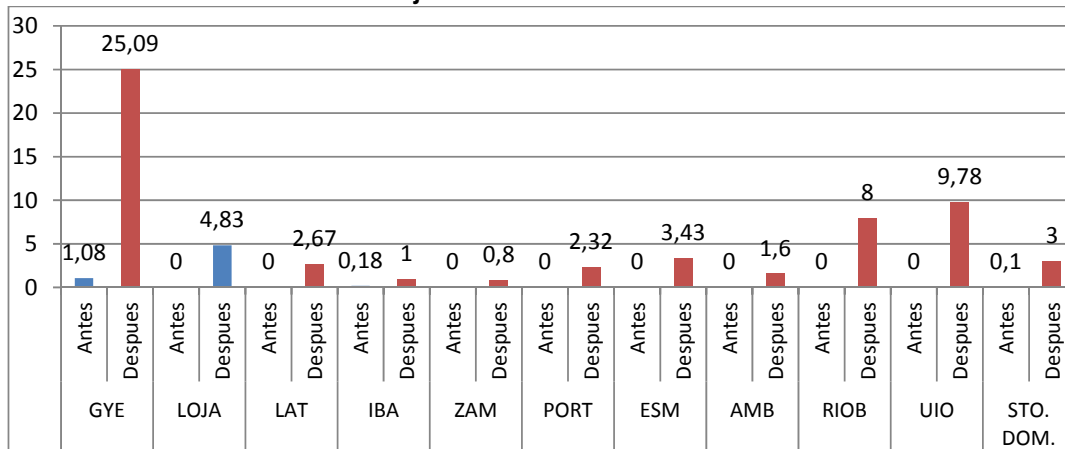
<sup>1645</sup> Ley orgánica de transporte terrestre, tránsito y seguridad vial, artículo 154.

<sup>1646</sup> Consejo de la Judicatura, *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 190-191.

<sup>1647</sup> Consejo de la Judicatura de transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 46.

encargada de la matriculación vehicular.<sup>1648</sup> De manera adicional en el aspecto funcional se introduce una nueva estrategia, dado que el Consejo de la Judicatura de Transición tenía 10 meses para mostrar resultados, no era conveniente esperar la retención en el momento de matricular el vehículo, así que se optó por montar operativos para la captura de los vehículos realizados por la Policía Nacional y en el caso de Guayaquil por la Agencia de tránsito del Guayas.<sup>1649</sup> Bajo otros parámetros de medición, los resultados vuelven a ser claros:

**Gráfico 15**  
**Título: Vehículos retenidos por mes.**  
**Fuente: Consejo de la Judicatura de Transición.<sup>1650</sup>**

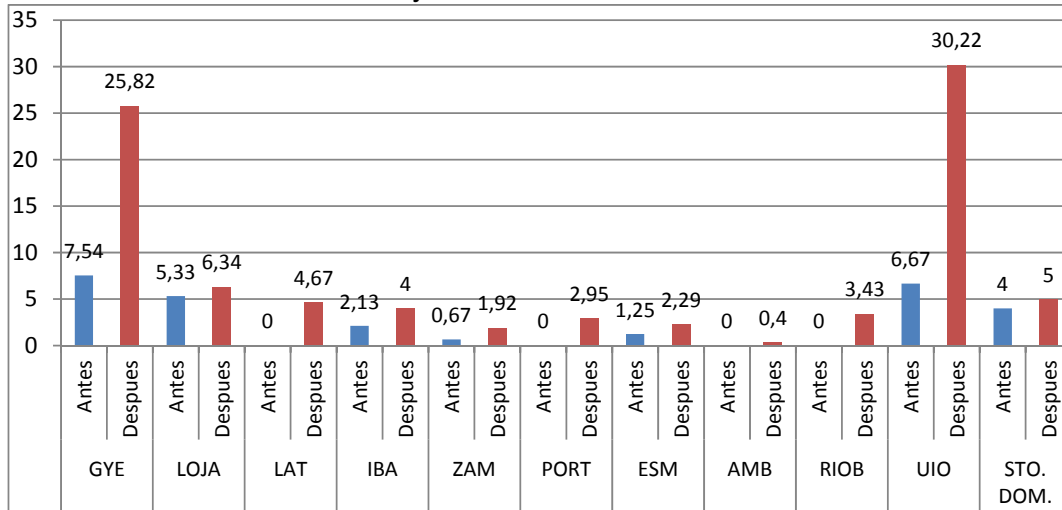


<sup>1648</sup> Consejo de la Judicatura de transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 50.

<sup>1649</sup> Consejo de la Judicatura de transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 49.

<sup>1650</sup> Consejo de la Judicatura de Transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 50.

**Gráfico 16**  
**Título: Acuerdos Reparatorios por mes.**  
**Fuente: Consejo de la Judicatura de Transición.<sup>1651</sup>**



Los datos son suficientemente gráficos como para no requerir un comentario. Es importante anotar que en las ciudades más antiguas como Loja, se da un fenómeno interesante. La poca diferencia del impacto en el momento de la medición, no se explica por el poco influjo de la estrategia, en razón de que en los primeros meses también se consiguió diferencias marcadas.<sup>1652</sup> El motivo es el contrario, se trata de la ciudad donde el proyecto más se ha consolidado, en la medida que la estrategia se arraiga los abogados se encargan de difundir que la mejor estrategia es un arreglo, así que cada vez menos casos llegan a la justicia. Se ha conseguido un cambio cultural donde los hábitos sociales han variado y hoy las personas muestran su predisposición a arreglar los daños generados sin necesidad de intervención estatal.<sup>1653</sup>

De hecho esta es una tendencia general, en menor grado este fenómeno también se verifica en las grandes ciudades, si se toma como ejemplo los dos (2) polos de

<sup>1651</sup> Consejo de la Judicatura de Transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 51.

<sup>1652</sup> Consejo de la Judicatura de transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 51.

<sup>1653</sup> Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, p. 219.

desarrollo, se observa que en este momento Quito marca una mayor diferencia frente a su punto de partida que Guayaquil, a pesar de que en un inicio la tendencia era inversa, la razón radica en que en la capital el proyecto entró cuatro (4) meses después, por tanto, todavía el nivel de consciencia al momento de la medición no era el mismo y la justicia jugaba un papel más trascendente.<sup>1654</sup>

Es interesante notar que ciertos factores sociales que fueron la fuente para generar un círculo vicioso, pasan a ser los propulsores de uno de naturaleza virtuosa. En las distintas ciudades se detectó que la gran mayoría de los casos de la materia de tránsito, era manejada por un pequeño sector de abogados, en las ciudades grandes menos de diez (10) y en las medianas y pequeñas no llegaban a cinco (5), estos profesionales eran quienes se habían encargado de asesorar a los responsables sobre la posibilidad de burlar la justicia sin presentarse a juicio. Sin embargo, cuando el control social varió, al constatar que era una política permanente el mantener los operativos y no devolver los vehículos hasta que haya una solución definitiva, fueron los principales facilitadores de un arreglo entre las partes.<sup>1655</sup>

De manera adicional, se genera una variación en la respuesta que el sistema penal promueve hacia las víctimas, no solo que el número de personas reparadas se incrementa de manera relevante, además un modelo que tiende a evitar que la impunidad sea una posibilidad, genera un escenario bastante más justo para los ofendidos, donde tienen la posibilidad de hacer valer sus derechos en una negociación. De manera lamentable por no llevarse con anterioridad un control sobre este tema no hay una línea de base para mostrar la variación, sin embargo las solas cifras revelan un cambio radical en el comportamiento.

---

<sup>1654</sup> Consejo de la Judicatura de transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 51.

<sup>1655</sup> Consejo de la Judicatura, *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 190-191.





**Tabla 2**  
**Título: Monto de reparación a las víctimas.**  
**Fuente: Consejo de la Judicatura de Transición.**<sup>1656</sup>

CIUDAD	No. De Víctimas	Fecha Inicio del Proyecto	Monto en Daños
LOJA	225	02 ABRIL 2012	\$229.261,90
LATACUNGA	25	23 ABRIL 2012	\$54.000,00
ZAMORA	60	24 ABRIL 2012	\$57.863,41
IBARRA	41	02 MAYO 2012	\$45.680,74
PORTOVIEJO	27	21 MAYO 2012	\$53.850,00
GUAYAQUIL	205	16 JULIO 2012	\$553.700,00
ESMERALDAS	23	04 SEPTIEMBRE 2012	\$43.400,00
RIOBAMBA	15	11 DE SEPTIEMBRE 2012	\$28.600,00
SANTO DOMINGO	6	22 DE OCTUBRE 2012	\$18.500,00
QUITO	111	23 DE OCTUBRE 2012	\$490.116,20
<b>TOTAL</b>	<b>738</b>	<b>10</b>	<b>\$1'574.972,25</b>

Si se divide el total del monto pagado para el número de víctimas, da un promedio por víctima de dos mil ciento treinta y cuatro (2.134) dólares, cifra que de por sí en la sociedad ecuatoriana revela un cambio en el tipo de acuerdos que hoy se alcanzan.<sup>1657</sup>

Esta experiencia confirma en la realidad ecuatoriana, una crítica que se elaboró desde el punto de vista teórico en el primer Libro dentro de pensamiento minimalista. El no prever un mecanismo legal para que las víctimas puedan recurrir para hacer valer sus derechos, termina por forjar un escenario injusto para ellas, donde la regla general es que sus derechos sean burlados o al menos que deban renunciar a una esfera significativa de ellos.<sup>1658</sup>

<sup>1656</sup> Consejo de la Judicatura de Transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 53.

<sup>1657</sup> Consejo de la Judicatura de transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 53.

<sup>1658</sup> Roger Fisher, *Sí jde acuerdo! Cómo negociar sin ceder*, p. 113-118.

### c) Repercusiones de la experiencia

(i) **Política penal y norma.-** En esta experiencia se observa la relación entre norma y política penal. Durante un tiempo de aproximadamente tres (3) años hubo una norma vigente, pero como esta no vino acompañada de una estrategia de persecución criminal, ni cambio de hábitos entre los actores, no significó variación alguna en el servicio público de administración de justicia. A la inversa, cuando las instituciones decidieron cambiar la realidad, en la experiencia inicial de Azogues sobre la base de una ley supletoria<sup>1659</sup> y en la segunda etapa, con el uso de una ley que había sido marginada, montan una política criminal que marca una ruptura con la impunidad existente.<sup>1660</sup>

La realidad analizada conlleva un cuestionamiento serio a la visión tradicional de la política criminal. Es inaceptable la concepción de que el momento de realización plena de una intervención, su consumación misma, llega con la expedición una ley. En razón de que la experiencia vivida, da cuenta de que en la práctica una promulgación sin estrategia de implementación y compromiso de los actores sirve de poco.<sup>1661</sup> El aporte real de la ley fue otorgar un fundamento, ser un factor coadyuvante; dentro de una intervención que contó con otros elementos tales como: una imagen compartida por los actores del objetivo a conseguir, un acuerdo sobre el modo de emplear la norma y una estrategia de cómo implementar el control social diseñado.<sup>1662</sup>

Es más, esta experiencia en su segunda etapa es un ejemplo adicional de una realidad que ya fue detectada en la experiencia del SRI,<sup>1663</sup> donde no solo la aplicación de la ley viene determinada por la política criminal, incluso su creación y diseño se

---

<sup>1659</sup> Estrategia que desde el punto de vista jurídico es discutible.

<sup>1660</sup> Consejo de la Judicatura de transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 53.

<sup>1661</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>1662</sup> Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, p. 213-215.

<sup>1663</sup> Servicio de Rentas Internas, *Memoria institucional. Septiembre 1998 diciembre 2002 una respuesta a la sociedad*.

realiza a la medida de una estrategia que pretende implementarse.<sup>1664</sup> Resulta llamativo que cuando la ley deja de concebirse como la materialización de valores abstractos y vuelve a ser tratada de acuerdo a su real esencia. Esto es como una herramienta de intervención social utilizada para alcanzar determinados objetivos, se consiguen cambios profundos en materia de efectividad.<sup>1665</sup>

**(ii) Relación magnitud de la sanción y efectividad.-** Como es un tema al cual ya se ha hecho referencia, de manera resumida basta destacar que si se hubiese conseguido este nivel de efectividad con el empleo de una pena privativa de libertad, hubiese significado algunos miles de personas presas por año. Más allá del impacto que conlleva para los infractores y el sistema penitenciario, desde el punto de vista de la convivencia social hubiese sido un problema al menos igual de doloroso que la impunidad.<sup>1666</sup> Una vez más se constata que para la consecución de efectividad en una gama amplia de delitos es una condición necesaria, desde luego no suficiente, el que la pena sea baja y de manera preferible no privativa de libertad.

**(iii) Sistema penal y métodos alternativos de solución de conflictos.-** Esta experiencia demuestra el nivel de dependencia de los métodos autocompositivos con el sistema penal. Evidencia que el intentar visualizarlos como una opción divergente al sistema penal, tal como lo hicieron Zaffaroni y Hulsman, resulta inadecuado.<sup>1667</sup> Mientras solo existió la vía reparatoria en la ley, no consiguió adquirir un impacto real, cuando se impuso un control social efectivo de pronto la cultura de diálogo surgió. Por tanto un sistema penal efectivo es un factor importante para que las salidas negociadas alcancen una efectividad real.

---

<sup>1664</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>1665</sup> Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, p. 212-215.

<sup>1666</sup> Miguel Carbonell, *Justicia penal y Derechos fundamentales*, p. 57-61.

<sup>1667</sup> Roger Fisher, *Sí jde acuerdo! Cómo negociar sin ceder*, p. 113-118.

(iv) **Sistema penal y víctimas.-** Una de las grandes debilidades del sistema penal, ha sido el tradicional olvido de la víctima y su incapacidad estructural para conseguir ocuparse de sus intereses. Esta estrategia muestra que con políticas criminales diseñadas para la consecución de este fin, la política criminal consigue avances importantes en una esfera que había erosionado la legitimidad del Derecho penal.<sup>1668</sup>

(v) **Víctimas y convivencia social.-** El otorgar un trato adecuado a las víctimas es un elemento central para el fin último del derecho penal: garantizar la convivencia de la sociedad.<sup>1669</sup> A pesar de ser un tema que con frecuencia suele ser dejado de lado, si se quiere conseguir avances importantes en materia de convivencia, no puede considerarse como un tema menor el hecho de que las víctimas sean atendidas y resarcidas. No se debe olvidar que la sociedad suele identificarse con la víctima, por tanto el trato que reciben es un elemento esencial en la legitimidad del control social.<sup>1670</sup>

En este caso existe un mérito adicional, la política penal genera que las víctimas sean parte del proceso de búsqueda de solución de su conflicto. La participación de este actor en procesos negociados y la ruptura de la dependencia de la administración de justicia para resolver los conflictos, son elementos que desde el punto de vista cualitativo otorgan otra calidad a la política criminal, contribuyen a forjar una nueva cultura de convivencia en sociedad.<sup>1671</sup>

(vi) **Salidas alternativas al juicio y cobertura de servicio que otorga el sistema penal.-** Si el servicio que otorga el sistema penal es visto desde las respuestas de calidad que otorga a la sociedad y los interesados, las cifras muestran la posibilidad de que las salidas negociadas sean una alternativa efectiva para conseguir ampliar de

---

<sup>1668</sup> Consejo de la Judicatura, *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 190.

<sup>1669</sup> Claus Roxin, *Contestación*, p. 37-38.

<sup>1670</sup> Roberto Bergalli, *¿De cuál control social se habla?*, p. 153-156.

<sup>1671</sup> Consejo de la Judicatura de transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 54.

manera radical su cobertura. Logro que es central para el sistema penal, porque uno de sus problemas de legitimidad es el bajo nivel de casos que consigue resolver.<sup>1672</sup>

Desde luego esta línea de intervención también debe ser analizada desde la óptica de la visión segmentada de la política criminal, en razón de que el uso de las salidas negociadas no se plantea que sea una respuesta universal para todo tipo de infracción.<sup>1673</sup> A pesar de que se tiene consciencia que en el mundo anglosajón esta opción es de carácter general y ha producido efectividad en las distintas esferas criminales; en delitos serios por ejemplo es muy utilizada la opción del reconocimiento de culpabilidad. Sin embargo, por el momento esta opción parece poco compatible con la cultura imperante en nuestro país.<sup>1674</sup>

**(vi) Salidas alternativas al juicio y cobertura de servicio que otorga el sistema penal.-** Este ejemplo muestra un control social con un triple nivel: el sistema penal tradicional como mecanismo de cierre del sistema, un control social intensivo montado sobre la base de una medida cautelar y el uso preferente de salidas negociadas. Revela como la política criminal para ocuparse de una esfera delictiva, accidentes de tránsito con repercusiones de baja y media intensidad, utiliza varias estrategias de naturaleza penal y no penal. Es interesante notar que entre estos distintos niveles de control social, no hay una simple relación de superposición, existe una interacción que en conjunto conforman una política criminal efectiva para gestionar esta conflictividad.

---

<sup>1672</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 4-5.

<sup>1673</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 81-84.

<sup>1674</sup> Heliodoro Fierro-Méndez, *Sistema procesal de EE.UU. Guía elemental para su comprensión*, Bogotá, Ibañez, 2006, p. 106-107.

## 2.2 Políticas ejecutadas por la sociedad civil: la justicia indígena como justicia de cercanía

### a) Descripción del problema

Dentro de las políticas reactivas, uno de los mayores vacíos en el sistema de justicia tradicional, constituye la ausencia de una alternativa efectiva para un tipo de conflicto de baja repercusión social y producida al interior de círculos comunitarios reducidos.<sup>1675</sup> Esta modalidad delictiva conlleva dos problemas centrales para la administración de justicia: en primer lugar, la *esfera marginal de casos que son denuncias*. La incompatibilidad entre el servicio que oferta la justicia y la naturaleza sencilla del conflicto, ha enraizado el uso social de no ponerlos en conocimiento de los jueces. En la práctica, este tipo de controversias simplemente han quedado al margen del sistema jurídico estatal.<sup>1676</sup>

El segundo problema, se relaciona con la *ineficiencia del servicio público*. A pesar de que no existe una política expresa destinada a archivar este tipo de trámites, el sentido común de los funcionarios les ha llevado a concluir que no pueden otorgar igual impulso a todas las causas y en esta labor de priorización, la tendencia es que estos conflictos terminen por ser marginados.

El problema de esta esfera delictiva consiste en que si bien, bajo la óptica de un análisis individual, no conlleva una afectación seria a intereses sociales relevantes; si el mismo fenómeno es visto desde su repercusión global para la convivencia, su repercusión numérica lo ubica en una posición trascendente.<sup>1677</sup> El resultado de la política tradicional basada en un trato único a todo tipo de conflicto, ha sido dejar al margen de cualquier esfera formal de solución, los problemas que se presentan en el tejido de las pequeñas comunidades que cuantitativamente tienden a ser

---

<sup>1675</sup> Zarela Zavala, "Justicia de paz letrada en comisarías. Las sumas y restas del sistema", en *Urbio. Revista Latinoamericana de seguridad ciudadana*, No. 3, Quito, FLACSO, 2008, p. 99-102.

<sup>1676</sup> Cletus Gregor, "Derecho indígena y medios alternativos de resolución de conflictos", en *Urbio. Revista Latinoamericana de seguridad ciudadana*, No. 3, Quito, FLACSO, 2008, p. 112-113.

<sup>1677</sup> Claus Roxin, *Contestación*, p. 37-38.

mayoritarios.<sup>1678</sup> Realidad que termina por erosionar la legitimidad del Estado, porque afecta de manera directa la calidad de vida de buena parte de la sociedad.<sup>1679</sup>

Estos problemas se acentúan dentro de ciertas jurisdicciones en razón de la realidad social del Ecuador, desde la colonia han existido vastas zonas geográficas que han quedado al margen de la presencia real del Estado.<sup>1680</sup> La zona prototípica de esta exclusión han sido las comunidades indígenas y uno de los servicios que más ausentes ha estado es precisamente el de administración de justicia.<sup>1681</sup> La sola mantención de sus sistemas de justicia propios luego de siglos de una visión unitaria de derecho, revela el grado de marginación a la que fueron sometidas.

#### **a) Descripción de la estrategia**

Se tiene consciencia de que el presente análisis presenta dos debilidades serias.

La primera, se relaciona con que el derecho indígena es mucho más que un modelo de justicia de cercanías,<sup>1682</sup> en realidad se trata de todo un sistema de administración de justicia que convive con el modelo estatal. Sin embargo, dado que el Ecuador no ha implementado los jueces de paz y no tiene experiencias importantes en un área tan trascendente, se tomó la decisión poco ortodoxa de tomar la justicia indígena como un referente para evidenciar el potencial de las jurisdicciones ejercidas por colectividades limitadas.<sup>1683</sup> Si bien, el ejercicio planteado puede ser sometido a críticas válidas; dado que en esencia la justicia indígena es un modelo donde la comunidad o ciertos

---

<sup>1678</sup> Miguel Carbonell, *Justicia penal y Derechos fundamentales*, p. 57-61.

<sup>1679</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>1680</sup> Javier Jiménez, "El proceso penal de los pueblos indígenas de Latinoamérica: Una visión desde Europa", en *Sistemas judiciales*, No. 12, Santiago, Ceja, 2007, p. 20-21.

<sup>1681</sup> Ramiro Molina, Ana Arteaga, *¿Dos racionalidades y una lógica jurídica? La justicia comunitaria en el Altiplano Boliviano*, La Paz, Compañeros de las Américas, 2008, p. 75-76.

<sup>1682</sup> Miguel Falla, *Sistema de paz en Perú, la ley y su aplicación*, en *Propuesta de justicia de paz para el Ecuador*, Quito, ProJusticia, 2007, p. 86-89.

<sup>1683</sup> María Guerra, Buenas prácticas en el acceso de la justicia de Paz en el Perú, en *Propuesta de justicia de paz para el Ecuador*, Quito, ProJusticia, 2007, p. 85-109. p. 57-83.

representantes solucionan sus problemas junto con los involucrados y sus círculos familiares, permite estructurar una imagen adecuada de este esquema funcional.<sup>1684</sup>

El segundo problema, consisten en que este análisis parte de niveles altos de abstracción. Porque como es conocido no existe una justicia indígena en el Ecuador, debido a que hay variaciones importantes entre las distintas nacionalidades y a su vez en las comunidades. Por tanto, un real análisis de su esencia debería hacerse cargo de una serie de especificidades de los distintos modelos implementados, análisis que supera el objeto de este estudio. La idea no consiste en describir la globalidad de la esencia de la justicia indígena, simplemente extraer de ella el modelo de solución de conflictos ejercido por el entramado social cercano al delito.<sup>1685</sup>

El reconocimiento de la justicia indígena en el Ecuador se remonta a la Constitución de 1998. Este año no marca su vigencia, simplemente el momento en que el estado decidió reconocer su existencia. El Ecuador como Estado tomó la decisión de aceptar de manera formal que la resolución de los conflictos que se daban dentro de estas colectividades, incluidos los que para la cultura oficial serían considerados como delitos, son de competencia de sus propias autoridades. La idea básica consiste en que la comunidad en su conjunto en algunas variantes o en otras ciertos líderes asuman el papel de mediadores o juzgadores con capacidad para imponer sanciones.

Es cierto que este modelo de justicia ha sido objeto de fuertes críticas y polémicas sobre todo por el uso de las penas corporales, dudas de que los trámites otorguen las garantías procesales suficientes,<sup>1686</sup> ciertas resoluciones poco equitativas en esferas como la igualdad de género e incluso por verdaderos actos delincuenciales cometidos por sectores no indígenas que han usado su membrete para intentar

---

<sup>1684</sup> Ramiro Molina, *¿Dos racionalidades y una lógica jurídica? La justicia comunitaria en el Altiplano Boliviano*, p. 75-79.

<sup>1685</sup> Mauricio Martínez, *Alternativas al sistema penal en la corriente abolicionista*, p. 17-24.

<sup>1686</sup> Silvina Ramírez, "Justicia penal y pueblos indígenas. Una agenda pendiente", en *Sistemas judiciales*, No. 12, Santiago, Ceja, 2007, p. 9-10.



justificarlos.<sup>1687</sup> Se reconoce que son múltiples los temas polémicos que pueden ser discutidos, sin embargo el tema de interés para este análisis es otro, en este momento el tema esencial se centra en la cobertura del servicio de solución de conflictos.

Si se piensa en la realidad de estas comunidades sin su esquema propio de justicia el panorama se vuelve sombrío.<sup>1688</sup> Si la única herramienta de solución de conflictos es una justicia excluyente e incluso geográficamente lejana, en la práctica les hubiese convertido a estas comunidades en un sector al margen de la ley.<sup>1689</sup> Debiendo tener en cuenta que es imposible una vida en sociedad sin normas y sanciones.<sup>1690</sup>

El punto trascendente radica en la capacidad para conocer y resolver pequeños conflictos penales que este esquema funcional ha mostrado, los logros obtenidos son simplemente inalcanzables para la justicia estatal.<sup>1691</sup> Si por un momento se hace el ejercicio de imaginarse el futuro de delitos tales como: injurias, hurtos, robos, abigeatos y lesiones producidos entre vecinos, y se realiza una comparación de las posibilidades que existen de que sean atendidos por la justicia ordinaria o resueltos al interior de una comunidad indígena, resulta clara la diferencia que existe en materia de cobertura.<sup>1692</sup>

En el fondo esta es una de las razones centrales que justifican la legitimidad interna que goza esta forma de organización social. A pesar de todas las críticas que se pueden hacer a la justicia indígena, su nivel de aceptación es en extremo alto, hasta el punto que no se ha tenido noticias de facciones disidentes que en alguna comunidad hayan abogado por su abolición. La tendencia más bien ha sido la contraria, ciertas

---

<sup>1687</sup> Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, p. 214-216.

<sup>1688</sup> Miguel Carbonell, *Justicia penal y Derechos fundamentales*, p. 57-61.

<sup>1689</sup> Javier La Rosa, "La jurisdicción Alternativa como mecanismo de acceso a la justicia", en *Urbio. Revista Latinoamericana de seguridad ciudadana*, No. 3, Quito, FLACSO, 2008, p. 106-108.

<sup>1690</sup> Thomas Hobbes, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica civil*, p. 101-104.

<sup>1691</sup> Evangelina Perri, "La justicia vecinal desde la mirada del vecino", en *Sistemas judiciales*, No. 12, Santiago, Ceja, 2007, p. 64-67.

<sup>1692</sup> Adrián Marchisio, "Principio de oportunidad, Ministerio público y política criminal", en *Sistemas judiciales*, No. 10, Santiago, Ceja, 2006, p. 62-63.

comunidades campesinas y barrios marginales de las grandes ciudades han intentado aplicar esta justicia que es propia de estos pueblos y nacionalidades.<sup>1693</sup>

Desde luego este fenómeno ha sido duramente criticado por ser esquemas de “justicia por mano propia”. Sin en absoluto justificar su existencia, es hora de que el Estado se pregunte cuánto tiempo van a tardar estas nuevas colectividades en desarrollar sus propias formas de organización que les permita gozar de una vida regida por reglas, porque hay indicios de que su estado anómico se está volviendo insoportable y que comienza a existir un cuestionamiento al monopolio de la violencia.<sup>1694</sup>

Una lógica que permite visualizar la razón de ser de este fenómeno de manera bastante adecuada es la óptica económica. La desproporción existente entre los recursos de los que dispone el Estado y la demanda de justicia que conlleva asumir una esfera delictiva tan amplia, ha colocado a la justicia tradicional ante una encrucijada: por un lado, se debe reconocer que para el buen funcionamiento de la justicia penal se requiere priorizar recursos, labor que entre otras cosas conlleva marginar este tipo de casos. Por otro lado, no es posible abandonar todo un amplio abanico de conflictos a su suerte sin erosionar los pilares que sustentan la propia forma de organización política.<sup>1695</sup> Esta disyuntiva solo encuentra respuesta, el momento en que se toma consciencia de que la incapacidad estatal para enfrentar esta esfera de conflictos, no debe ser asimilada a que la sociedad en su conjunto presente similar insuficiencia.

Este problema solo puede ser asumido, en el momento en que la política criminal tome consciencia de que en la sociedad hay una gama de recursos bastante más amplia, de la que posee el gobierno.<sup>1696</sup> Por ello, es prioridad conseguir mecanismos

---

<sup>1693</sup> Ramiro Viteri, “Enfoque sobre formas alternativas de administración de derechos y personas”, en *Urbio. Revista Latinoamericana de seguridad ciudadana*, No. 3, Quito, FLACSO, 2008, p. 87-95.

<sup>1694</sup> Ralf Dahrendorf, *Ley y orden*, p. 40-42.

<sup>1695</sup> Miguel Carbonell, *Justicia penal y Derechos fundamentales*, p. 57-61.

<sup>1696</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

para canalizar otro tipo de recursos para enfrentar un problema que está minando la calidad de vida de todos.

Para terminar este análisis es importante hacer un último comentario, cuya finalidad es aclarar la postura global sobre la justicia de cercanías.<sup>1697</sup> Si bien se reconoce este modelo como una respuesta idónea para ciertos delitos, no se puede caer en el error de creer que de por sí es la respuesta más adecuada para toda la esfera criminal. Si bien posee un potencial alto en delitos de baja relevancia social, su efectividad se ve superada en las infracciones graves.<sup>1698</sup> Resulta complejo imaginarse respuestas adecuadas otorgadas por este tipo de justicia para delitos tales como: asesinatos, violaciones y secuestros.

### **c) Repercusiones de la experiencia**

**(i) Relevancia de las políticas sociales.-** En la esfera reactiva el aporte social adquiere una relevancia esencial, esta experiencia saca a relucir que el Estado por sí solo no cuenta con la capacidad de conocer y solucionar una gran cantidad de conflictos. En tal virtud, la participación comunitaria en este momento se erige como la opción viable para enfrentar un fenómeno que, por demandar una cantidad de recursos muy superior a los que dispone el sistema tradicional, había sido marginado y terminó por corroer el tejido social de un sector relevante de la comunidad ecuatoriana.<sup>1699</sup>

**(ii) Proximidad y acceso.-** Esquemas propios de la comunidad consiguen superar en gran medida las principales trabas para que el ciudadano pueda acceder a una vía adecuada para resolver su conflicto, aspectos tales como: los costos que genera un trámite, el tiempo que demanda, la barrera cultural, incluso temas tan domésticos como la cercanía del lugar o la confianza en resolver sus problemas ante sus iguales, marca

---

<sup>1697</sup> Miguel Falla, *Sistema de paz en Perú, la ley y su aplicación*, p. 86-89.

<sup>1698</sup> Mauricio Martínez, *Alternativas al sistema penal en la corriente abolicionista*, p. 17-28.

<sup>1699</sup> Ramiro Viteri, *Enfoque sobre formas alternativas de administración de derechos y personas*, p. 91.

una diferencia importante.<sup>1700</sup> En tal virtud el impacto directo que en la calidad de vida del ciudadano común puede alcanzar es relevante.<sup>1701</sup>

Una política criminal integral debe tener consciencia de que los recursos del sistema penal deben ser priorizados, no pueden ser invertidos en cualquier infracción.<sup>1702</sup> Sin embargo esta realidad no quiere decir que deba desentenderse de los restantes conflictos, se necesitan crear esquemas diferenciados que permitan en conjunto generar una respuesta adecuada a cada modalidad delictiva.

**(iii) Justicia de cercanías y sistema de justicia tradicional.-** A diferencia del criterio de Hulsman que vio en la justicia de cercanía y los métodos autocompositivos la base del esquema que permite suplir al derecho penal.<sup>1703</sup> Esta experiencia tiende a revelar que si bien es un excelente complemento, en razón de que permite acceder a esferas que le son vedadas al sistema estatal, no es de por sí suficiente para enfrentar la totalidad del fenómeno criminal.<sup>1704</sup>

No se debe caer en el error de que el alto potencial evidenciado, lleve al equívoco de no tener en cuenta que tiene un par de debilidades importantes: la primera, relacionado con los delitos graves donde las herramientas de las que dispone resultan insuficientes, por lo general se trata de: acuerdos autocompositivos y sanciones no privativas de la libertad; de hecho cuando la justicia indígena ha debido enfrentar delitos serios como los de homicidio, esta debilidad salió a relucir.<sup>1705</sup> La segunda, se relaciona con conflictos donde interviene una persona que no es parte de la colectividad donde se produce el conflicto, este punto se aborda en el siguiente numeral. En resumen se halla

---

<sup>1700</sup> Víctor Rivera, Edgar Pacay, Oscar Vasquez y otro, "Justicia de pequeñas causas en Guatemala. Juzgados móviles", en *Sistemas judiciales*, No. 12, Santiago, Ceja, 2007, p. 60-61.

<sup>1701</sup> Cletus Gregor, *Derecho indígena y medios alternativos de resolución de conflictos*, p. 113.

<sup>1702</sup> Stephen Holmes, *El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos*, p. 36-43.

<sup>1703</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 119-123.

<sup>1704</sup> Miguel Falla, *Sistema de paz en Perú, la ley y su aplicación*, p. 86-89.

<sup>1705</sup> Recuérdese el conflicto de competencias presentado en el caso conocido como "La Cocha II".

en una postura bastante similar a los métodos autocompositivos, son complementos importantes pero no sustitutos del derecho penal tradicional.

**(iv) Delitos de baja incidencia ajenos a la comunidad.-** Por su naturaleza fundada en la estructura de unidades comunitarias pequeñas, donde ejercen funciones de administrar justicia personas que por su liderazgo y reconocimiento han ganado autoridad, su esfera de acción no les permiten abarcar infracciones de baja relevancia social donde interviene una persona ajena a la comunidad. En este supuesto el problema radica en que no hay una autoridad comunitaria común que pueda resolver el conflicto.

Para este tipo de pleitos, si bien la justicia de cercanía no es la respuesta, su esquema funcional si permite extraer algunas características que harían que la justicia estatal consiga alcanzar mayor cobertura y efectividad. Debería tratarse de trámites bastante sencillos, accesibles y al cual se pueda acceder ojala de manera directa, sin la necesidad de abogado propio o estatal que impulse la causa. El ejemplo prototípico de un proceso pensado en facilitar el acceso, es el trámite de pequeñas causas del sistema anglosajón, donde las partes comparecen de manera directa ante un juez, quien resuelve el conflicto en una sola audiencia.<sup>1706</sup> De seguro entre este trámite y el procedimiento tipo se requerirá procesos intermedios, la idea es generar un abanico amplio de posibilidades que le permitan al ciudadano acceder a la justicia.

## Capítulo II

### Políticas fragmentarias

Este segundo Capítulo se destina a una nueva consecuencia de la visión segmentada. La política criminal no solo que puede prevenir o buscar vías adecuadas

---

<sup>1706</sup> Consejo de la Judicatura, Centro de estudios de justicia de las Américas, *Proyecto de código procesal unificado de materias no penales. 16-04-2012*, Quito, Consejo de la Judicatura, artículos 331-336.

para solucionar el conflicto penal en su integridad,<sup>1707</sup> de manera adicional, tiene la capacidad alcanzar mejoras para la realización de determinados derechos de los involucrados. Existen avances que si bien pueden ser considerados como individuales, porque favorecen sólo a uno de los intervinientes o de la propia administración de justicia; vistos desde la perspectiva del objetivo de la política criminal también constituyen un avance, porque la convivencia se construye sobre la realización de los derechos.<sup>1708</sup>

Se debe reconocer que esta nueva dimensión no se tuvo originalmente planificada, fue la riqueza de la realidad ecuatoriana la que permitió percatarse que había toda una gama de oportunidades que estaban quedando fuera del estudio.<sup>1709</sup> Durante este apartado se estudiará: (1) derechos de la víctima, la experiencia del SOAT;<sup>1710</sup> (2) derechos del ofendido: la unidad de servicios previos al juicio<sup>1711</sup> y (3) la administración de justicia y el manejo de recursos: la experiencia de la unidad de depuración de causas.<sup>1712</sup>

## 1. Derechos de la víctima: la experiencia del SOAT

Si bien las políticas fragmentarias también pueden ser clasificadas en públicas y privadas, por razones de espacio se ha obviado un análisis tan detallado. Sin embargo, para no perder una imagen de la riqueza de posibilidades que abre esta nueva dimensión vista desde ambas perspectivas, se ha iniciado con una experiencia de naturaleza mixta, la misma que da cuenta de los dos tipos de intervenciones.

---

<sup>1707</sup> Claus Roxin, *Contestación*, p. 37-38.

<sup>1708</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>1709</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 81-84.

<sup>1710</sup> SOAT, *Qué es el SOAT?*, "<http://www.soatecuador.info/elsoat.html>", (consultado el 12 de febrero de 2013).

<sup>1711</sup> Aguilar, Ana y Xavier Carrasco, *Servicios previos al juicio. Manual de implementación*, Monterrey, Instituto de Justicia Procesal Penal, p. 17-19.

<sup>1712</sup> Diego Zalamea, *Unidad de depuración de causas*, p. 125-142.

En concreto se analizará la introducción del “Seguro contra accidentes de tránsito” (SOAT). Por un lado, esta estrategia combina un producto prototípico del sector privado, una póliza de seguro, y por otro, la estrategia de convertirlo en un requisito obligatorio para la matriculación de un vehículo es una política pública.<sup>1713</sup>

El nivel de interacción es incluso más profundo, la prestación del servicio se hace mediante un modelo mixto, por lo general el servicio de la póliza de seguro contratada se presta mediante un conjunto de empresas privadas. Pero en aquellos casos en que el daño fuese producido por un vehículo desconocido, sin que exista una póliza a la cual cargar el costo, con el fin de garantizar la universalidad del servicio el pago asume el “Fondo del seguro obligatorio de accidentes de tránsito” (FONSAT) que es una instancia estatal que se financia en base a una parte del propio monto de las primas.

#### **a) Descripción del problema**

Como se había anotado en la experiencia referida a la materia de tránsito,<sup>1714</sup> en el Ecuador reinaba una cultura marcada por la irresponsabilidad e impunidad,<sup>1715</sup> en este escenario existía una arista especialmente dolorosa: los daños causados a las personas. El problema a enfrentarse en este caso consistía en un hábito presente en parte de la ciudadanía: con el objeto de evadir a la justicia, era un uso difundido el que el infractor se diese a la fuga dejando en una situación de alto riesgo a la víctima.

Con alguna frecuencia se daban escenas insólitas, donde por ejemplo ciertas clínicas privadas, al llegar un herido que en ese momento no pudiese brindar garantía suficiente del pago de la atención se negaban a recibirlo. Incluso, en los casos donde recibía atención, era común que el infractor no asumiese el costo y comenzaba para la víctima el drama de conseguir los recursos para cancelar el tratamiento.

---

<sup>1713</sup> SOAT, *Qué es el SOAT?*

<sup>1714</sup> Consejo de la Judicatura, *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 190-191.

<sup>1715</sup> Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, p. 207-211.

El escenario se volvía aún más desalentador porque al reinar la impunidad y no haber cultura de asegurar los vehículos, la esperanza real de que las víctimas fueran resarcidas era en extremo baja. De hecho, el intento de judicializar el conflicto, de manera regular no pasaba de ser un gasto adicional sin ningún resultado práctico.<sup>1716</sup>

#### **b) Descripción de la experiencia**

El 19 de Diciembre de 2007 se aprueba el Reglamento del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) mediante el Decreto Ejecutivo 809, el mismo que se publica en el Registro oficial 243 de 2 de Enero de 2008 y entró a regir a partir del 1 de enero de 2008.<sup>1717</sup> La experiencia consistió en instaurar como requisito obligatorio para la circulación de todo vehículo en el territorio nacional, la adquisición de un seguro para personas, cuya cobertura alcanza a todo tipo de lesiones y muerte.<sup>1718</sup> Es interesante notar que esta experiencia demandó la coordinación de diversos actores públicos y privados entre los más relevantes estuvieron el Ministerio de Salud Pública, Ministerio de Transporte y Obras Públicas, Superintendencia de Bancos y Seguros, Ministerio de Gobierno y Policía, el FONSAT, sector asegurador privado y proveedores de servicios de salud privados.<sup>1719</sup>

En caso de que el vehículo responsable no fuese conocido, existe también cobertura, en este caso con parte de los fondos del SOAT se conformó el FONSAT que presta las mismas coberturas que las compañías aseguradoras del SOAT. Mecanismo que garantiza que el sistema cumpla con su misión en todo supuesto.<sup>1720</sup>

---

<sup>1716</sup> Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, p. 210-211.

<sup>1717</sup> SOAT, *Normativa legal vigente*, "<http://www.soatecuador.info/normativa.html>", (Consultado el 12 de febrero de 2013).

<sup>1718</sup> SOAT, *Como obtener los beneficios*, "<http://www.soatecuador.info/operasoat.html>", (Consultado el 12 de febrero de 2013).

<sup>1719</sup> SOAT, *Preguntas frecuentes*, "<http://www.soatecuador.info/preguntas.html>", (Consultado el 12 de febrero de 2013).

<sup>1720</sup> SOAT, *El FONSAT*, "<http://www.soatecuador.info/fonsat.html>", (Consultado el 12 de febrero de 2013).



La estrategia consiste en tomar un producto muy común en el sector privado, aprovechar su potencial para manejo de riesgos, solucionar conflictos subsecuentes y garantizar un trato justo a las víctimas.<sup>1721</sup> En este caso la política pública decidió no incidir en el conflicto de manera integral, sino de manera exclusiva en la arista más dolorosa, la vida e integridad de las personas.<sup>1722</sup>

Las cifras dan cuenta de la incidencia que ha alcanzado esta política pública. En el año 2012 el SOAT atendió a cuarenta y cuatro mil quinientos trece (44.513) víctimas y desembolsó un total de diecinueve millones trescientos cinco mil setecientos cincuenta y dos (19'305,752) dólares.<sup>1723</sup> No existe otra estrategia comparable que se haya ocupado de una manera tan efectiva de las víctimas.

Es importante notar que en este caso es una estrategia que abarca una esfera que va más allá de la política criminal.<sup>1724</sup> Se ocupa del fenómeno criminal, delitos de tránsito, pero la supera e incluye también a los accidentes. Frente a esta realidad se tuvo dudas sí incluir esta experiencia dentro del estudio. El haberla introducido se debe a que se tuvo conciencia de que sí se hacía la presente aclaración, no se afectaba la rigurosidad del análisis, al tiempo que no se sacrificaba el estudio de la política más relevante que se ha encontrado a favor de las víctimas.

### **c) Repercusiones de la experiencia**

**(i) Seguridad y calidad de vida.-** Esta estrategia marcó un antes y un después para la seguridad de las personas en materia de circulación, hoy la población tiene un nivel de certeza de que será atendido en caso de sufrir un accidente de tránsito. Sin lugar a dudas este logro significa una variación en la calidad de vida de los

---

<sup>1721</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa*, p. 60-61.

<sup>1722</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>1723</sup> FONSAT, *Estadísticas*, "<http://www.inmedia7.com/fonsat/images/archivos/estadistica2012.pdf>", (Consultado el 12 de febrero de 2013).

<sup>1724</sup> Mariano Ciafardini, *Política criminal y prevención general del delito*, p. 257-262.

habitantes en el Ecuador, debido a que en las sociedades contemporáneas uno de los factores de riesgo más alto para la integridad física es el producido por la movilidad.<sup>1725</sup>

**(ii) Estrategias fragmentarias y convivencia en sociedad.-** Esta estrategia revela la relación directa que existe entre ciertas políticas que se hacen cargo de realizar los derechos de los involucrados<sup>1726</sup> y la calidad de vida de la sociedad.<sup>1727</sup> El otorgar niveles mínimos de garantía a la integridad personal de las víctimas es un alcance fundamental no solo para sus intereses, tiene impacto en la convivencia en sociedad.<sup>1728</sup> Queda en evidencia que en muchos supuestos es artificial separar de manera tajante los intereses de los intervinientes del gran objetivo de la política criminal. Se tiene consciencia que la repercusión en la convivencia no es un resultado necesario de toda política que alcance beneficio para los derechos de un interviniente, sin embargo en casos como este resulta innegable su aporte.<sup>1729</sup>

**(iii) Solución de conflictos y control social complejo.-** Es interesante visualizar la posibilidad de encontrar mecanismos extra penales que garantizan por anticipado la solución del conflicto o al menos una parte importante.<sup>1730</sup> El detectar esferas delictivas donde existe la posibilidad de introducir alternativas reactivas diversas a la sanción y que pueden ofrecer importantes aportes a la convivencia, constituye una nueva esfera de exploración de los límites de la política criminal.<sup>1731</sup>

En este caso concurren dos mecanismos de solución de conflictos en paralelo. Al tratarse de un delito siempre el mecanismo de cierre es el sistema penal y la estrategia

---

<sup>1725</sup> SOAT, "Qué es el SOAT?"

<sup>1726</sup> Claus Roxin, *Contestación*, p. 37-38.

<sup>1727</sup> Claus Roxin, *Contestación*, p. 37-38.

<sup>1728</sup> Claus Roxin, *Contestación*, p. 37-38.

<sup>1729</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>1730</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa*, p. 126-127.

<sup>1731</sup> SOAT, "Como obtener los beneficios," "<http://www.soatecuador.info/operasoat.html>", (Consultado el 12 de febrero de 2013).

en lo absoluto limita su aplicación. Lo interesante es que sin importar si se instaura o no un proceso, la víctima tiene un cierto nivel de protección para su salud y vida.

**(iv) Derechos de las víctimas.-** Esta experiencia demuestra que las políticas criminales cuentan con el potencial necesario para incidir de manera efectiva en la consecución de un trato justo a las víctimas. El que el Estado haya previsto que la víctima tenga una efectiva atención médica en la institución de salud más cercana y que los gastos estén cubiertos, es una realidad que le ubica al ofendido en una situación diversa a la que tendría con el simple encarcelamiento del responsable.<sup>1732</sup> La creación de un seguro obligatorio incide sobre aspectos tan relevantes como: un ejercicio efectivo del derecho a la vida, integridad física y seguridad.<sup>1733</sup>

Se tiene consciencia que la víctima tiene interés legítimos que la estrategia no cubre, la sanción del responsable y la reparación del vehículo u otros bienes que pudieron ser afectados.<sup>1734</sup> De hecho, este es el motivo por los cual esta estrategia se analiza dentro de las políticas fragmentarias.<sup>1735</sup> Como se anotó, esta intervención no coarta la posibilidad de que la justicia actúe y otorgue una solución integral.

### Otras experiencias

La lógica de esta experiencia abre la oportunidad de reflexionar sobre nuevas alternativas, por ejemplo en este momento en el Consejo de la Judicatura se discute impulsar que el SOAT amplíe su cobertura a daños materiales.<sup>1736</sup> Estrategia que permitiría abarcar una nueva esfera de conflicto y solucionaría de manera integral la mayoría de infracciones de tránsito. Porque la ley prevé que si hay acuerdo entre las partes, en caso de daños materiales y lesiones inferiores a noventa (90) días, la

---

<sup>1732</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa*, p. 60-61.

<sup>1733</sup> SOAT, *Qué es el SOAT?*

<sup>1734</sup> Comisión de la verdad: ni silencio ni impunidad, *Informe de la Comisión de la Verdad Ecuador 2010. Sin verdad no hay justicia. Resumen ejecutivo*, p. 20-22.

<sup>1735</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>1736</sup> SOAT, *Qué es el SOAT?*

reparación pone fin al conflicto.<sup>1737</sup> Con este método incluso se conseguiría desahogar la justicia penal de manera significativa.<sup>1738</sup>

Con esta misma lógica en otros países se comienza a generalizar la contratación de seguros para otras actividades de riesgo, por ejemplo la mala práctica médica y profesional en general. Se podría pensar en la posibilidad de que quienes ofertan conjuntos habitacionales deban adquirir una póliza que cubra a los consumidores contra mala ejecución de la obra. En fin esta es una nueva esfera que abre todo un abanico de opciones para explorar.<sup>1739</sup>

## 2. Derechos del procesado: la unidad de servicios previos al juicio<sup>1740</sup>

### a) Descripción del problema

La estrategia a estudiarse responde a uno de los problemas más serios que afecta a la legitimidad del sistema penal en las últimas décadas:<sup>1741</sup> el abuso de la prisión preventiva.<sup>1742</sup> En la historia reciente del Ecuador, la política criminal minimalista ha marcado tanto el devenir de la privación de libertad como medida cautelar y como sanción, por ello la descripción a realizarse de cierta manera corre paralela a un par de experiencias en el Libro II.<sup>1743</sup>

Existe un primer momento marcado por la filosofía reduccionista de la intervención punitiva propia del derecho penal mínimo, cuyo punto de partida viene

---

<sup>1737</sup> Consejo de la Judicatura, *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 190-191.

<sup>1738</sup> Ley orgánica de transporte terrestre, tránsito y seguridad vial, artículo 170.

<sup>1739</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 60-61.

<sup>1740</sup> Hubo una primera experiencia de la introducción de la unidad de servicios previos al juicio en el septiembre de 1997, sin embargo al tratarse de una intervención focalizada solo en el diagnóstico, además que por un período de inestabilidad el Ministerio público en un par de meses se desestructuró, por el espacio disponible se ha decidido no hacer referencia esta experiencia, sin embargo está publicada en: Diego Zalamea, "La unidad de antecedentes penales: un relato de los servicios de evaluación en Ecuador", en Martin Shöntheich y Denisse Tomasini-Joshi, *Programas de medidas cautelares. Experiencias para equilibrar presunción de inocencia y seguridad ciudadana*, Monterrei, Open Society. Justice initiative, 2010, p. 23-30.

<sup>1741</sup> Alberto Binder, *Justicia penal y sociedad democrática*, p. 97-98.

<sup>1742</sup> Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, p. 43.

<sup>1743</sup> Alberto Binder, *Justicia penal y sociedad democrática*, p. 97-98.

bien dado por la Constitución del 2008.<sup>1744</sup> En materia de medidas cautelares, entre otras regulaciones, interesa destacar que se consagra la excepcionalidad de la privación de la libertad.<sup>1745</sup> Sobre esa base en marzo del 2009 se introduce un amplio abanico de alternativas a la prisión preventiva,<sup>1746</sup> donde solo la última de las medidas cautelares personales es la prisión preventiva.<sup>1747</sup> De la misma manera se establece como requisito expreso para dictar la privación de libertad cautelar, el que el juez constate la presencia de: “*indicios suficientes de que las medidas no privativas de la libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado a juicio*”.<sup>1748</sup> Además en la Constitución y la ley se mantienen los plazos de caducidad de la privación de libertad cautelar: seis (6) meses para los delitos de prisión y un año para los de reclusión.<sup>1749</sup>

En el segundo momento se produce una erosión de la legitimidad de este giro legislativo, esta etapa se inicia cuando se constata que como regla general, se consagra la ineficacia de las medidas alternativas para conseguir la presencia del procesado al juicio, en poco tiempo se convierte en una causa que acentúa un cierto nivel de anomia que se vivía.<sup>1750</sup> Es así que esta etapa puede ser caracterizada por una acelerada pérdida

---

<sup>1744</sup> Elías Carranza, “Situación y perspectivas penitenciarias en América Latina y el Caribe. Necesidad de alternativas a la prisión”, en Elías Carranza, Mario Houed, Nicholas Liverpool y otros, *Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe*, Buenos Aires, ILANUD, 1992, p. 3-13.

<sup>1745</sup> Constitución de la República del Ecuador, artículo 77, numerales 1 y 11. Los mimos que con la consulta popular serían modificados.

<sup>1746</sup> Javier Carrasco, “Estudio comparativo: el impacto de las reformas procesales en la prisión preventiva en México”, en *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*, Vol. 2. Santiago, Ceja, 2011, p. 200-215.

<sup>1747</sup> Código de procedimiento penal, artículo 160.

<sup>1748</sup> Código de procedimiento penal, artículo 167.

<sup>1749</sup> Daniel Pastor, “La prisión preventiva, problemas actuales y soluciones”, en Luís Reina, Gustavo Arocena, David Cienfuegos coordinadores, *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, Lima, Jurista, 2007, p. 175-176.

<sup>1750</sup> Emile Durkheim, *Escritos selectos*, p. 171-172.

de legitimidad,<sup>1751</sup> en la sociedad se impone la imagen de que las medidas cautelares no privativas de libertad son sinónimo de impunidad.<sup>1752</sup>

El tercer momento, es caracterizado por un proceso de contra reforma.<sup>1753</sup> Dentro del cual existieron dos capítulos trascendentes: el primer momento tiene como hito la reforma legal de marzo de 2010, cuya finalidad tuvo proscribir el uso de medidas cautelares alternativas a la privación de la libertad en delitos sancionados con una pena de reclusión.<sup>1754</sup> Esta reforma se adoptó a pesar de que en la mesa de justicia y estructura del Estado hubo plena conciencia durante el debate legislativo que esta disposición legal contradecía la norma constitucional.<sup>1755</sup>

El segundo momento es marcado por la consulta popular del 2011, mediante la cual se aprueba la posibilidad de descontar los tiempos no imputables a la administración de justicia, para efecto del cómputo de la caducidad de la prisión preventiva.<sup>1756</sup> Así como se modifica el estándar de la prisión preventiva, de ser la medida excepcional pasa a simplemente no ser regla general.<sup>1757</sup>

Ante esta realidad era imperativo profundizar sobre las causas, que habían convertido a las medidas no privativas de libertad en sinónimo de impunidad. En lo básico se encontraron dos (2) causas esenciales: la primera, relacionada con (i)

---

<sup>1751</sup> Luís Ramírez, "Reforma de la justicia penal y prisión preventiva en Guatemala", en *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*, Santiago, Ceja, 2009, p. 389-390.

<sup>1752</sup> El telégrafo, *Medidas sustitutivas, ¿Impunidad o garantía?*, <http://www.telegrafo.com.ec/actualidad/item/medidas-sustitutivas-impunidad-o-garantia.html> (Consultado el 6 de marzo de 2013).

<sup>1753</sup> Luís Schiappa, "Prisión preventiva y reforma procesal penal en Argentina", en *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*, Vol. 2. Santiago, Ceja, 2011, p. 104-114.

<sup>1754</sup> Esta reforma se materializa en el segundo inciso del artículo 167, por la técnica legislativa tan defectuosa que emplea es discutible que haya conseguido el fin que procuraba, sin embargo se ha impuesto la concepción de que en el Ecuador los delitos castigados con pena de reclusión no cabe medidas alternativas a la prisión preventiva. Suplemento registro oficial, No. 160, 29 de marzo de 2010.

<sup>1755</sup> Constitución de la República del Ecuador, artículo 77, numerales 1 y 11.

<sup>1756</sup> Consulta popular 2011, pregunta 1, Registro oficial, No. 490, 13 de 2011.

<sup>1757</sup> Consulta popular 2011, pregunta 2, Registro oficial, No. 490, 13 de 2011.

decisiones de baja calidad y, la segunda, con la (ii) falta de seguimiento de las medidas no privativas de libertad.<sup>1758</sup>

Con relación a las (i) *decisiones de baja calidad*, a pesar de la inclinación inicial de imputar a los actores el resultado; un estudio un tanto más detenido permite detectar la existencia de un elemento más trascendente: el factor tiempo. En casi la totalidad de audiencias que se realiza para resolver la prisión preventiva, el procesado llega privado de la libertad,<sup>1759</sup> por tanto esta diligencia se realizaba dentro de las veinte y cuatro (24) horas siguientes.<sup>1760</sup>

Este límite genera un problema serio, la información con que se cuenta de manera regular suele ser escasa. En términos generales tiende a limitarse al supuesto material, esto es, a la presencia de indicios de la existencia del delito y de la responsabilidad del procesado. Sin embargo, discusiones más finas como la necesidad cautelar<sup>1761</sup> o el tipo de medida que puede garantizar la presencia a juicio, tienden a ser rudimentarias o incluso simplemente inexistentes.<sup>1762</sup> Este hallazgo es trascendente, porque los temas donde se presentan deficiencias son los que precisamente tienen por finalidad garantizar el juzgamiento.<sup>1763</sup>

El segundo problema se relaciona con la (ii) *falta de seguimiento de las medidas no privativas de libertad*, en este caso las deficiencias tendían a impedir la consecución

---

<sup>1758</sup> Alberto Binder, *Justicia penal y sociedad democrática*, p. 97-98.

<sup>1759</sup> Ya sea porque el delito es flagrante o porque ha existido una detención para investigación.

<sup>1760</sup> Diego Zalamea, "Reporte del estado de la prisión preventiva en el Ecuador", en *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*, Directores Cristián Riego y Mauricio Duce, Santiago, Ceja, 2009.

<sup>1761</sup> Midred Hartmann, Wilson Martínez, "La detención preventiva y la reforma procesal penal en Colombia", en *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*, Santiago, Ceja, 2009, p. 227-229.

<sup>1762</sup> Claudia Vetrix, "La prisión preventiva en Perú. Estudio de 112 audiencias en 7 distritos judiciales con el nuevo código procesal penal", en *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*, Vol. 2. Santiago, Ceja, 2011, p. 289-292.

<sup>1763</sup> Consejo de la Judicatura, *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 194.

de resultados reales.<sup>1764</sup> Si bien había algunos métodos establecidos como registros donde acercarse a firmar, en medidas tales como presentarse ante la autoridad; como regla general, entre los funcionarios del sector justicia tendía a imponerse un total desentendimiento de esta labor o en el mejor de los casos un seguimiento netamente formal. Esta realidad en la práctica había forjado el convencimiento de que incumplir las medidas fijadas no conlleva consecuencias.

#### **b) Descripción de la estrategia**

En un escenario adverso, donde las medidas alternativas a la prisión preventiva son concebidas como impunidad,<sup>1765</sup> la Mesa interinstitucional del sector justicia a pedido del Defensor Público, resuelve crear la “Unidad Piloto de Evaluación, Supervisión y Seguimiento de Medidas Alternativas a la Prisión Preventiva”, que en este estudio se la denominará de acuerdo a la nomenclatura utilizada en el contexto internacional: “Unidad de Servicios Previos al Juicio”.<sup>1766</sup> Su conformación se realizó el 26 de diciembre de 2012 y comenzó a prestar servicio desde el 2 de enero de 2013.

La lógica de esta intervención es crear una unidad administrativa que se haga cargo de las dos grandes falencias que fueron descritas.<sup>1767</sup> En el caso de la falta de información, se afrontó mediante la implementación de un *(i) modelo de diagnóstico*,<sup>1768</sup> el mismo que fue diseñado con el fin de producir información referida a

---

<sup>1764</sup> Ministerio de Justicia, Derechos humanos y Cultos, *Programa para la gestión y aplicación de medidas socioeducativas: no privativas de la libertad para adolescentes en conflicto con la ley penal*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos humanos y Cultos, Quito, 2011, p. 64-68.

<sup>1765</sup> Alberto Binder, *Justicia penal y sociedad democrática*, p. 97-98.

<sup>1766</sup> Consejo de la Judicatura de transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 63-64.

<sup>1767</sup> Consejo de la Judicatura, *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 194.

<sup>1768</sup> Luís Rodríguez, “Panorama de las alternativas a la prisión en América Latina”, en Elías Carranza, Mario Houed, Nicholas Liverpool y otros, *Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe*, Buenos Aires, ILANUD, 1992, p. 20-22.



atacar la principal debilidad de la justicia, se resolvía la prisión preventiva de una persona sin saber siquiera a quien se estaba procesando.<sup>1769</sup>

La metodología empleada consistió, en recabar información sobre el arraigo social de la persona con el uso de un formato previamente establecido, la misma que era obtenida sobre la base de una entrevista con la persona detenida.<sup>1770</sup> Al finalizar este diálogo se confirma la información con entrevistas a sus familiares, llamadas telefónicas y visitas a los lugares de referencia otorgados por el detenido. Una vez que se ha verificado la información sobre la base de puntuación previamente asignada, se valora el nivel de arraigo y se emite un informe sobre el riesgo de que la persona no cumpla la comparecencia a juicio.<sup>1771</sup> Se emite un informe para el fiscal y el defensor con el fin de que sobre la base de la información recabada puedan discutir en la audiencia y producir información de calidad.<sup>1772</sup>

Si se le otorga un régimen de libertad controlada, de manera inmediata comienza las actividades destinadas a cumplir con la segunda función. La misma que consiste en el (ii) *seguimiento de la persona procesada* para que comparezca a cada una de las actuaciones judiciales para las cuales sea citado. Se diseña un plan personal de seguimiento, que combina diversos métodos para mantener un acompañamiento al procesado y conseguir el fin último que es la presencia del procesado al juicio.<sup>1773</sup> La idea consiste en que, por un lado, el procesado sienta el apoyo de personal preparado que le informe y recuerde sus compromisos con el proceso, y por otro, genere el

---

<sup>1769</sup> Alberto Binder, *Justicia penal y sociedad democrática*, p. 97-98.

<sup>1770</sup> Open society institute initiative, *Programa de medidas cautelares. Experiencias para equilibrar presunción de inocencia y seguridad ciudadana*, Monterrey, Open society institute initiative, 2010, p. 14-15.

<sup>1771</sup> Open society institute initiative, *Programa de medidas cautelares. Experiencias para equilibrar presunción de inocencia y seguridad ciudadana*, p. 14-15.

<sup>1772</sup> Diego Zalamea, *La unidad de antecedentes penales: un relato de los servicios de evaluación en Ecuador*, p. 27.

<sup>1773</sup> Aguilar, Ana y Xavier Carrasco, *Servicios previos al juicio. Manual de implementación*, Monterrey, Instituto de justicia procesal penal, 2011, p.19.

convencimiento de que la justicia está atenta a su caso y hace un seguimiento estrecho al cumplimiento de sus obligaciones. Factor determinante para estimular el cumplimiento, en especial de su presencia a juicio.<sup>1774</sup>

Esta experiencia surgió en el mundo anglosajón, en Latino América ingreso por Morelos México y Cuenca de Ecuador es la segunda ciudad donde se implementó de manera integral.<sup>1775</sup> Hubo un intento anterior en la ciudad de Azogues, pero por cambios en las cúpula institucional de la Fiscalía no consiguió subsistir; además en ese caso la estrategia no era completa, pues no existía la fase de seguimiento.<sup>1776</sup>

El escaso tiempo de implementación no permite evaluar de manera consistente los resultados obtenidos, en razón de que la prueba de fuego de esta unidad llega el día en que las personas a quienes se ha dado la medida no privativa de la libertad son llamadas a juicio, hasta el momento en que se produjo un cambio en el respaldo institucional a este proyecto, en razón de que el nuevo Consejo de la Judicatura asumió sus funciones, solo una persona había sido convocada a esta diligencia y se ha presentado.<sup>1777</sup> Desde luego la muestra este dato no sirve para fijar una tendencia.

Dada la imposibilidad de valorar la experiencia en el Ecuador, resulta de interés introducir ciertos datos de la ciudad de nuestra región que ha implementado esta estrategia: Morelos México. La cifra conseguida es gráfica, el 90% de las personas que afrontan en libertad su proceso comparezcan a juicio.<sup>1778</sup> De conseguirse un resultado

---

<sup>1774</sup> Aguilar, Ana y Xavier Carrasco, *Servicios previos al juicio. Manual de implementación*, Monterrey, Instituto de justicia procesal penal, 2011, p.19.

<sup>1775</sup> Xavier Carrasco, "Institución RENACE, ABP: UN relato de servicios de supervisión en México", en Martin Shönteich y Denisse Tomasini-Joshi, *Programas de medidas cautelares. Experiencias para equilibrar presunción de inocencia y seguridad ciudadana*, Monterrey, Open Society. Justice initiative, 2010, p. 40-46.

<sup>1776</sup> Diego Zalamea, *Reporte del estado de la prisión preventiva en el Ecuador*, p. 311-312.

<sup>1777</sup> Esta experiencia se acabo de escribir el 22 de abril de 2013.

<sup>1778</sup> Javier Carrasco, "Institución RENACE, ABP: UN relato de servicios de supervisión en México", en *Programa de medidas cautelares. Experiencias para equilibrar presunción de inocencia y seguridad ciudadana*, Monterrey, Open society institute initiative, 2010, p. 45.

que se aproxime a este logro, esta experiencia habría marcado una ruptura con la realidad que hoy se vive.

Es importante anotar que en México existe la tendencia a ampliar la esfera de acción de esta a otras esferas como el cumplimiento de ciertos compromisos adquiridos en vías alternas al juicio, en especial a la suspensión condicional. Lo común ha sido constatar que los jueces ordenan esta medida y los procesados presentan un nivel de incumplimiento elevado. Sin embargo, cuando se analiza las causas es común encontrar, por ejemplo, que se les impone como condición el trabajo comunitario, sin embargo no hay nadie que le diga en concreto qué, cómo y dónde hacerlo.<sup>1779</sup> Si se quiere que esta salida alternativa al juicio no se degrade y se convierta en sinónimo de impunidad, es necesario en una estructura administrativa que se ocupe de su cumplimiento.<sup>1780</sup>

### **c) Repercusiones de la experiencia**

**(i) Derechos de las personas y políticas públicas.-** Queda en evidencia lo artificial que resulta la postura de la dogmática positivista de excluir los derechos de las personas de los objetivos de la política criminal.<sup>1781</sup> La descripción realizada no solo muestra que tiene la capacidad de ocuparse de esta esfera de intereses, sino que además puede hacerlo desde una perspectiva novedosa. Supera la visión de que los derechos de las personas se defienden de manera exclusiva mediante diques que limiten la tipificación de conductas, revela la existencia de una esfera activa, donde se pueden implementar una serie de intervenciones que se ocupen de que esos derechos trasciendan del discurso y se plasmen en la realidad.

---

<sup>1779</sup> Mirentxu Corcoy, "Sistemas de penas y líneas políticocriminales de las últimas reformas del Código penal. ¿Tiende el Derecho penal hacia un [derecho de dos velocidades]?", en Cancio Melía, Gómez-Jara Díez, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. I, Madrid, Edisofer, 2006, p. 394-395.

<sup>1780</sup> Javier Carrasco, *Institución RENACE, ABP: UN relato de servicios de supervisión en México*, p. 41.

<sup>1781</sup> Claus Roxin, *Política criminal y sistema del derecho penal*, p. 43.

(ii) **Estructuras administrativas y objetivos del sistema penal.-** Muestra que en ocasiones el motivo del no funcionamiento del sistema es tan burdo como no haber previsto estructuras administrativas básicas para que cumplan tareas esenciales.<sup>1782</sup> El crear instancias responsables, con metodologías propias, mediciones de resultados y mecanismos de depurado de su gestión es fundamental para que el sistema pueda cumplir sus funciones. Lamentablemente, la visión centrada en concebir la política criminal como la promulgación de leyes, ha llevado a distorsiones tan profundas como el haber dejado funciones básicas del sistema penal en un estado tal de abandono, como el que se verifica con respecto a la producción de información para la toma de la decisión de medidas cautelares y la ausencia de responsables para el seguimiento de que las medidas impuestas se cumplan.<sup>1783</sup>

(iii) **¿Derechos versus efectividad?** Queda en evidencia que esa visión de confrontar entre derechos del procesado y la efectividad en la consecución de la convivencia ciudadana, es un marco conceptual limitado. Porque si bien en ocasiones es adecuado para explicar sus relaciones, hay esferas importantes donde resulta incompatible con la realidad.<sup>1784</sup> Esta experiencia muestra que ambos sectores de intereses pueden ser compatibles y hasta potenciarse de manera mutua, en este caso concreto un mecanismo para fomentar el cumplimiento los derechos del procesado alcanza logros importantes para potenciar la efectividad del sistema penal. Esta estrategia plantea un reto para el futuro, desarrollar estrategias que propicien avances importantes en las dos (2) esferas que han sido concebidas como contrapuestas.<sup>1785</sup>

---

<sup>1782</sup> Cristián Riego, *Informe comparativo. Proyecto de seguimiento de los procesos de reforma en América Latina*, p. 51-52.

<sup>1783</sup> Juan Vargas, *Prólogo*, p. 8-9.

<sup>1784</sup> Claus Roxin, *Contestación*, p. 37-38.

<sup>1785</sup> Ralf Dahrendorf, *Ley y orden*, p. 169-176.

### Otras experiencias

Esta experiencia es una muestra de toda una línea de intervenciones que está por explorarse. Por ejemplo, el Consejo de la Judicatura hizo constar en su solicitud de presupuesto para el año 2013, la introducción de dispositivos electrónicos para el seguimiento a los procesados. Método que potencia de manera relevante el seguimiento a las personas sometidas a regímenes de libertad controlada. En los países que se ha implementado esta estrategia, se ha observado que en el momento en que se consigue avanzar en la efectividad del control, los jueces muestran estar más dispuestos a permitir que las personas esperen su juicio en libertad.

Otra experiencia interesante que también disminuye el uso de la prisión preventiva,<sup>1786</sup> se relaciona con una iniciativa privada surgida en el mundo anglosajón. Las compañías de seguros por el pago de una póliza y ciertas garantías reales, otorgan una caución para asegurar la presencia del procesado.<sup>1787</sup> Este mecanismo ha contribuido el acceso a ciertos extractos antes excluidos.

La última alternativa que se destacará, se relaciona con una esfera distinta a la prisión preventiva. Al igual que lo sucedido con la suspensión condicional del procedimiento, cuando se implementen las sanciones no privativas de libertad, es previsible que si no se crean estructuras administrativas encargadas del cumplimiento de este tipo de penas, van a tender a convertirse en impunidad y pronto vendrá la tradicional contra reforma.<sup>1788</sup> En ese sentido es necesario pensar en crear otras unidades de similar naturaleza o ampliar la competencia de las unidades de servicios previos al juicio para que abarquen esta esfera.<sup>1789</sup> Esta última alternativa parece

---

<sup>1786</sup> Alberto Binder, *Justicia penal y sociedad democrática*, p. 97-98.

<sup>1787</sup> Elías Carranza, Mario Houed, Luís Mora, "La excarcelación bajo caución juratoria, como una de las alternativas para reducir en número de presos sin condena", en Elías Carranza, Mario Houed, Nicholas Liverpool y otros, *Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe*, Buenos Aires, ILANUD, 1992, p. 112.

<sup>1788</sup> Javier Carrasco, *Institución RENACE, ABP: UN relato de servicios de supervisión en México*, p. 41-43.

<sup>1789</sup> Aguilar, Ana y Xavier Carrasco, *Servicios previos al juicio. Manual de implementación*, p. 17 19.

bastante prometedora, en razón que además de ahorrar recursos, por las metodologías y habilidades que han desarrollado, constituyen un camino andado para otorgar con calidad este servicio, por supuesto con una adaptación a las nuevas demandas.<sup>1790</sup>

### **3. La administración de justicia y el manejo de recursos: la experiencia de la unidad de depuración de causas**<sup>1791</sup>

Dentro de las políticas criminales fragmentarias, no solo que se puede propiciar avances para la realización de los derechos de las partes, es posible también buscar mejoras significativas para la propia administración de justicia. De hecho, dado lo defectuoso del funcionamiento del sistema penal tradicional, es una esfera que en principio promete ser fructífera.<sup>1792</sup>

En este caso se escogió una experiencia que se ocupa de la necesidad de economizar recursos. La elección se realizó en razón del poco apego que dentro del sector justicia suele haber, con respecto a la necesidad de planificar la inversión de sus escasos recursos. Una concepción desapegada de este requerimiento se ha convertido en uno de los problemas que más ha golpeado a su funcionamiento.<sup>1793</sup>

#### **a) Descripción del Problema**

El ingreso de denuncias al sistema penal es un torrente difícil de afrontar con una visión carente de estrategia, de manera reiterada en la región se ha constatado que con los recursos disponibles es simplemente imposible intentar investigar tal cantidad de hechos delictivos.<sup>1794</sup> Este es el motivo central por el que en los diversos procesos de reforma, ha sido una constante

---

<sup>1790</sup> Winfried Hassemer, *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*, p. 13-15.

<sup>1791</sup> Esta experiencia en su primera etapa se halla publicada en un par de publicaciones anteriores, no existe una simple remisión a ellas porque en ninguna de las versiones anteriores se ha enfocado el análisis desde la perspectiva que demanda este estudio, además que una descripción mínima de la experiencia es esencial para estructurar la propuesta vigente. Diego Zalamea, "Unidad de depuración de causas", en Mauricio Duce editor, *Reformas procesales penales en América Latina: Experiencias de innovación*, Santiago, Ceja, 2005, p. 77-101.

<sup>1792</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>1793</sup> Stephen Holmes, *El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos*, p. 36-43.

<sup>1794</sup> Stephen Holmes, *El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos*, p. 36-37.

el que Fiscalía y Policía no se diera abasto para enfrentar esta carga procesal, debilidad que termina por generar una acumulación de causas que afecta de manera seria al sistema penal.<sup>1795</sup>

Un análisis más detenido permitió notar que existía un problema de fondo. Era necesario diferenciar en ese caudal de denuncias, dos sectores claramente diversos: el primero, agrupa a los casos que tienen las condiciones necesarias para realizar la investigación. En tanto que, en el segundo se agrupan aquellas causas que por sus condiciones se puede determinar que su investigación no va a ser fructífera.

Para efectos de esta experiencia resulta de interés este segundo sector. Cuando se analizó a detalle las denuncias en las que no se podía montar una investigación exitosa, se encontró que se podía agrupar es tres (3) categorías: (i) las denuncias que incluían actos que no configuran delito; (ii) las que a pesar de que las acciones denunciadas eran delito, no cuentan con las condiciones mínimas para investigar, y (iii) aquellas que por razones de políticas públicas se ha decidido no investigar.<sup>1796</sup>

A pesar de que la mayoría de estas circunstancias son detectables desde el primer momento, los modelos operativos tradicionales han generado que se les otorgue un trato similar a aquellas denuncias que en realidad ameritan una investigación y tienen posibilidades de éxito. El procedimiento puede ser resumido en el envío de varios centenares de miles de denuncias que no son investigables a las unidades fiscales, estas a su vez repiten el procedimiento con sus similares de la policía judicial, se las mantiene activas por meses y en ocasiones por años, sin que desde luego haya ningún éxito en la supuesta investigación. Porque en la práctica no se va más allá de realizar una serie de actos formales que justifiquen una supuesta actuación.<sup>1797</sup>

Sin embargo esta actividad de “simulación” destinada a generar una imagen de que se está indagando hechos que no son investigables, consume la mayoría de la capacidad operativa del sistema penal ecuatoriano. El efecto práctico de esta distorsión, consiste en generar un serio

---

<sup>1795</sup> Claudia Barcia, Jorge Boerr, Gabriel Unrein, “La reforma procesal penal en la ciudad autónoma de Buenos Aires. Experiencias de innovación en el Ministerio público fiscal”, en *Reformas de la justicia en América Latina. Experiencias de innovación*, Santiago, Ceja, 2010, p. 253-257.

<sup>1796</sup> Consejo de la Judicatura de transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 12-13.

<sup>1797</sup> Diego Zalamea, *Unidad de depuración de casas*, p. 84.

déficit de recursos para aquellos casos que si podían ser esclarecidos. Además de forjar un esquema funcional comprometido con el cumplimiento formal de las tareas sin que exista una preocupación por los resultados.<sup>1798</sup>

### **b) Descripción del proyecto**

Este proyecto ha tenido dos momentos: el primero desarrollado de manera íntegra por la Fiscalía General, en ese entonces Ministerio Público. Estuvo vigente desde julio del 2004 en la ciudad de Quito, luego de su réplica en Cuenca, Guayaquil y Azogues,<sup>1799</sup> comienza a tener problemas de sostenibilidad en diciembre del año 2007 cuando se produce un cambio en la cúpula institucional. Debido a que si bien las nuevas autoridades no toman la resolución de desaparecerlas, le dejan sin supervisión y de manera paulatina toman decisiones las desnaturalizan y dejan de cumplir su función.

El segundo momento se produce cuando el Consejo de la Judicatura de Transición retoma la iniciativa, la fortalece mediante el concepto de Unidad Interinstitucional y la dota de un juez exclusivo para que despache todos estos casos. En julio del 2012 entra a funcionar nuevamente en Quito, en este caso bajo el nombre de Unidad interinstitucional de atención temprana y está vigente hasta el momento, sin embargo un nuevo cambio de liderazgo en la institución que la patrocinó producido en enero del 2013 la ha comenzado a afectar.<sup>1800</sup>

En resumen, este proyecto tiene por finalidad depurar todos los casos que por cualquier causa no pueden ser investigados y otorgarles la respuesta legal que les corresponde de manera ágil con una utilización de recursos baja.<sup>1801</sup> El diseño consta de tres filtros sucesivos: un filtro informal de asesoramiento destinado a que no ingresen las denuncias que no constituyen delito; desestimación de los casos ingresados que no cumplen con el requisito anotado, y envió al archivo provisional en los casos no investigables. De hecho, podía introducirse un cuarto filtro que se destina a aquellos casos que a pesar de ser investigables, por razones de política criminal

---

<sup>1798</sup> Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, p. 126-127.

<sup>1799</sup> Ministerio Público, *Informe de labores 2006*, p. 27-28.

<sup>1800</sup> Diego Zalamea, *Unidad de depuración de causas*, p. 125-142.

<sup>1801</sup> Fondo Justicia y Sociedad. Fundación Esquel USAID, *Segunda evaluación del sistema procesal penal*, p. 55-56.



han decidido no continuarse con el trámite por el principio de oportunidad. No se introdujo este filtro porque Fiscalía no tenía criterios fijados al respecto.<sup>1802</sup>

El método de funcionamiento no es complejo,<sup>1803</sup> en la primera etapa la unidad contó con dos (2) y hasta tres (3) fiscales; en la segunda solo con uno (1), quienes fueron dedicados a cumplir esta labor de tamizado. Luego del primer filtro que era realizado por los propios receptores, donde se recomendaba al usuario que vaya a la institución correspondiente, si era claro que la Fiscalía no era la institución competente; el fiscal leía el caso y de encontrar con cualquiera de las causas anotadas en el párrafo anterior, adoptaba de inmediato una solución de las alternativas señaladas. En caso de que fuese investigable enviaba a la unidad especializada correspondiente.<sup>1804</sup>

En la primera etapa la experiencia alcanzo un nivel de depuración del 37%,<sup>1805</sup> en tanto que en su implantación por parte del Consejo de la Judicatura se ubicó en el 82%.<sup>1806</sup> La razón central del aumento fue que en el primer caso se aplicó a la totalidad de las causas, en tanto que en el segundo solo a las dos unidades donde más incidencia tienen el tipo de denuncias descritas: patrimonio ciudadano y soluciones rápidas.<sup>1807</sup>

Es importante tener en cuenta que esta estrategia con una inversión marginal de recursos, consiguió hacerse cargo de manera efectiva de uno de los problemas centrales para el funcionamiento de los sistemas judiciales reformados, el problema endémico de las fiscalías para asumir su carga de trabajo.<sup>1808</sup>

---

<sup>1802</sup> Diego Zalamea, Unidad de depuración de casas, p. 85-90.

<sup>1803</sup> Claudia Barcia, *La reforma procesal penal en la ciudad autónoma de Buenos Aires. Experiencias de innovación en el Ministerio público fiscal*, p. 253-257.

<sup>1804</sup> Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, p. 129-135.

<sup>1805</sup> Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, p. 136.

<sup>1806</sup> Consejo de la Judicatura de transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 16.

<sup>1807</sup> Consejo de la Judicatura de transición, eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia, *Programa de reestructuración de la Función judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de justicia*, p. 17.

<sup>1808</sup> Cristián Riego, *Informe comparativo. Proyecto de seguimiento de los procesos de reforma en América Latina*, p. 14-16.

### c) Repercusiones de la experiencia

**(i) Utilización de recursos y funcionamiento del sistema.-** Esta experiencia lleva a plantear una dimensión diversa de las políticas criminales, por su naturaleza deben hacerse cargo del problema esencial de los recursos escasos.<sup>1809</sup> Mientras la administración de justicia no tome consciencia que tiene limitaciones y que su capacidad operativa es mínima frente al fenómeno delictivo, no se podrá superar la paradoja que hoy vive nuestra sociedad en el área penal, una esfera inmensa de casos que no pueden ser atendidos por falta de recursos, al tiempo que hay dispendio de cuantiosos medios en actividades inútiles, poco productivas o de escasa relevancia.<sup>1810</sup>

La visión utópica de que el Estado debe proteger todos los derechos sin ningún tipo de valoración, ha llevado a caricaturizar la política criminal.<sup>1811</sup> No se puede realizar una planificación de un servicio público sin tener en cuenta la verdadera capacidad de gestión que se posee y priorizar la inversión de recursos en aquellas áreas más fructíferas y necesarias.<sup>1812</sup> Una simple revisión de la manera estándar cómo afronta la conflictividad, sin considerar su nivel de necesidad, urgencia y posibilidades de éxito da cuenta del motivo por el cual el servicio público de administración de justicia penal ha llegado a ser tan deficitario.

**(ii) Estructuras administrativas y consecución de objetivos del sistema penal.-** Esta experiencia confirma la realidad detectada en la unidad de servicios previos al juicio,<sup>1813</sup> donde se pudo detectar que a pesar de la relevancia de alcanzar ciertos objetivos, en la práctica ha existido un desinterés tan manifiesto que ni siquiera hay estructuras administrativas encargadas de su realización.<sup>1814</sup>

**(iii) Transparencia y confianza ciudadana.-** A pesar de que hay decisiones que son difíciles, como el tener que decir a un ciudadano no es posible tramitar su denuncia porque no hay evidencia necesaria para iniciar la investigación. Sin embargo, si se quiere hacer una

---

<sup>1809</sup> Stephen Holmes, *El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos*, p. 36-37.

<sup>1810</sup> Juan Vargas, *Prólogo*, p. 8-9.

<sup>1811</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>1812</sup> Stephen Holmes, *El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos*, p. 37-38.

<sup>1813</sup> Ana Aguilar, *Servicios previos al juicio. Manual de implementación*, p. 17 19.

<sup>1814</sup> Juan Vargas, "Eficacia en la Justicia", en *Sistemas judiciales*, Número 6, Santiago, Ceja, 2003, p. 684-85.

política criminal que responda a la ciudadanía, se debe comenzar con poner sobre la mesa temas como este y discutirlos de manera simple y abierta.<sup>1815</sup>

## Capítulo III

### Enseñanzas en materia de política criminal

Con el objeto de ordenar las conclusiones se ha decidido dividirlos en cuatro (4) categorías, que en buena medida responden a la del presente capítulo: (a) Conclusiones generales, (b) políticas integrales preventivas, (c) políticas integrales reactivas y (d) políticas fraccionarias.

#### a) Conclusiones generales

(i) **Control social complejo.-** Salvo las intervenciones dedicadas a mejorar el sistema penal tradicional, unidades de delitos flagrantes<sup>1816</sup> y depuración de causas, todas las estrategias convergen en un nuevo esquema de control social:<sup>1817</sup> la solución no está en ampliar o disminuir el sistema penal, si no en complejizarlo. Con un Derecho penal limitado a las normas estructurales necesarias para garantizar el funcionamiento de la sociedad, y con otros niveles de control social destinados a generar esquemas preventivos, métodos diversos de solución de conflictos y ámbitos de avance efectivo en la realización de los intereses de los intervinientes, se puede forjar una política criminal capaz de gestionar la conflictividad delictiva.

(ii) **Enfoque segmentado.-** El conjunto de experiencias muestra que se produce un incremento exponencial en el potencial de intervención de la política criminal, a partir del momento en el que la aproximación al fenómeno criminal, abandona una visión universalista para adoptar una visión segmentada.<sup>1818</sup>

---

<sup>1815</sup> Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, p. 136.

<sup>1816</sup> Consejo de la Judicatura, *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 185-187.

<sup>1817</sup> Roberto Bergalli, *¿De cuál control social se habla?*, p. 153-156.

<sup>1818</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

El denominador común de todas las intervenciones es haber detectado un elemento diferenciador de determinado sector de delito y utilizar este insumo para generar cambios relevantes en cómo se gestiona este tipo de conflicto.<sup>1819</sup> Experiencias como la del SRI,<sup>1820</sup> tránsito<sup>1821</sup> y control de ventas de objetos de dudosa procedencia, sacan provecho de que por el tipo de actividad que se ocupan son susceptibles de ser sometidas a un control social intensivo con una inversión razonable de recursos;<sup>1822</sup> la venta de objetos ilegales y robo de cerebros electrónicos al ser actividades que responden a una lógica de mercado, se gestiona con estrategias que intervienen en la cadena de oferta y demanda;<sup>1823</sup> los casos sometidos a la justicia de cercanías y tránsito son conflicto que por su naturaleza suelen compatibles con una respuesta negociada;<sup>1824</sup> la actividad de conducir, prestar servicios médicos y profesionales en general tienen en común el conllevar riesgos, por tanto son susceptibles de ser regulados bajo modalidades de seguro obligatorio;<sup>1825</sup> necesidades como conseguir que el procesado se presente a juicio, evitar el robo de vehículos o que personas con historia de violencia intrafamiliar se encuentren, tienen en común el demandar la ubicación precisa de determinados sujetos u objetos, siendo la tecnología satelital una respuesta; etc.

Incluso en el caso del sistema penal que es la única estrategia que se ha aceptado que alcanza un potencial de aplicación universal, ha quedado en evidencia que cuando es implementada bajo un modelo estándar, su nivel de efectividad tiende a ser pobre. En tanto que si se parte de elementos característicos de tipos diferenciados de conflictos,

---

<sup>1819</sup> Alberto Binder, *De las "repúblicas aéreas" al estado de derecho. Debate sobre la marcha de la reforma judicial en América Latina*, p. 261-263.

<sup>1820</sup> Servicio de Rentas Internas, *Memoria institucional. Septiembre 1998 diciembre 2002 una respuesta a la sociedad*.

<sup>1821</sup> Consejo de la Judicatura, *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 188-189.

<sup>1822</sup> Consejo de la Judicatura, *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 190-191.

<sup>1823</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 35-41.

<sup>1824</sup> Consejo de la Judicatura, *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 185-187.

<sup>1825</sup> SOAT, *Qué es el SOAT?*

como en los casos de las unidades de flagrancia y de depuración de causas, es posible elevar de manera considerable su eficacia.<sup>1826</sup>

## **b) Políticas integrales preventivas**

**(i) Política criminal y prevención.**- Uno de los mayores aprendizajes que dejan las experiencias estudiadas, es que la prevención del delito que de manera tradicional había sido vista como una meta muy difícil de alcanzar, se vuelve un objetivo accesible,<sup>1827</sup> cuando se emplean métodos diseñados de forma estratégica para intervenir sobre ciertas características propias de cada tipo de conflicto. Experiencias de naturaleza estatal,<sup>1828</sup> social,<sup>1829</sup> punitiva<sup>1830</sup> y no punitiva<sup>1831</sup> han evidenciado de manera reiterada que con creatividad es posible alcanzar niveles de prevención importantes.<sup>1832</sup>

**(ii) Derecho penal y prevención en los delitos de alto impacto.**- Se refuta la crítica realizada contra el derecho penal, en el sentido de que posee una baja o nula capacidad preventiva en delitos serios, de naturaleza económica y donde intervienen circuitos criminales.<sup>1833</sup> Experiencias como la del SRI<sup>1834</sup> y la de control de venta de bienes de dudosa procedencia muestran que en el momento que fueron capaces de intensificar el control social<sup>1835</sup> y crear un riesgo cierto para los infractores, no solo que previnieron delitos, sino que además fueron capaces mutar la cultura ciudadana.<sup>1836</sup> La

---

<sup>1826</sup> Diego Zalamea, *Unidad de depuración de causas*, p. 125-142.

<sup>1827</sup> Daniel de la Colina, *La prevención del delito y la policía comunitaria, desde la perspectiva del paradigma etiológico integrativo y globalizador*, p. 68-72.

<sup>1828</sup> Consejo de la Judicatura, *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 188-189.

<sup>1829</sup> En el sentido de nacidas de instancias de la sociedad civil. Diario Hoy, *El robo de "cerebros" está de moda*.

<sup>1830</sup> Servicio de Rentas Internas, *Memoria institucional. Septiembre 1998 diciembre 2002 una respuesta a la sociedad*.

<sup>1831</sup> Consejo de la Judicatura, *Rendición de cuentas: Julio 2011 Julio 2012*, p. 150.

<sup>1832</sup> Daniel de la Colina, *La prevención del delito y la policía comunitaria, desde la perspectiva del paradigma etiológico integrativo y globalizador*, p. 68-72.

<sup>1833</sup> Eugenio Zaffaroni, *Réplica (Cierre del debate)*.

<sup>1834</sup> Servicio de Rentas Internas, *Memoria institucional. Septiembre 1998 diciembre 2002 una respuesta a la sociedad*.

<sup>1835</sup> Consejo de la Judicatura, *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 188-189.

<sup>1836</sup> Daniel de la Colina, *La prevención del delito y la policía comunitaria, desde la perspectiva del paradigma etiológico integrativo y globalizador*, p. 68-72.

ineficacia del derecho penal tradicional en esta materia, se debe a que en este tipo de criminalidad resulta más complejo generar sistemas de control social efectivos, sin embargo cuando se consigue hacerlo, incluso con sanciones leves la meta se alcanza.<sup>1837</sup>

Frente a la polémica surgida en referencia a la tendencia de anticipar la esfera de protección sobre todo en delitos económicos<sup>1838</sup> y de criminalidad organizada,<sup>1839</sup> la experiencia del SRI muestra sin lugar a dudas su efectividad.<sup>1840</sup> Incluso la experiencia de control de venta de objetos de dudosa procedencia muestra la conveniencia no solo de adelantar la esfera de protección, sino que en este caso de expandirlo luego de sucedido el delito.<sup>1841</sup> El aceptar su procedencia no quiere decir que se admita en cualquier supuesto y modalidad, las experiencias analizadas permiten notar que debe hacerse en casos focalizados y con el uso de sanciones de baja incidencia.

Pudiera parecer absurdo el empleo de herramientas consideradas como de bajo impacto para enfrentar modalidades criminales duras. Sin embargo, cuando se conjugan con otros instrumentos, forman esquemas de control social efectivos; se hace referencia a herramientas tales como: normas que sancionan actos anteriores al delito,<sup>1842</sup> esquemas de vigilancia intensivos y trámites que favorecen la aplicación pronta de sanciones.<sup>1843</sup>

Un dato interesante radica en que entre las experiencias exitosas estudiadas, no se encuentra una sola en la que haya resultado exitosa por sí misma una de las actuales herramientas que tienden a imponerse en la política criminal contemporánea de

---

<sup>1837</sup> Roberto Bergalli, *¿De cuál control social se habla?*, p. 153-156.

<sup>1838</sup> Pedro Biscal, *La justicia penal y el control de los delitos económicos y de corrupción*, p. 5-8.

<sup>1839</sup> Winfried Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación penal*, p. 153 -154.

<sup>1840</sup> Servicio de Rentas Internas, *Memoria institucional. Septiembre 1998 diciembre 2002 una respuesta a la sociedad*.

<sup>1841</sup> Consejo de la Judicatura, *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 188-189.

<sup>1842</sup> Emiro Sandoval, *Penología*, Bogotá, Universidad externado de Colombia, 1998, p. 403-404.

<sup>1843</sup> Manuel Cancio, *De nuevo ¿"Derecho penal" del enemigo?*, p. 112-115.

excepción.<sup>1844</sup> Se hace referencia a estrategias tales como: el elevar las penas,<sup>1845</sup> introducir sanciones económicas como el comiso,<sup>1846</sup> el ampliar la esfera de protección mediante delitos de peligro abstracto,<sup>1847</sup> tipificaciones amplias e incluso con utilización de pluralidad de verbos rectores,<sup>1848</sup> tipificaciones vagas que abren amplios arbitrios judiciales<sup>1849</sup> y disminuciones de garantías procesales. El presente estudio, al no incluir un análisis intensivo de este tipo de estrategias no cuenta con el sustento suficiente para afirmar que no funcionan, pero al menos se debe citar que bajo la lógica del método tradicional en Ecuador, no se ha encontrado una experiencia paradigmática donde se haya alcanzado el anhelado control delictivo.

Los tipos de peligro abstracto y la reducción de garantías procesales, consiguen efectividad cuando se supera la lógica universalista de la sola pena como motivación. Los resultados se hacen presentes en el momento en que se diseñan estrategias que responden a las especificidades de determinados delitos. Pero el aspecto que es aún más interesante, es notar que es una constante el uso de penas bajas; más adelante se volverá sobre ese tema, pero por ahora solo es importante dejar constancia que parece haber un problema de incompatibilidad entre penas altas y efectividad en el control social.<sup>1850</sup>

### **(iii) La intervención sobre factores claves como mecanismo de prevención.-**

Estrategias como banco seguro,<sup>1851</sup> la disminución del robo de cerebros electrónicos<sup>1852</sup> y el uso de la detección satelital para evitar los robos de vehículos, revelan la trascendencia que adquiere un diagnóstico puntual de las condiciones que favorecen el surgimiento de fenómenos criminales, para efectos diseñar líneas de intervención de

---

<sup>1844</sup> Winfried Hassemer, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, p. 173-175.

<sup>1845</sup> Manuel Cancio, *De nuevo ¿"Derecho penal" del enemigo?*, p. 112.

<sup>1846</sup> Winfried Hassemer, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, p. 173.

<sup>1847</sup> Winfried Hassemer, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, p. 173.

<sup>1848</sup> Raúl Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, p. 50.

<sup>1849</sup> Winfried Hassemer, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, p. 174-175.

<sup>1850</sup> Roberto Bergalli, *¿De cuál control social se habla?*, p. 153-156.

<sup>1851</sup> Consejo de la Judicatura, *Rendición de cuentas: Julio 2011 Julio 2012*, p. 150.

<sup>1852</sup> Diario Hoy, *El robo de "cerebros" está de moda*.

carácter preventivo.<sup>1853</sup> En ocasiones el adoptar códigos de validación del objeto para que pueda ser usado, incidir sobre el precio, generar sistemas de confirmación de la identidad, marcar los bienes, diseños físicos de los objetos pensados en impedir su sustracción entre muchos otros factores, terminan por atacar aspectos tan relevantes de la actividad delictiva que el momento de realizar un análisis de costos beneficios el saldo se vuelve negativo.<sup>1854</sup>

Por la relación tan directa entre un diagnóstico adecuado y las intervenciones anotadas, resulta útil plantear una reflexión general.<sup>1855</sup> Queda al descubierto el grave déficit que produjo tanto la visión universalista de la política criminal tradicional, como el desapego con el análisis detenido del fenómeno social propio de la política pragmática.<sup>1856</sup> Porque por vías opuestas ambas posturas cayeron en el mismo error: intentar implantar estrategias sin conocer el fenómeno que querían gestionar.<sup>1857</sup>

**(iv) Incentivos y prevención criminal.-** Una lógica hasta ahora no explorada por la política criminal ecuatoriana es la utilización de incentivos. El empleo de recompensas como estímulo para arraigar distintos comportamientos como la adopción de estándares de seguridad por parte de ciertas instituciones, constituye una línea de intervención nueva que puede generar cambios profundos en la realidad. Si la lógica empleada en el diseño de la estrategia de banco seguro,<sup>1858</sup> se piensa por ejemplo desde la perspectiva de disminución en los tributos a los locales comerciales que adopten determinados modelos de seguridad o ciertos apoyos económicos a barrios que se organicen para montar alarmas comunitarias u otros métodos como vigilancias comunales el espectro se amplía de manera considerable.

---

<sup>1853</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 13-16.

<sup>1854</sup> Daniel de la Colina, *La prevención del delito y la policía comunitaria, desde la perspectiva del paradigma etiológico integrativo y globalizador*, p. 68-72.

<sup>1855</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 16-17.

<sup>1856</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 16-17.

<sup>1857</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 13-16.

<sup>1858</sup> Consejo de la Judicatura, *Rendición de cuentas: Julio 2011 Julio 2012*, p. 150.



(v) **La proporcionalidad de la sanción.**- Las experiencias de control de bienes de dudosa procedencia,<sup>1859</sup> SRI<sup>1860</sup> e incluso en cierto sentido tránsito,<sup>1861</sup> revelan como sanciones que podrían considerarse de baja intensidad consiguen efectos preventivos profundos.<sup>1862</sup> Revelan que su carácter de mesurado, a la larga es un factor relevante para que una persecución penal efectiva sea sostenible en el tiempo.

Si se pretende estructurar un control social realmente efectivo en una esfera de delitos con incidencia real, se requiere que la intensidad de la pena sea baja e incluso es preferible que sea no privativa de la libertad. Los esquemas de sanciones desproporcionados son compatibles con delitos cuantitativamente bajos o modelos de persecución ineficaces. Desde esta óptica efectividad y proporcionalidad de la pena son factores que se potencian de manera mutua.

Resulta prometedor pensar que se puede conseguir al mismo tiempo alta efectividad preventiva con sanciones de bajo impacto, e incluso lo que es más importante mediante mecanismos no privativos de libertad.<sup>1863</sup> Por ello es que se reservó para este Libro la línea de pensamiento minimalista la diversión de las sanciones, si se la aplica bajo otra lógica, como un complemento y no como un sustituto del derecho penal, es un instrumento esencial. Al ser las sanciones alternativas a la prisión una herramienta de la política criminal, la idea es utilizar su potencial para la consecución de la convivencia en sociedad, desde esta perspectiva adquiere la calidad de un instrumento relevante para el derecho penal estratégico.<sup>1864</sup>

### c) Políticas integrales reactivas

---

<sup>1859</sup> Consejo de la Judicatura, *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 188-189.

<sup>1860</sup> Servicio de Rentas Internas, *Memoria institucional. Septiembre 1998 diciembre 2002 una respuesta a la sociedad*.

<sup>1861</sup> Consejo de la Judicatura, *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 190-191.

<sup>1862</sup> Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, p. 220-223.

<sup>1863</sup> Francisco Muñoz, *Derecho penal y control social*, p. 22-23.

<sup>1864</sup> Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, p 212-215.

**(i) Políticas integrales reactivas y cumplimiento de los objetivos del sistema**

**penal.-** Al ser estrategias que comparten naturaleza con el sistema penal, tienen el potencial de ser complementos para aquellas áreas donde ha mostrado mayor debilidad: La primera, de carácter cuantitativo, abarcar una mayor cantidad de conflictos; la segunda de naturaleza cualitativa, conseguir respuestas de la mejor calidad.

Dentro del *ámbito cuantitativo*, el déficit que hoy enfrenta la política criminal basada solo en el uso tradicional del sistema penal es grave, permite alcanzar a una esfera baja de conflictos.<sup>1865</sup> Existe un segmento de delitos de menor trascendencia social dentro y producidos en las pequeñas comunidades que no pueden seguir marginados, porque en conjunto generan un caldo de conflicto que pone en riesgo la convivencia social.<sup>1866</sup> A pesar de que su representación numérica e impacto sobre la legitimidad del Estado son elevados, la necesaria priorización de recursos ha llevado a marginarlos.

La única respuesta real para un problema de esta magnitud, se consigue cuando se rompe el paradigma de que la política criminal solo dispone de recursos estatales. El momento que se toma conciencia de que la sociedad es bastante más amplia que el sector público, se puede diseñar estrategias como el traspasar la competencia para resolver estos conflictos a las estructuras propias de cada comunidad, mecanismo que por ahora se erige como la única opción viable.<sup>1867</sup> La experiencia de la justicia indígena muestra que este esquema consigue avances sin parangón en la experiencia ecuatoriana en materia de acceso para este tipo de conflictividad, de hecho este es el motivo por los que otras comunidades que tienen problemas de acceso a la justicia han querido adoptar una jurisdicción propia de estos pueblos.

---

<sup>1865</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>1866</sup> Claus Roxin, *Contestación*, p. 37-38.

<sup>1867</sup> Miguel Falla, *Sistema de paz en Perú, la ley y su aplicación*, p. 86-89.

En el *ámbito cualitativo*, las experiencias demuestran que existen métodos de solución de conflictos que para ciertas esferas delictivas resultan de mayor calidad que la tradicional imposición de una sanción. La utilización de métodos autocompositivos para delitos culposos o el empleo de seguros para el manejo de riesgos, constituyen experiencias que dejan en evidencia que la política criminal posee para cierta clase de conflictos respuestas de mejor calidad que la imposición de una pena. Ambos tipos de estrategias, parten de una lógica común, el asegurar de antemano mecanismos funcionales para efectivizar respuestas de alta calidad al conflicto, filosofía que le permite alcanzar logros que para la justicia tradicional son simplemente inimaginables.

**(ii) Salidas alternativas al juicio, justicia de cercanía y sistema penal.-** Sin lugar a dudas que en una política criminal integral las soluciones negociadas y la justicia de cercanía juegan un papel prioritario.<sup>1868</sup> Sin embargo constituye un error conceptual el pretender convertirlas en sustitutivos del sistema penal.

Las propias experiencias que revelan el potencial de estos mecanismos alternos, sacan a relucir sus limitaciones. Las experiencias de tránsito<sup>1869</sup> y de la unidad de delitos flagrantes confirman que las salidas negociadas solo consiguen real efectividad en el momento en que existe un sistema penal efectivo,<sup>1870</sup> capaz de garantizar a la víctima una alternativa real para el caso en que el infractor se niegue a llegar a un acuerdo. De la misma forma, ambos modelos de solución de conflictos así como la justicia de cercanías presenta esferas delictivas que superan sus límites de efectividad, como por ejemplo los delitos graves. En resumen son herramientas que constituyen un buen complemento del sistema penal, pero no cuentan con la potencialidad de sustituirle.

### **c) Políticas fraccionarias**

---

<sup>1868</sup> Elías Neuman, *Mediación penal*, p. 106-107.

<sup>1869</sup> Consejo de la Judicatura, *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 190-191.

<sup>1870</sup> Consejo de la Judicatura, *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 185-187.

**(i) Política criminal y derechos de los procesados.-** Estrategias como la de servicios previos al juicio<sup>1871</sup> y los dispositivos electrónicos para la libertad controlada, son experiencias que permiten visualizar toda una nueva gama de intervenciones posibles de la política criminal. Queda en evidencia que la visión compartimentada entre política criminal y teoría general del delito, impide visualizar una serie de intervenciones dentro del funcionamiento de las instituciones para potenciar los derechos del procesado.<sup>1872</sup>

Se debe tener presente que la lógica de reducir la protección de los derechos del procesado a simples diques erigidos contra el intento estatal de ejercer su capacidad sancionatoria, resulta insuficiente. En razón de que una visión integral de derechos no se satisface con obligaciones negativas, también implican acciones de carácter positivo tendientes a mejorar sus estándares de realización, sin que la teoría general del delito nada aporte en este ámbito.

**(ii) Política criminal y derechos de las víctimas.-** La política criminal además de prevenir todas las esferas donde sea posible evitar la victimización, es necesario que en los casos en que no consigue hacerlo se ocupe de garantizar un trato justo a las víctimas. Experiencias como la desarrollada en materia de tránsito,<sup>1873</sup> la introducción del SOAT,<sup>1874</sup> así como otros seguros para actividades riesgosas se ocupan de un tema trascendente en esta esfera: la reparación.

Hay otras experiencias que fueron mencionadas que vienen a complementar el objetivo de otorgar un trato justo a las víctimas. Por ejemplo para atender el requerimiento de seguridad durante el trámite, mecanismos como la detección satelital ofrecen niveles altos de efectividad sobre todo en conflictos como violencia

---

<sup>1871</sup> Ana Aguilar, *Servicios previos al juicio. Manual de implementación*, p. 17-19.

<sup>1872</sup> Claus Roxin, *Política criminal y sistema del derecho penal*, p. 43.

<sup>1873</sup> Consejo de la Judicatura, *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 190-191.

<sup>1874</sup> SOAT, *Qué es el SOAT?*

intrafamiliar. Dado el olvido tradicional por las víctimas, esta esfera de intervención puede generar un cambio en la calidad de justicia penal.<sup>1875</sup>

**(iii) Políticas criminales e intervenciones en la institucionalidad.-** Una de las líneas de intervención que puede ser de las más fructíferas, se relaciona con la posibilidad de introducir cambios funcionales en las instituciones del sector justicia y ciertos organismos de control para potenciar el cumplimiento de determinadas metas.<sup>1876</sup>

Experiencias como la unidad de delitos flagrantes,<sup>1877</sup> la unidad de depuración de causas,<sup>1878</sup> los servicios previos al juicio<sup>1879</sup> y la unidad de grandes contribuyentes del SRI<sup>1880</sup> demuestran que en ocasiones las falencias son tan grandes que se debe comenzar por crear estructuras administrativas que se ocupen de cumplir con los objetivos que el sistema penal se ha propuesto. La unidad de delitos flagrantes evidencia como un rediseño funcional permite alcanzar resultados inéditos para la justicia ecuatoriana en materia de efectividad en la persecución criminal.<sup>1881</sup> La unidad de depuración de causas revela como un esquema funcional puede racionalizar la inversión de recursos y potenciar el funcionamiento de las instituciones de manera relevante.<sup>1882</sup>

Incluso al interior del área específicamente del sistema penal, este conjunto de realidades tiende a cambiar el foco de atención. Sin negar que la creación de leyes sea un factor relevante, las intervenciones realmente efectivas muestran que han dejado el

---

<sup>1875</sup> Luís Rodríguez, *Victimología*, p. 3-6.

<sup>1876</sup> Cristián Riego, *Informe comparativo. Proyecto de seguimiento de los procesos de reforma en América Latina*, p. 9-11.

<sup>1877</sup> Consejo de la Judicatura, *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 185-187.

<sup>1878</sup> Diego Zalamea, *Unidad de depuración de causas*, p. 125-142.

<sup>1879</sup> Ana Aguilar, *Servicios previos al juicio. Manual de implementación*, p. 17-19.

<sup>1880</sup> Servicio de Rentas Internas, *Memoria institucional. Septiembre 1998 diciembre 2002 una respuesta a la sociedad*.

<sup>1881</sup> Consejo de la Judicatura, *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 185-187.

<sup>1882</sup> Diego Zalamea, *Unidad de depuración de causas*, p. 125-142.

enfoque centrado en el área legal para pasar al aspecto funcional; del trabajo del legislador, se pasa a un protagonismo de los actores institucionales y sociales.

El giro descrito conlleva la necesidad de replantear la producción teórica, pues mientras el interés básico era crear normas, la producción dogmática sobre lo que debía otorgar insumos era sobre la ley. En esta nueva concepción, se requiere estudios mucho más cercanos a la realidad social donde se forja el fenómeno criminal, las estrategias para enfrentarlo y el funcionamiento de las instituciones, necesidades que revelan que simplemente se requiere otro tipo de aproximación, e incluso pudiera ser que otro tipo de formación profesional.

Existe una tendencia a pensar que la política criminal, al tener su ámbito de acción regido por el derecho penal y el principio de legalidad, tiene un ámbito de maniobra acotada. Las experiencias descritas revelan que esta apreciación no es del todo cierta, si bien no puede existir una sanción sin ley, dentro de los márgenes de la norma las posibilidades y diferencias de cómo se aplica un modelo de control social u otro, puede acarrear diferencias abismales.<sup>1883</sup> Las posibilidades de actuación de los actores tanto públicos como privados que de alguna manera ejercen el control social adquiere una importancia capital, y con ella también se amplía la responsabilidad que tienen para hacer habitable esta gran casa que compartimos todos.

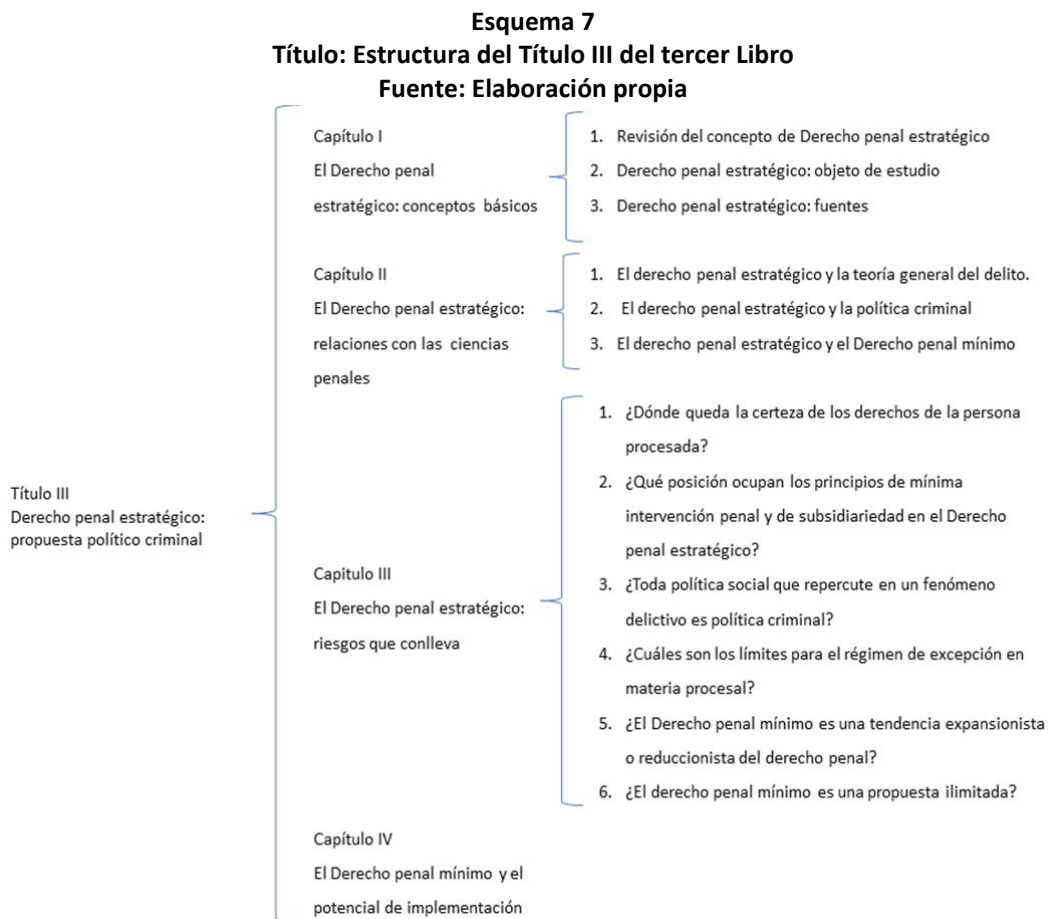
---

<sup>1883</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

## Título III

### Derecho penal estratégico: propuesta político criminal

Este tercer eje del presente Libro se destina a fijar la propuesta político criminal; realizar presiones sobre su posición dentro de las ciencias penales, alcance del objeto de estudio y sus límites, así como a realizar un balance de las ventajas y riesgos del derecho penal estratégico. En suma sistematiza el estudio realizado para plasmar una propuesta política criminal.<sup>1884</sup> Su estructura contiene cuatro (4) componentes, sintetizados en el siguiente cuadro:



<sup>1884</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

## Capítulo I

### Derecho penal estratégico: conceptos básicos

Este primer capítulo sobre la base del estudio empírico, se fijan los conceptos centrales que definen y limitan el derecho penal estratégico, se recoge la esencia de la propuesta político criminal. Para fijar la esencia de la propuesta político criminal se estudiará: (1) Revisión del concepto de Derecho penal estratégico, (2) Derecho penal estratégico: objeto de estudio, (3) Derecho penal estratégico: fuentes.

#### 1. Revisión del concepto de Derecho penal estratégico

El Derecho penal estratégico es un enfoque político criminal donde la sociedad gestiona el conflicto criminal, a partir de la totalidad de intereses de los involucrados y las condiciones propias de cada modalidad conflictiva.<sup>1885</sup> Para alcanzar el fin último de preservar la convivencia social hace uso de todo el instrumental que la colectividad dispone, mediante esquemas de control social complejos que como denominador común tienen el derecho penal.<sup>1886</sup>

La última parte del texto recoge la modificación realizada al concepto. No existe una revisión de alguno de sus componentes, el aporte del estudio empírico incide en la posibilidad de dar una imagen más clara de cómo se materializa esta propuesta político criminal. Otorga una imagen práctica del resultado que conlleva Derecho penal estratégico, un control social complejo donde el derecho penal es el mecanismo de cierre del sistema y por tanto el denominador común.<sup>1887</sup>

---

<sup>1885</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 28-29.

<sup>1886</sup> Mireille Delmas-Marty, *Modelos actuales de Política criminal*, p. 19.

<sup>1887</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 26-27.



La propuesta realizada no conlleva la aspiración de que la totalidad del fenómeno criminal pueda ser gestionado mediante un control social complejo.<sup>1888</sup> Para la totalidad de la conflictividad delictiva se prevé como base mínima el derecho penal, la posibilidad de implementar estrategias de intervención como las descritas, es solo alcanzable en un ámbito minoritario del fenómeno criminal.

El giro dado al saber político criminal no se ubica en la esfera cuantitativa de modalidades delictivas gestionadas bajo este nuevo esquema. La variación radica en la esfera cualitativa de los logros alcanzados, como ha quedado en evidencia los resultados obtenidos en materia de garantizar una efectiva gestión de determinada modalidad delictiva. El objetivo es articular todas estas intervenciones, para que la suma de logros relevantes en distintas esferas, en conjunto conformes una nueva política criminal capaz de garantizar la vida en sociedad.

En el Título 1 del presente Libro, quedó una pregunta planteada: ¿qué tan fructífero es el ámbito de aplicación conjunto de las herramientas no penales?<sup>1889</sup>, en ese momento se anotó que el hecho de que no sea factible utilizarlas como medidas sustitutivas sino simplemente adicionales al Derecho penal, en principio parecía limitar de manera relevante el potencial de la visión amplia de política criminal. El estudio empírico demuestra que no es del todo cierta esta apreciación, si bien reduce la esfera donde es aplicable a un sector minoritario, las opciones siguen siendo bastas y suficientes para incidir de manera relevante en la calidad de vida de las personas.

Además, debe precisarse que su uso no solo es como herramientas adicionales, el estudio empírico revela que conforman niveles distintos de control social. Por ello es que la denominación que se le ha dado es de control social complejo,<sup>1890</sup> nomenclatura

---

<sup>1888</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 26-27.

<sup>1889</sup> Jock Young, "El fracaso de la criminología: la necesidad de un realismo radical", en *Criminología crítica y control social*, Rosario, Juris, 2000, p. 16-17.

<sup>1890</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 26-27.

que debe ser entendida como la posibilidad de sobreponer más de un nivel de control social y además el que entre más de una de ellas puede existir una interacción.<sup>1891</sup>

## 2. Derecho penal estratégico: objeto de estudio

El objeto de estudio es la gestión de la conflictividad penal. Se concibe al conflicto como una energía relevante, que bien encaminada es un motor para el desarrollo de la sociedad, pero fuera de control pone en riesgo su convivencia.<sup>1892</sup> La política criminal es el área de la política pública, con el aporte de ciertas políticas privadas, que tiene a su cargo direccionar las estrategias para gestionar aquella esfera de la encasillada bajo el membrete de “criminalidad”.<sup>1893</sup>

## 3. Derecho penal estratégico: fuentes

Este apartado se destina a explicitar las fuentes del Derecho penal estratégico. La relevancia de este insumo radica en que el tener una visión precisa de la procedencia de sus pilares conceptuales, es un insumo de calidad para fijar la esencia de su postura y facilitar el proceso de crítica y debate.

### 3.1 Origen criminológico

En su vertiente criminológica es legataria de tres (3) líneas conceptuales básicas: en primer lugar, de la (a) escuela la reacción social y en especial de su principal exponente Becker; en segundo lugar de la (b) escuela del conflicto y en especial de Dahrendorf<sup>1894</sup> y Binder;<sup>1895</sup> la (c) escuela del derecho penal mínimo, donde nuevamente Binder es el autor que mayores contribuciones a realizado al momento de utilizar herramientas prácticas de gestión de la criminalidad.<sup>1896</sup>

---

<sup>1891</sup> Roberto Bergalli, *¿De cuál control social se habla?*, p. 153-156.

<sup>1892</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 26-27.

<sup>1893</sup> Alberto Binder, *La política criminal en el marco de las políticas públicas bases para el análisis político-criminal*.

<sup>1894</sup> Ralph Dahrendorf, *Ley y orden*, p. 85-94.

<sup>1895</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 21-23.

<sup>1896</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 28-44.

a) **Escuela de la reacción social.**- Esta línea de pensamiento aporta dos (2) pilares conceptuales básicos: el primero, referido al *(i) enfoque para concebir el delito*, esta escuela plantea que el concepto de conducta desviada, recoge una gama dispar de comportamientos, cuyo único denominador común, es la decisión política de considerarlos inaceptables.<sup>1897</sup> En el caso del delito este nivel de relativismo se repite, con la diferencia que demanda una decisión más compleja, ya no sólo la conducta debe ser considerada inadmisibles, además debe haber la decisión de otorgarle una respuesta jurídica y dentro de ellas haber escogido la opción de imponer una pena.<sup>1898</sup>

Este concepto conlleva una consecuencia trascendente que fue descrita, al ser la conducta humana la única característica común a todo delito y a su vez, al no existir un factor que se reitere en todo ilícito distinto a un cierto nivel de libertad;<sup>1899</sup> las estrategias universales solo pueden incidir en el albedrío. Límites que generan que el derecho penal sea el instrumento universal.

El segundo aporte, se dirige a *(ii) la manera de enfrentar la transgresión*. La escuela de la reacción social, no parte de un concepto de delito, prefiere adoptar una visión más amplia basada en la conducta desviada y en la esfera de las respuestas no se ocupa de la pena, sino de la reacción social en general.<sup>1900</sup> Desde esta perspectiva, la criminología tradicional basada en los conceptos de delito y pena, guarda una relación de parte a todo con el estudio de la escuela del interaccionismo simbólico.

La relevancia de este aporte radica en que ubica en su verdadero lugar al sistema penal, es aquella parte del control social que ha decidido utilizar como respuesta jurídica una pena. Incluso, no necesariamente es el método más efectivo, existen respuestas de

---

<sup>1897</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la desviación*, p.181 – 182.

<sup>1898</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la desviación*, p.181 – 182.

<sup>1899</sup> Thomas Hobbes, *Libertad y necesidad y otros escritos*, p. 164-167.

<sup>1900</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la desviación*, p. 21 – 22.

carácter informal que pueden llegar a conseguir mayor adhesión a la norma.<sup>1901</sup> Esta concepción cuando fue la que generó el surgimiento del concepto amplio de política criminal, con sus consiguientes repercusiones en el instrumental.<sup>1902</sup>

**b) La escuela del conflicto.-** La contribución de esta escuela no radica en pilares conceptuales, su aporte central consiste en direccionar la postura político criminal. Dahrendorf, concibe la conflictividad como un fenómeno necesario y no exclusivamente negativo; en razón de que es connatural a la naturaleza humana y además es en gran medida el motor del desarrollo de la sociedad.<sup>1903</sup>

Reconocidos estos caracteres, pone mucho énfasis en que para jugar un papel positivo, la conflictividad debe ser domesticada. No todo antagonismo es beneficioso, si la conflictividad no es controlada mediante sanciones, se genera un estado social cercano a la anomia;<sup>1904</sup> donde la inseguridad se convierte en el obstáculo real para el ejercicio de la libertad.<sup>1905</sup> Su postura se aparta de la visión bucólica de conflictividad y la actitud permisiva ante la transgresión, concibe la impunidad como un fenómeno que desgarrar las fibras íntimas de la vida en sociedad.<sup>1906</sup>

Binder desarrolla esta concepción, otorga a la política criminal de un Estado democrático la función de gestionar la conflictividad. Esta labor debe distanciarse de las posturas basadas en el paradigma del “orden”, enfoque que parte de la necesidad de limitar el conflicto hasta prácticamente eliminarlo. En el ámbito de propuestas de intervención suele terminar en políticas de “mano dura” y apuestas voluntaristas, donde líderes decididos son los que encarnan la política criminal represiva.<sup>1907</sup>

---

<sup>1901</sup> Howard Becker, *Outsiders hacia una sociología de la desviación*, p. 21 – 22.

<sup>1902</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 16-17.

<sup>1903</sup> Ralph Dahrendorf, *Ley y orden*, p. 86.

<sup>1904</sup> Robert Merton, *Teoría y estructura sociales*, p. 236-237.

<sup>1905</sup> Ralph Dahrendorf, *Ley y orden*, p. 55-58

<sup>1906</sup> Ralph Dahrendorf, *Ley y orden*, p. 90-93.

<sup>1907</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 16-17.

Su visión parte de que el conflicto es una herramienta de desarrollo social, los sectores desposeídos mediante este medio han conseguido poner en cuestión el estatus quo y conseguir conquistas relevantes.<sup>1908</sup> El reto está en canalizar esa energía para que sin desmoronar la convivencia, permita la renovación de las estructuras sociales.<sup>1909</sup> Esta línea conceptual inspira el compromiso del derecho penal estratégico con la gestión de la conflictividad y su fin último la búsqueda de garantizar la vida en sociedad.

**c) La escuela del Derecho penal mínimo.-** El aporte de esta escuela se centra sobre todo en el uso de herramientas no penales para la gestión de la conflictividad etiquetada como criminal.<sup>1910</sup> Si bien es un pilar conceptual que tuvo su origen en el concepto de reacción social propio del interaccionismo simbólico, e incluso, a pesar de que la primera escuela en explorar alternativas a la pena fue el abolicionismo.<sup>1911</sup> Sin embargo, dado que ha sido la escuela que más desarrollo ha alcanzado en el análisis de las sanciones no penales, se la toma como referente.<sup>1912</sup>

Especialmente se retoma el pensamiento de Binder, quien si bien no ha plasmado una propuesta política criminal global, ha realizado aportes precisos donde se evidencia el compromiso con hacerse cargo de áreas específicas de la criminalidad, factor que le ubica en otro nivel frente al desarrollo político criminal de los autores minimalistas referidos con anterioridad.<sup>1913</sup> Por ejemplo, son de alta calidad sus aportes realizados a los conflictos que responden a la lógica de mercado,<sup>1914</sup> de igual manera

---

<sup>1908</sup> Alberto Binder, *De las "repúblicas aéreas" al estado de derecho. Debate sobre la marcha de la reforma judicial en América Latina*, p. 261-263.

<sup>1909</sup> Claus Roxin, *Contestación*, p. 37-38.

<sup>1910</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal* p. 74-75.

<sup>1911</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 60-63.

<sup>1912</sup> Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, p. 324-330.

<sup>1913</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 36-44.

<sup>1914</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 36-40.

también se ocupa de delitos donde hay regularidad como ciertos tipos de agresiones<sup>1915</sup> y fraudes.<sup>1916</sup>

### 3.2 Origen político criminal

Para el desarrollo de la política criminal el influjo de Delmas-Marty es trascendente,<sup>1917</sup> por ser un tema analizado, el cambio que significó para la política criminal distanciarse de un paradigma restrictivo, para pasar a una concepción amplia, no se volverá sobre el tema.<sup>1918</sup>

## Capítulo 2

### El Derecho penal estratégico: relaciones con las ciencias penales

Con el objeto de fijar su posición con mayor claridad frente a los saberes hoy consolidados, este apartado realiza una comparación destinada a fijar las diferencias y concordancias con las ciencias penales más relevantes. En concreto se analizará: (1) El derecho penal estratégico y la teoría general del delito; (2) El derecho penal estratégico y la política criminal tradicional. En esta primera parte el objetivo es fijar los cambios frente a las grandes áreas del conocimiento que se ocupan del fenómeno criminal. Se complementa con el apartado (3) El Derecho penal estratégico y el Derecho penal mínimo, debido a que al ser el punto de partida de ese estudio, es necesaria una comparación detallada con esta escuela.

---

<sup>1915</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 41-42.

<sup>1916</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 42-43.

<sup>1917</sup> Mireille Delmas-Marty, *Modelos actuales de Política criminal*, p. 19.

<sup>1918</sup> Laura Zúñiga, *Política criminal*, p. 23.

## 1. El derecho penal estratégico y la teoría general del delito

Para fijar la naturaleza de una propuesta político criminal, un aspecto central es fijar su relación con la dogmática penal.<sup>1919</sup> Dadas las posiciones tan diversas que se pueden encontrar en la teoría general del delito, se partirá de una rápida revisión de las posturas más representativas. Se comenzará con las posturas extremas: la dogmática penal tradicional o si se prefiere la (i) teoría general del delito de inspiración positivista,<sup>1920</sup> y el (ii) funcionalismo radical de Jakobs.<sup>1921</sup> Junto a estas posturas extremas para este estudio toma interés analizar una postura intermedia que por su grado de desarrollo merece ser estudiada de manera singular: el (iii) funcionalismo moderado de Roxin.<sup>1922</sup> Sobre la base de esta revisión se fijará la posición del (iv) derecho penal estratégico y su relación con la dogmática penal. Para efectos de ubicar las semejanzas y diferencias se ha escogido como referente la tensión existente entre necesidades sociales de protección y derechos de la persona procesada, en razón de que este enfoque permite aproximarse de manera práctica a la filosofía que subyace a cada postura.

Las dos posiciones extremas por curioso que parezca, comparten el mismo pilar conceptual: la creencia de que la dogmática penal debe ser un *campo de estudio jurídico de naturaleza pura*. La primera postura, la (i) *teoría general del delito de inspiración positivista* responde a un enfoque liberal, su fin primordial es garantizar la igualdad ante la ley y proteger a la persona de los abusos del Estado,<sup>1923</sup> de ahí su autodefinición como la “carta magna del delincuente”.<sup>1924</sup> La asepsia conceptual es utilizada para

---

<sup>1919</sup> Claus Roxin, *Política criminal y sistema del derecho penal*, p. 32-33.

<sup>1920</sup> Claus Roxin, *Política criminal y sistema del derecho penal*, p. 32-34.

<sup>1921</sup> Günther Jakobs, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 52-53.

<sup>1922</sup> Claus Roxin, *Política criminal*, 41-42

<sup>1923</sup> Claus Roxin, *Política criminal y sistema del derecho penal*, p. 32.

<sup>1924</sup> Esta postura tiene un problema serio de congruencia, en razón de que su postura política de protección a la persona de los abusos estatales, no es explicable desde la lógica aséptica.

desembarazarse de consideraciones sociales y políticas, aspectos que los considera objeto de estudio de la política criminal.<sup>1925</sup>

El problema de coherencia de esta postura es que no es cierto que haya renunciado a consideraciones políticas. El solo hecho de partir de la necesidad de proteger a la persona del poder estatal, el asumir el rol de “carta magna del delincuente”, así como marginar los intereses de la sociedad y las víctimas, conlleva de manera necesaria una postura política.

En el otro polo se halla el (ii) *funcionalismo radical*. En este caso, se utiliza el principio de asepsia con el fin de limitar la función de la pena al cumplimiento de la norma.<sup>1926</sup> Si se parte de que los dos (2) vínculos de la teoría general del delito con la sociología y la política son la función de la pena y el bien jurídico protegido, se puede constatar que esta propuesta efectivamente consigue su objetivo de pureza. No solo que se independiza la pena de todo vínculo social o político, sino que de manera adicional el bien jurídico protegido ya no cumple el papel de vínculo para el legislador.<sup>1927</sup>

Por esta vía, la teoría general del delito en el fondo pierde su carácter limitador del poder punitivo del Estado. Una vez rotas estas dos (2) ligaduras, al depender su legitimidad de la sola norma, cualquier tipificación es igualmente válida. El origen y la legitimidad de una prohibición penal en un discurso circular siempre comienzan y terminan en la norma.<sup>1928</sup>

El enfoque de los valores en juego refleja de manera clara las consecuencias que estas líneas extremas conllevan. La postura tradicional de la teoría general del delito, al ocuparse solo de aquellos intereses referidos a los derechos de las personas, de manera tácita denota haber otorgado primacía a priori a los derechos del individuo sobre la

---

<sup>1925</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>1926</sup> Günter Jakobs, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Madrid, Civitas, 2003 p. 70-71.

<sup>1927</sup> Günter Jakobs, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, p. 54-55.

<sup>1928</sup> Günter Jakobs, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, p. 52-53.



necesidad social de garantizar la convivencia.<sup>1929</sup> A la inversa las posturas que se ocupan sólo de la política criminal o las posiciones dogmáticas como la de Jakobs, al haber dejado a los gobernantes con plena libertad para tipificar cualquier conducta, han priorizado los requerimientos de la sociedad sobre los derechos individuales.<sup>1930</sup>

Ambas teorías al desvincularse de la integralidad del conflicto penal renuncian a una amplia gama de valores en juego, reduccionismo que las impulsa a tomar posturas extremas. Esta realidad revela que la cualidad del equilibrio, sólo se alcanza cuando se es capaz de estudiar el conflicto criminal en toda su complejidad. La supresión injustificada de valores en juego, sean estos de la sociedad o del procesado, son el origen del problema conceptual de las posiciones radicales.<sup>1931</sup>

En este contexto el (iii) *funcionalismo moderado* de Roxin surge como una posición prometedora, debido a que su propuesta de incorporar los intereses políticos criminales a la dogmática penal, conlleva una posición donde los valores no responden a una jerarquía rígida fijada de manera previa.<sup>1932</sup> De manera adicional, al aglutinar en un solo estudio todos los intereses se hace cargo de manera integral de sus repercusiones.<sup>1933</sup>

Es interesante notar que el estudio de disciplinas diversas, la teoría general del delito de tendencia funcionalista moderada y la postura político criminal del derecho penal estratégico por abordajes distintos, llegan a la misma conclusión: estas dos áreas del conocimiento no pueden dividir su objeto de estudio por la simple separación de intereses que confluyen en un mismo conflicto. Estas dos posturas son el correlato en saberes distintos de la misma filosofía integradora de los valores del conflicto penal.<sup>1934</sup>

---

<sup>1929</sup> Claus Roxin, *Contestación*, p. 37-38.

<sup>1930</sup> Günter Jakobs, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, p. 52-53.

<sup>1931</sup> Claus Roxin, *Política criminal y sistema de derecho penal*, p. 43.

<sup>1932</sup> Claus Roxin, *Política criminal y sistema de derecho penal*, p. 43-44.

<sup>1933</sup> Claus Roxin, *Política criminal y sistema de derecho penal*, p. 44.

<sup>1934</sup> Claus Roxin, *Política criminal y sistema de derecho penal*, p. 38-44.

Existe una *diferencia* con la postura de Roxin con respecto a la relación entre estos dos (2) saberes. Una vez que el autor llega a la conclusión de que ambas disciplinas comparten el mismo objeto, en el momento que tiene que tomar posición referida a su interrelación, opta por la opción de que la ciencia que se ocupa de la totalidad de valores en juego es la teoría general del delito: “Hay que reconocer que también en Derecho penal, que –sin perjuicio del mantenimiento ilimitado de las exigencias del Estado de Derecho- los problemas político criminales configuran el contenido propio de la teoría general del delito”.<sup>1935</sup> En tanto que el Derecho penal estratégico, considera más adecuada la opción contraria.

La postura de este estudio se debe a dos (2) *motivos* concibe como el área de conocimiento más general a la política criminal:<sup>1936</sup> La primera hace referencia al *objeto de estudio*, a pesar de que existe una coincidencia en materia de ocuparse del análisis de la integralidad de los intereses que intervienen en el conflicto penal, no existe una coincidencia plena en la extensión de estas dos áreas del conocimiento.<sup>1937</sup> Al ocuparse ambas de posturas del estudio del delito con una visión integradora, se puede tener la tentación de menospreciar esta diferencia, debido a que: ¿qué más da como se denomine el área de conocimiento que se va a ocupar de él? El problema no es tan sencillo, porque no solo está en juego el objeto de estudio y la filosofía que aborda el análisis, existe un tercer componente, las herramientas que poseen para enfrentar la criminalidad y es en esta área donde estos saberes se distancian.<sup>1938</sup>

La diferencia que marca este componente es relevante, porque termina por implicar un potencial distinto al momento de gestionar la conflictividad. Una cosa es ocuparse de todos los intereses que conlleva el fenómeno criminal y tener como

---

<sup>1935</sup> Claus Roxin, *Política criminal y sistema de derecho penal*, p. 44

<sup>1936</sup> Claus Roxin, *Política criminal y sistema de derecho penal*, p. 43.

<sup>1937</sup> Irvin Waller, *Menos represión. Más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, p. 167-173.

<sup>1938</sup> Claus Roxin, *Política criminal y sistema de derecho penal*, p. 35-36.

herramienta exclusiva la redacción de la ley y la imposición de una pena. Frente a estudiar el mismo fenómeno, poseer similares instrumentos, pero además contar con la posibilidad de complementar la gestión con cualquier otra herramienta que posea la sociedad en su conjunto.

La segunda razón de distanciamiento, se relaciona con *la viabilidad de que la dogmática penal incorpore los intereses de la sociedad*. El problema consiste en que esta postura intenta anexar a la dogmática penal una categoría incompatible con su esencia.<sup>1939</sup> La teoría general del delito no es solo una descripción de las normas existentes, también incluye un marco conceptual limitador para el uso del poder por parte de un Estado democrático. Por este motivo visión universalista es parte esencial de la naturaleza de la dogmática criminal. Siendo esta la característica que le impide ocuparse de las particularidades de los distintos sectores delictivos.

En tanto que, las demandas político criminales son bastante diferenciadas, si bien se las suele agrupar con términos tales como: “seguridad”.<sup>1940</sup> Pero si el análisis supera el nivel de etiqueta y aborda el fondo, se puede constatar que ocuparse de dar una respuesta satisfactoria a distintas modalidades delictivas demanda intervenciones que trascienden las posibilidades de actuación de la teoría general del delito. Por ejemplo, las experiencias descritas revelan que el hacerse cargo de las necesidades de gestionar la criminalidad en ocasiones pasa por impulsar nuevas tecnologías, establecer infracciones administrativas o profundizar sistemas de control para prevenir delitos, hacer un uso estratégico de medidas cautelares para fomentar acuerdos reparatorios,

---

<sup>1939</sup> Claus Roxin, *Política criminal y sistema de derecho penal*, p. 43.

<sup>1940</sup> UNICRI, “La victimización delictiva una perspectiva mundial”, en *Archivos de criminología neuro-psiquiatría y disciplinas conexas*, No. 30-31, Quito, Facultad de jurisprudencia, ciencias políticas y sociales de la Universidad central del Ecuador, 1993, p. 260-262.

prever esquemas de manejo de riesgos para responder a las víctimas, entre otras alternativas.<sup>1941</sup>

No resulta la mejor alternativa el adoptar una tesis integradora, pero dentro de un área del conocimiento que de antemano se sabe que es parcial en la esfera de las herramientas disponibles para enfrentar el delito.<sup>1942</sup> Si se aceptó la necesidad de superar la visión reduccionista de un enfoque como la teoría general del delito de corte positivista y se concluyó en la necesidad de incluir los intereses de los demás actores, se debe ser consecuente y a su vez adoptar un enfoque que permita abarcar las particularidades de cada sector delictivo y todas las posibilidades de intervención.<sup>1943</sup>

A nuestro entender esta es la razón para que la dogmática penal no haya producido los resultados esperados. Incluso el propio Roxin ha sido claro al mostrar su desazón por los resultados prácticos que ha generado un estudio tan depurado: “Pero queda un malestar que aumenta cuando se pone sobre el tapete la siempre discutida cuestión, si no estará caracterizado el trabajo sistemático de filigrana de nuestra dogmática, que opera con las más sutiles finezas conceptuales por una desproporción entre la fuerza desarrollada y el rendimiento práctico”.<sup>1944</sup>

No se sostiene que la teoría general del delito no tenga una razón de ser, es cierto que la herramienta penal al ser el instrumento de la gestión de la criminalidad con las aristas más delicadas para los intervinientes, merece un espacio de reflexión diferenciado y un marco conceptual propio que limite su ejercicio de manera individual. Sin embargo, es solo un instrumento del manejo del fenómeno criminal, por tanto debe

---

<sup>1941</sup> Consejo de la Judicatura, *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 185-194.

<sup>1942</sup> Claus Roxin, *Política criminal y sistema del derecho penal*, p. 35-36.

<sup>1943</sup> Irvin Waller, *Menos represión. Más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, p. 167-173.

<sup>1944</sup> Claus Roxin, *Política criminal y sistema del derecho penal*, p. 35-36.

finalmente confluir en un análisis más global donde se pueda abarcar otras alternativas de gestión de la conflictividad, ese saber es la política criminal.<sup>1945</sup>

Todavía hay un tema por dilucidar, sí existe un problema de incompatibilidad entre marcos conceptuales de distinta naturaleza, ¿Cómo es que se sostiene que la política criminal sí puede receptor los valores de la dogmática penal? La razón reside en que entre estas dos categorías no existe una incompatibilidad *per se*, el problema detectado surge por el nivel de rigidez de la teoría general del delito. Por naturaleza al tratarse de una construcción global que limita la imposición de una sanción penal, no es viable que pueda hacerse cargo de las demandas específicas de cada sector delictivo. Sin embargo, no se reproduce este fenómeno a la inversa, una concepción segmentada no necesariamente tiene problemas al anexar un marco conceptual universal, el problema solo surgiría cuando en su esencia haya fuertes contradicciones.

El derecho penal estratégico no presenta problemas de incompatibilidad con la dogmática positivista, al menos distintos a los detectados por la propia doctrina penal contemporánea. Jakobs realizó un trabajo destacable al detectar con bastante precisión estas esferas de excepción,<sup>1946</sup> dentro de ellas para este análisis solo tiene relevancia las que se ubican en la esfera de la teoría general del delito.<sup>1947</sup> En este ámbito existe una sola área de confrontación: la necesidad de relativizar el límite fijado a la tipificación del bien jurídico protegido. Tensión que se hace patente en técnicas legislativas como la anticipación de la esfera de protección y la tendencia a tipificar bienes jurídicos abstractos.<sup>1948</sup> Al no existir una confrontación diversa a la que la

---

<sup>1945</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 26-27.

<sup>1946</sup> Manuel Cancio, *De nuevo ¿"Derecho penal" del enemigo?*, p. 112-115.

<sup>1947</sup> En la concepción del autor hay de dos esferas de excepción adicionales: la disminución de las garantías procesales y el incremento desproporcionado de las penas. La razón de la marginación de estos temas dentro de este estudio, se debe a que no se hallan incluidos en la teoría general del delito.

<sup>1948</sup> Günter Jakobs, *Derecho penal del enemigo*, p. 42-44.

dogmática penal tiene en su propio seno, no hay motivo para considerar que la política criminal no pueda absorber el análisis de la realización de los derechos individuales.<sup>1949</sup>

Una vez realizado este análisis, se puede profundizar en el tema del *(iv) derecho penal estratégico y su relación con la dogmática penal*. Para este análisis comparativo es interesante marcar las semejanzas y divergencias con la dogmática penal per se y con cada una de sus líneas conceptuales.

En cuanto a las diferencias con la dogmática penal entendida como un saber global es de interés destacar dos (2). En cuanto al objeto de análisis, el derecho penal estratégico siempre posee una esfera de cobertura más amplia, en razón de que ambos saberes pueden llegar a coincidir en el análisis de los valores en juego y el enfoque integral de los intereses en juego,<sup>1950</sup> sin embargo en la esfera de las herramientas para otorgar una respuesta la supera con claridad.<sup>1951</sup> En cuanto al enfoque, el derecho penal estratégico conjuga una visión universalista y segmentada, en tanto que el la dogmática penal tiende a circunscribirse a la primera visión.

Con respecto a las posturas absolutistas, coincide con ambas en el estudio de los intereses de la parte del conflicto criminal a la que cada una de ellas otorga primacía. En tanto que se diferencia en que incorpora la gama de valores que marginan, ya que adopta un enfoque en el que no existe a priori una relación de supremacía.

Con respecto al funcionalismo moderado, existe una coincidencia en la esfera del objeto de estudio, sin embargo existe una diferencia en la esfera instrumental, el Derecho penal estratégico parte de la totalidad de herramientas disponibles para

---

<sup>1949</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>1950</sup> Claus Roxin, *Política criminal y sistema del derecho penal*, p. 35-36.

<sup>1951</sup> Irvin Waller, *Menos represión. Más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, p. 167-173.

enfrentar la criminalidad, mientras que la dogmática penal se centra en la elaboración de la norma y la aplicación por parte del juzgador.<sup>1952</sup>

Esta postura sin lugar a dudas es la más compatible a la propuesta político criminal que se plantea. Dado que el derecho penal estratégico no desconoce el papel que juega la dogmática penal y resulta prioritario el aporte de un saber que se ocupe de limitar la intervención estatal en el proceso de creación de la norma penal, siendo esta escuela por su equilibrio la que promete una interacción más fructífera.<sup>1953</sup>

## 2. El derecho penal estratégico y la política criminal

El derecho penal estratégico en relación a la visión restrictiva marca distancias, debido a que como se anotó, no existe una razón válida para concebir a la ley penal como el instrumento único de intervención, además no se acepta que el responsable de su implementación sea el legislador sino la sociedad en su conjunto.

En tanto que no demanda de una revisión conceptual frente a la *concepción amplia de política criminal*. Simplemente, es una línea conceptual que orienta su aplicación. En concreto propone, aplicar la concepción amplia de política criminal para conseguir un fin determinado: *el alcanzar adecuados niveles de convivencia en sociedad*.<sup>1954</sup>

Con relación a ciertas *líneas de pensamiento que aceptan una visión amplia pero adoptan un enfoque universalista de aplicación*. La tesis que se sostiene consiste en que un enfoque único para entender el fenómeno criminal, termina por generar uno de dos (2) extremos: el primero, cae en una postura en la que apenas consiguen plasmar una variación mínima frente la óptica tradicional o, el segundo, se materializa en propuestas no compatibles con la realidad.

---

<sup>1952</sup> Irvin Waller, *Menos represión. Más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, p. 155-166.

<sup>1953</sup> Émile Durkheim, *Escritos selectos*, p. 193-194.

<sup>1954</sup> Claus Roxin, *Contestación*, p. 37-38.

La variable que produce esta polarización surge en razón de que, una aproximación basada en un enfoque único requiere un nivel elevado de abstracción para abordar un fenómeno tan diverso como la criminalidad. El nivel de abstracción anotado conlleva uno de dos efectos: la pérdida de caracteres relevantes de cada uno de los sectores de conflictos penales o una generalización de elementos característicos de ciertos delitos no compatibles con el universo delictivo.<sup>1955</sup> La primera distorsión, es de naturaleza reductiva y genera la pérdida de capacidad de romper con la realidad anterior. En tanto que la segunda, conlleva intentos de generalización con poco sustento, razón por la cual su nivel de aplicabilidad se ve erosionado.

Es posible poner esta tesis a prueba con las tres (3) líneas de política criminal analizadas en este estudio, marxismo, abolicionismo y minimalismo, en razón de que conciben a la herramienta penal solo como un instrumento entre mucho otros posibles.<sup>1956</sup> Todas toman caracteres propios de determinados delitos, buscan una respuesta a esa esfera criminal e intentan generalizar al universo delictivo. Los resultados en este primer nivel confirman la segunda hipótesis planteada: han mostrado ser incapaces de trascender de la esfera teórica.

Si se analiza con más de detalle las propuestas de Zaffaroni<sup>1957</sup> y Baratta<sup>1958</sup> se puede percibir un fenómeno interesante, en ambos casos se va más allá del nivel discursivo, se plantean métodos concretos para su implementación. El análisis de su propuesta, por paradójico que parezca permite verificar la primera hipótesis. Al no generar propuestas diferenciadas por sectores delictivos, en lo básico, tienden a

---

<sup>1955</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 81-84.

<sup>1956</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 60-62.

<sup>1957</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 180-229.

<sup>1958</sup> Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, p. 305-330.



reproducir los límites de la teoría general del delito.<sup>1959</sup> Por tanto, confirman su incapacidad para romper con la realidad vigente, ya que esos límites están aceptados.<sup>1960</sup>

Es cierto que esta incapacidad de distanciarse de la lógica tradicional merece algunas precisiones, porque hay propuestas adicionales que sí van más allá de la dogmática tradicional, la principal hace referencia al principio de diversificación de las sanciones.<sup>1961</sup> A pesar de que se reconoce que es un factor importante, que en principio parecería romper con la lógica tradicional,<sup>1962</sup> pero cuando se estudia la manera como se conciben estas herramientas, se cae una vez más en la lógica de infracción-sanción.

No se ve un esfuerzo por convertirlas en herramientas capaces de plantear otro esquema de solución de conflictos o una variación real del control social, simplemente se emplean como sanciones alternativas a la privación de la libertad.<sup>1963</sup> En este sentido, la respuesta a todo delito sigue siendo el castigo, el cambio que se genera consiste en que la gama baja de penas continua con otras menos limitativas de la libertad o de carácter económico, modificación que no denota un real viraje político criminal.<sup>1964</sup> En este sentido, en materia de gestión de la conflictividad no se avizora un cambio real por esta vía, porque como estas mismas escuelas han anotado, el problema no está en la dureza de la sanción sino en el nivel de aplicación tan bajo.<sup>1965</sup>

Esta realidad se explica, porque estos autores a pesar de aceptar la diversificación de sanciones como uno de sus pilares conceptuales, nunca llegaron a

---

<sup>1959</sup> Irvin Waller, *Menos represión. Más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, p. 167-173.

<sup>1960</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 180-229.

<sup>1961</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: Informe final*, p. 458-460.

<sup>1962</sup> Tony Peters, Archille Neys, "La pena considerada desde una perspectiva de la reparación", en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, No. 8, San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología, 1994, p. 167-168.

<sup>1963</sup> Irvin Waller, *Menos represión. Más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, p. 167-173.

<sup>1964</sup> Reynald Ottenhof, "El nuevo código procesal francés y la administración penitenciaria", en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, No. 8, San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología, 1994, p. 163.

<sup>1965</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 16.

desarrollar su esencia.<sup>1966</sup> No existe una real preocupación por visualizarlas como un conjunto de respuestas adecuada a diversos tipos de conflicto, herramientas capaces de alcanzar la realización de ciertos valores;<sup>1967</sup> debido a que este análisis necesariamente demanda superar su visión universalista y llegar a un nivel de detalle de modalidades delictivas diferenciadas y el potencial de cada respuesta para enfrentarlos.<sup>1968</sup> En el fondo, no existió el deseo de buscar una respuesta adecuada a cada conflicto o al menos iniciar este proceso. Las sanciones no privativas de la libertad fueron vistas como instrumentos al servicio de su ideología, en un caso reducir la intensidad punitiva,<sup>1969</sup> en el otro, disminuir la presión ejercida sobre la clase subalterna.<sup>1970</sup>

La propuesta político criminal concreta de Hulsman no presenta el problema de incapacidad de romper con la realidad y en este caso las herramientas si son compatibles con su meta abolicionista, el problema es que se confirma su inaplicabilidad. En términos muy generales acepta los mecanismos negociados como regla general, como mecanismo de cierre del sistema para cuando ella falla el uso del Derecho civil y de manera complementaria estrategias focalizadas de políticas preventivas.

Sin embargo, como en su momento se anotó, sufre de una distorsión seria, ya que para fundamentar su tesis parte de una muestra no representativa de delitos. En general toma conflictos de escasa relevancia social y producto de la convivencia diaria, a los cuales aplica su tesis con bastante éxito. El problema de aplicabilidad surge

---

<sup>1966</sup> Alberto Binder, *De las "repúblicas aéreas" al estado de derecho. Debate sobre la marcha de la reforma judicial en América Latina*, p. 281-282.

<sup>1967</sup> Irvin Waller, *Menos represión. Más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, p. 167-173.

<sup>1968</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 81-84.

<sup>1969</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 180-229.

<sup>1970</sup> Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, p. 305-330.

cuando se constata que su tesis no es compatible con el esqueleto del derecho penal: la esfera estructural.<sup>1971</sup>

Frente a esta falta de aplicabilidad práctica de las propuestas universalistas, llama la atención que la *política criminal pragmática* ejercida por las funciones legislativas de cada vez mayor número de países,<sup>1972</sup> a pesar de su nivel de improvisación y las múltiples críticas de las que puede ser objeto, consigue de manera reiterada demostrar su viabilidad al menos en el nivel de conseguir vigencia y permanencia en el tiempo.<sup>1973</sup> Se hace referencia a la tendencia caracterizada por utilizar herramientas tales como crear nuevos tipos penales, aumentar las penas y otras medidas simbólicas para apaciguar demandas sociales puntuales.<sup>1974</sup> Es importante notar que la potencialidad anotada viene de la mano de una visión segmentada, de su enfoque en necesidades concretas o de esferas delictivas.<sup>1975</sup>

Es cierto que se puede desdeñar el logro que significa haber alcanzado viabilidad, bajo el argumento de que no representa ningún mérito el conseguir una aplicación práctica, cuando lo que se hace es adoptar los pedidos mayoritarios de la ciudadanía. A pesar de que no le falta razón a esta crítica, resulta injusto desconocer una fortaleza: el ocuparse de las necesidades sociales del fenómeno criminal que en ese momento preocupa a la sociedad le otorga un mínimo de solidez.

Desde luego su debilidad radica en la seriedad con la que enfrenta el tema, normalmente se conforma con medidas simbólicas y no existe un compromiso por

---

<sup>1971</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 87-88.

<sup>1972</sup> Eugenio Zaffaroni, "Perspectivas de las investigaciones internacionales sobre la delincuencia y la conducta delictiva", en *Archivos de criminología neuro-psiquiatría y disciplinas conexas*, No. 30-31, Quito, Facultad de jurisprudencia, ciencias políticas y sociales de la Universidad central del Ecuador, 1993, p. 210-211.

<sup>1973</sup> Massimo Donini, *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 282-283.

<sup>1974</sup> Winfried Hassemer, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, p. 173-175.

<sup>1975</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 16-17.

solventar el problema.<sup>1976</sup> Ante los pobres resultados a la larga lo que se ha conseguido es erosionar la legitimidad del sistema democrático y fomentar posturas extremistas.<sup>1977</sup>

Por último, es importante hacer patente su diferenciación con la tendencia *del funcionalismo radical*. En términos generales esta tendencia tiene su origen en la necesidad de enfrentar ciertos riesgos surgidos o al menos profundizados por el avance social y tecnológico.<sup>1978</sup> Se hace referencia a la tendencia político criminal descrita por Jakobs, la misma que incluye herramientas tales como: la tipificación de delitos de peligro abstracto,<sup>1979</sup> adelantamiento de la esfera de esfera de protección, incrementos de penas sin responder al distanciamiento del bien jurídico protegido y tipificaciones difusas o extremadamente amplias incluso con utilización de técnicas como la pluralidad de verbos rectores.<sup>1980</sup>

Sobre esta tendencia lo primero que se debe reconocer es que a pesar de los riesgos que genera, en principio se acepta como una necesidad al menos en materia de tipificación con una técnica legislativa de excepción. No es serio pensar que una sociedad moderna pueda subsistir sin regulaciones penales referidas al porte de armas incluidas las diseñadas para las guerra y de destrucción masiva, factores que elevan el riesgo en materia de circulación como el exceso de velocidad o el uso de alcohol y drogas, la posesión de ciertos insumos como papel moneda, especies propias de documentos como cédulas de identidad, etc.<sup>1981</sup> Incluso en casos extremos se llega a aceptar la necesidad de tipificaciones difusas, por ejemplo, no se ha encontrado una fórmula para tipificar sin ciertos niveles de apertura conductas como el terrorismo.<sup>1982</sup>

---

<sup>1976</sup> Winfried Hassemer, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, p. 173-175.

<sup>1977</sup> Ralph Dahrendorf, *Ley y orden*, p. 94-9.

<sup>1978</sup> Emiliano Borja, *Acerca de lo universal y lo particular del Derecho Penal*, Valencia, Alternativa, 2012, p. 23-28.

<sup>1979</sup> Urs Kindahäuser, *Teoría de las normas y sistemática del delito*, p. 51-56.

<sup>1980</sup> Manuel Cancio, *De nuevo ¿"Derecho penal" del enemigo?*, p. 112-115.

<sup>1981</sup> Urs Kindahäuser, *Teoría de las normas y sistemática del delito*, p. 51-56.

<sup>1982</sup> Manuel Cancio, *De nuevo ¿"Derecho penal" del enemigo?*, p. 112-113.

Una vez reconocida esta necesidad, la primera distinción que se debe hacer es que en esta tendencia hay medidas necesarias para precautelar la convivencia y otras que caen en el concepto de derecho penal simbólico.<sup>1983</sup> Si bien en ciertos casos se requiere adelantar la esfera de protección, no es claro el motivo por el que se debe mantener la misma pena que cuando hay una afectación al bien jurídico protegido. De hecho, los excesos de penas tanto privativas de libertad como económicas no encuentran un sustento adecuado.<sup>1984</sup> De igual manera, en la mayoría de casos, el uso de pluralidad de verbos rectores y la extremada amplitud son técnicas innecesarias.<sup>1985</sup>

Por tanto, esta es una segunda realidad que tiene que ser tratada por separado, en este caso estamos ante un derecho penal simbólico cuya razón de ser ya no se explica por la necesidad.<sup>1986</sup> En general se aplican estas herramientas en esferas delictivas donde el control social no ha conseguido ser eficiente, su uso se relaciona con un intento de enmascarar su ineficacia o conseguir un efecto preventivo mediante penas desproporcionadas o límites exagerados de la esfera punitiva.<sup>1987</sup> El efecto perverso que produce, consiste en que esta política criminal se convierte en una coartada para no enfrentar problemas serios que atraviesan las sociedades modernas.<sup>1988</sup>

El derecho penal estratégico reconoce que algunas de estas herramientas utilizadas en un contexto diverso adquieren un potencial totalmente nuevo.<sup>1989</sup> Si se recuerda experiencias tales como las clausuras del SRI, la desarticulación de mercados ilegales y el esquema de control por radares de los límites de velocidad, se podrá notar que se basan en sanciones impuestas a conductas lejanas a una afectación al bien

---

<sup>1983</sup> Winfried Hassemer, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, p. 173-175.

<sup>1984</sup> Manuel Cancio, *De nuevo ¿"Derecho penal" del enemigo?*, p. 112-115.

<sup>1985</sup> Eugenio Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, p. 50.

<sup>1986</sup> Winfried Hassemer, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, p. 173-175.

<sup>1987</sup> Winfried Hassemer, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, p. 173.

<sup>1988</sup> Carbonell, Miguel, "Introducción", en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez compiladores, *Globalización y derecho*, p. 11-18.

<sup>1989</sup> Irvin Waller, *Menos represión. Más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, p. 167-173.

jurídico protegido.<sup>1990</sup> Donde un nuevo empleo marca una diferencia importante en materia de potencialidad para gestionar la conflictividad.<sup>1991</sup>

Es importante profundizar sobre los elementos distintivos de este uso, en su aplicación hay tres (3) diferencias centrales: la primera, consiste en que una política criminal realista sabe que un control social efectivo es incompatible con penas elevadas, al menos en infracciones cuantitativamente representativas. Por ello en vez de confiar en amenazas que por desproporcionadas persuadan, se inclina por el otro extremo: castigos no privativos de libertad, pero impuestos con eficacia.<sup>1992</sup> Si se prevé lo que sucedería con una real aplicación de sanciones desproporcionadas como las consagradas por la tendencia contemporánea, resulta claro que sería inaceptable para cualquier sociedad moderna. Es justo concluir que el uso de esta herramienta revela que se trata de una política criminal diseñada para ser ineficaz e inequitativa.

La segunda diferencia se relaciona con el diseño de esquemas control social complejos.<sup>1993</sup> En el sentido de que la experiencias descritas en este Libro, revelan que para enfrentar una modalidad criminal, junto al control social penal de las conductas delictivas básicas, se implementan sistemas paralelos que basados en normas penales de baja incidencia, contravencionales o administrativas<sup>1994</sup> y crean esquemas de control anteriores o posteriores que generan un impacto preventivo.<sup>1995</sup>

La tercera diferencia es la más trascendente: el empleo de la técnica de adelantamiento de la esfera de protección se da en el marco de una política criminal real

---

<sup>1990</sup> Jesús Silva, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 124-126.

<sup>1991</sup> Alberto Binder, *De las "repúblicas aéreas" al estado de derecho. Debate sobre la marcha de la reforma judicial en América Latina*, p. 261-263.

<sup>1992</sup> Winfried Hassemer, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, p. 173-175.

<sup>1993</sup> Roberto Bergalli, *¿De cuál control social se habla?*, p. 153-156.

<sup>1994</sup> Inclusive con norma que en esencia son penales pero que formalmente se consagran como administrativas o contravencionales.

<sup>1995</sup> Un control posterior puede generar un efecto preventivo en caso de círculos criminales permanentes.

y no simbólica.<sup>1996</sup> Se supera la confianza ilusoria de que la sola norma va a producir el efecto preventivo anhelado, o aun peor, la concepción de que es una herramienta para simplemente apaciguar un clamor popular, para pasar al diseño de esquemas de control lo suficientemente efectivos como para producir un riesgo cierto sobre el transgresor.

De manera adicional, el grado de efectividad conseguido le permitirá racionalizar el sistema punitivo. Ya que la razón primordial por la que hay una apuesta a nivel global por penas exageradas y esferas sancionatorias extremas, radica en que, ante la ineficacia del control social, no se ha encontrado otra respuesta distinta a este tipo de simbolismos.<sup>1997</sup> El ocuparse de que la política penal gestione con efectividad sectores primordiales de conflictividad, permitirá conseguir logros significativos en materia de convivencia y con ellos,<sup>1998</sup> afianzar la legitimidad en los gobiernos democráticos y hacerlos menos vulnerables a las presiones.<sup>1999</sup> En la medida en que se imponga está lógica, la sociedad aprenderá a exigir medidas efectivas y no simplemente parches simbólicos que suelen se agotarse en cambios normativos estériles.<sup>2000</sup>

### **3. El Derecho penal estratégico y el Derecho penal mínimo**

Más allá de identificar sus semejanzas y diferencias, este apartado se destina a explicar por qué en este estudio se ha sido a momentos duro con una escuela que como las experiencias puntuales han sacado a relucir tienen muchas coincidencias sobre todo en las herramientas que utilizan.

En primer lugar, se resolvió construir la propuesta del derecho penal estratégico sobre la base de una confrontación con el derecho penal mínimo en razón de que para quien escribe, se trata de la postura contemporánea más sólida. Habría sido poco el aporte que hubiese tenido una confrontación con líneas contemporáneas como la

---

<sup>1996</sup> Winfried Hassemer, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, p. 173-175.

<sup>1997</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 16-21.

<sup>1998</sup> Claus Roxin, *Contestación*, p. 37-38.

<sup>1999</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 35-42.

<sup>2000</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

política criminal pragmática, o incluso con otras con un contenido más sólido pero que tienden a perder vigencia como el marxismo y el abolicionismo.<sup>2001</sup> Es importante dejar constancia que la crítica realizada a esta línea de pensamiento en gran medida es un reconocimiento a su solidez. Es más, como se pudo notar se citó a esta escuela como fuente del Derecho penal estratégico en una materia tan trascendente como las herramientas para la gestión de la política criminal. En específico al pensamiento de Binder quien al adoptar de manera tácita una postura segmentada, ha sido un apoyo para la construcción realizada.<sup>2002</sup>

Esta escuela ha conseguido gran cantidad de adeptos, porque junto con una crítica justa a la poca efectividad del sistema penal para responder a las necesidades de la sociedad contemporánea<sup>2003</sup> y el nivel de dolor que genera,<sup>2004</sup> introduce una propuesta con una gama de herramientas que parecen hacer viable la consecución de la meta planteada.<sup>2005</sup> La preocupación surge cuando en el contexto internacional no consigue permear a la realidad y en Ecuador fracasa una propuesta integral de introducción, es ahí donde se comienza a cuestionar su viabilidad.

Las necesidades de distanciarse de esta línea conceptual han salido a relucir durante el estudio, por tanto basta con hacer una breve mención: en primer lugar, con respecto a *la concepción del derecho penal*, el minimalismo visualiza al derecho penal solo como un “mal”, el mismo que para algunos autores debe ser reducido a cualquier costo, en tanto que para otros que reconocen en ciertos casos su legitimidad, su

---

<sup>2001</sup> Winfried Hassemer, *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*, p 10-16.

<sup>2002</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 36-42.

<sup>2003</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 18-19.

<sup>2004</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 3-4.

<sup>2005</sup> Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, p. 304-330.



mantenimiento está subordinado a evitar males mayores.<sup>2006</sup> Esta filosofía conlleva una distorsión, porque si bien el sistema penal siempre conlleva para el infractor un “dolor” considerable, tiene una esfera positiva que no puede ser olvidada.<sup>2007</sup>

Ha quedado en evidencia que en el Ecuador, tan solo en el aspecto económico, un solo esquema de control social penal basado en una sanción de baja incidencia como fue el control social montado por el SRI, sostiene el estilo de vida que hoy ha alcanzado esta sociedad.<sup>2008</sup> No es coincidencia que autores de la talla de Rousseau<sup>2009</sup> y Hobbes<sup>2010</sup> para explicar el surgimiento mismo del Estado se han basado en el derecho penal.

La segunda diferencia se relaciona con el *uso de las herramientas alternativas al Derecho penal*, el haber subestimado el papel que cumple el sistema penal, ha generado una distorsión al momento de visualizar su relación con los restantes instrumentos disponibles. El haber concebido al Derecho penal como un “mal” y no como una herramienta indispensable para el mantenimiento del Estado, le llevó a visualizar a las restantes herramientas como sustitutivas del sistema penal.

El problema radica en que el Derecho penal mayoritariamente se ubica dentro de las normas jurídicas estructurales para la convivencia en sociedad y son inviables los esfuerzos por despenalizar estas conductas.<sup>2011</sup> En tanto que el enfoque del derecho penal estratégico centrado en la gestión del fenómeno criminal y no la mera reducción de una de sus herramientas, le permite llegar a un justo equilibrio con el uso de estos instrumentos.<sup>2012</sup> En el momento en que se concibió la posibilidad de utilizarlos como

---

<sup>2006</sup> La primera posición sostenida por autores como Zaffaroni y la segunda por Ferrajoli.

<sup>2007</sup> Winfried Hassemer, *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*, p 10-16.

<sup>2008</sup> SRI, *Estadísticas generales de recaudación*.

<sup>2009</sup> Juan Rousseau, *El contrato social*, p. 15-18.

<sup>2010</sup> Thomas Hobbes, *Discurso histórico políticos*, p. 112.

<sup>2011</sup> Claus Roxin, *Contestación*, p. 37-38.

<sup>2012</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 26-27.

mecanismos complementarios al derecho penal, fue cuando mostraron su potencial para alcanzar avances concretos en la esfera de la convivencia social.<sup>2013</sup>

La tercera y última diferencia a destacarse, se relaciona con el *objetivo* que persigue. Mientras que el minimalismo se plantea como finalidad la reducción del sistema penal,<sup>2014</sup> el Derecho penal estratégico busca mejorar la capacidad de gestión de la sociedad sobre el fenómeno criminal para garantizar la convivencia.<sup>2015</sup> Por ello es que el Derecho penal estratégico de ninguna manera niega que haya esferas donde es posible y deseable una reducción,<sup>2016</sup> así como en otras que el control social debe mantenerse,<sup>2017</sup> intensificarse el ya existente o incluso ampliarse. No tiene ningún compromiso con el tamaño del control social.

### Capítulo 3

#### **El Derecho penal estratégico: riesgos que conlleva**

Este título se destina a plantear seis (6) temas espinosos relacionados con la toma de postura del derecho pena estratégico:

El primero titulado (1) ¿Dónde queda la certeza de los derechos de la persona procesadas?, cuya finalidad es el visualizar en concreto la repercusiones para los derechos de un actor que puede ser afectados.<sup>2018</sup> El segundo, (2) ¿Qué posición ocupan los principios de mínima intervención penal y de subsidiariedad en el derecho penal estratégico?, su función es describir las consecuencias que estos principios tienen en la nueva construcción político criminal. El tercer tema, (3) ¿Toda política social que

---

<sup>2013</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 26.

<sup>2014</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 74-75.

<sup>2015</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 26-27.

<sup>2016</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: Informe final*, p. 458-460.

<sup>2017</sup> Winfried Hassemer, *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*, p. 21-29.

<sup>2018</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trota, 1995, p. 851-855.

repercute en un fenómeno delictivo es política criminal?, tiene por finalidad el evitar que la ampliación del objeto de estudio de la política criminal termine por confundir este saber con la política social. (4) ¿Cuáles son los límites para el régimen de excepción en materia procesal?, ya que el Derecho penal estratégico ha aceptado de manera excepcional un trato de excepción en materia procesal, es imperioso fijar los límites para que este régimen sea legítimo.

Los temas quinto y sexto, merecen una mención distinta porque conllevan un contrapeso para toda la propuesta hasta aquí planteada. Si una ampliación del objeto y las herramientas, no se hace dentro de márgenes precisos se puede caer en un expansionismo punitivo ilegítimo, por ello toman un especial interés: (5) ¿El Derecho penal mínimo es una tendencia expansionista o reduccionista del derecho penal? La visión tradicional donde la ley es la única herramienta de intervención, impuso el paradigma de conceptualizar una propuesta político criminal por la esfera de la extensión punitiva; a pesar de que este análisis es contrario a su lógica, resulta ineludible por su grado de difusión. (6) ¿El derecho penal mínimo es una propuesta ilimitada?, este componente explicita los márgenes que acepta la propuesta político criminal, porque de ellos depende en gran medida su legitimidad.

### **1. ¿Dónde queda la certeza de los derechos de la persona procesada?**

Sin lugar a dudas, esta tesis relativiza aquellos límites que fueron diseñados para la defensa del ciudadano de posibles abusos del poder punitivo del Estado.<sup>2019</sup> En tal sentido, sería absurdo desconocer que quitar el carácter absoluto de las barreras de la dogmática tradicional e introducir la necesidad de ponderar con otros valores, no constituye una limitación para el nivel de protección que conllevaba la teoría general del delito, así como para la certeza que implicaban las fronteras inamovibles.<sup>2020</sup>

---

<sup>2019</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 851-855.

<sup>2020</sup> Claus Roxin, *Problemas actuales de dogmática penal*, p. 50-51.

Lo anotado sería cierto, siempre y cuando este esquema de diques claramente establecidos tuviese vigencia. El problema reside en que al momento, este nivel de muestra un boquete en la parte nuclear de su estructura.<sup>2021</sup> como se dejó constancia, existe una fuerte tendencia a relativizar la función del bien jurídico protegido como límite para la tipificación.<sup>2022</sup>

El problema de sostenibilidad es tan serio que, hoy en día, no hay un país en que rijan de manera plena los cánones tradicionales;<sup>2023</sup> es más, existe una propensión a acentuar las áreas de excepción y crear otras nuevas.<sup>2024</sup> Lo curioso es que la postura garantista radical, el único efecto que consigue es afectar aún más la seguridad y los derechos del procesado. Porque más allá de realizar críticas ácidas a una realidad que se impone, no suele ir acompañada de una propuesta sobre cómo afrontar esta necesidad y cómo limitar la excepcionalidad.

En este escenario una propuesta dirigida a teorizar y ofertar respuestas a las demandas ciudadanas compatibles con los derechos del procesado, surge como la mejor opción. Se debe tener en cuenta que los requerimientos de la sociedad, suelen ser acotados y direccionados a problemas específicos, de ahí que una política criminal que es capaz de abordar este tipo de problemáticas, responde a la necesidad social y generalmente sin afectaciones relevantes a los derechos del procesado puede ser la respuesta.<sup>2025</sup> La totalidad de experiencias descritas dan cuenta de la posibilidad de enfrentar demandas relevantes sin reducciones desproporcionadas de garantías.

La pérdida de certeza es incluso visible frente a algunas *posturas académicas tradicionales*. El mismo nombre de abolicionismo o minimalismo conlleva la imagen

---

<sup>2021</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 851-852.

<sup>2022</sup> Günter Jakobs, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, p. 64.

<sup>2023</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 851-852.

<sup>2024</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 851-854.

<sup>2025</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

del derecho penal a alcanzarse. Una visión segmentada obliga a adoptar una postura más cauta y reconocer que el control social será el resultado de la suma de intervenciones; no existe una imagen prefijada.

Esa pérdida de certeza se debe a que se ha superado un problema de construcción. La extensión y forma del control social no son un fin en sí mismo, el disminuir o eliminar el derecho penal no puede ser el objetivo de la política penal.<sup>2026</sup> El control social es solo una herramienta para alcanzar sus verdaderos fines: la convivencia en sociedad y el respeto a los derechos de las personas.<sup>2027</sup> Es una petición de principio a priori fijar la dimensión que debería alcanzar el derecho penal. Solo las particularidades de cada sector delictivo determinarán las herramientas que deban ser usadas y los límites que adoptará el control social.

## **2. ¿Qué posición ocupan los principios de mínima intervención penal y de subsidiariedad en el derecho penal estratégico?**

La crítica realizada al derecho penal mínimo ¿desemboca en que el derecho penal estratégico abandona los principios de mínima intervención y subsidiariedad? No es aceptable esa asimilación, incluso estos principios constituyen un pilar central dentro del andamiaje del derecho penal estratégico.<sup>2028</sup> Lo que sí, bajo el supuesto de que sean entendidos en su real naturaleza.

Con la postura que existe un distanciamiento es con la planteada por Zaffaroni, donde su cosmovisión del derecho penal, hace que lo caracterice por conllevar un dolor ilegítimo e inútil que debe ser disminuido por cualquier método;<sup>2029</sup> no se debe olvidar

---

<sup>2026</sup> Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos: Informe final*, p. 458-460.

<sup>2027</sup> Irvin Waller, *Menos represión. Más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, p. 167-173.

<sup>2028</sup> Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, p. 303-310.

<sup>2029</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 3-4.

que como meta utópica llegó a plantear la abolición.<sup>2030</sup> En este contexto, estos principios pierden todo límite, cualquier reducción del sistema es válida por sí misma.

El panorama cambia cuando se opta por su real sentido, esto es donde este principio se ve limitado por el vínculo que mantiene con el objetivo central del derecho penal:<sup>2031</sup> la convivencia en sociedad.<sup>2032</sup> Objetivo que por coincidir con la meta del derecho penal estratégico, de por sí, revela que esta propuesta político criminal no introduce una tensión adicional a la ya existente.

Incluso, el derecho penal estratégico saca a relucir un aporte de los principios de mínima intervención penal y subsidiariedad hasta ahora no estudiado. Vincula la legitimidad de la estrategia político criminal y su viabilidad con la proporcionalidad de la sanción.<sup>2033</sup> Como se recordará a lo largo de más de una experiencia, se evidencia que el uso de una pena de baja intensidad era un factor clave para que la estrategia pueda ser sostenible en el tiempo.<sup>2034</sup> En la medida en que se consigue un control social efectivo, salen a relucir los costos de una intervención en exceso punitiva.

Para concluir, el nivel de detalle de los resultados obtenidos en el libro anterior permite dar una imagen bastante clara del uso de la herramienta punitiva en el derecho penal estratégico. Se acepta que los principios de mínima intervención penal y de subsidiariedad deben ejercer una tensión constante sobre la totalidad de las áreas penales, como garantía para que al ciudadano no se le imponga un dolor que no sea necesario. Sin embargo, el gran límite para la expulsión de una norma de la esfera penal se halla en las normas estructurales.

---

<sup>2030</sup> Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, p. 74-75

<sup>2031</sup> Mireille Delmas-Marty, *Modelos actuales de Política criminal*, p. 26.

<sup>2032</sup> Claus Roxin, *Problemas actuales de dogmática penal*, 50-51.

<sup>2033</sup> Beccaria, *Tratado de los delitos y las penas*, p. 19-21.

<sup>2034</sup> Emiro Sandoval, *Penología*, p. 403-404.

Este mismo fenómeno visto desde la perspectiva inversa permite concluir que su potencial se halla en las normas marginales. En este caso la despenalización debería ser la regla, salvo algún caso excepcional que a pesar de no ser estructural la norma, los beneficios para la convivencia justifiquen el dolor infligido.<sup>2035</sup> En *resumen* el Derecho penal estratégico propone un sistema penal conformado por normas estructurales y solo en casos excepcionales algunas normas marginales, con plena vigencia de los principios de mínima intervención penal y de subsidiariedad.

### **3. ¿Toda política social que repercute en un fenómeno delictivo es política criminal?**

Una de las consecuencias de la ampliación del objeto de estudio producida por el concepto amplio de política criminal, es la dilución de la frontera fija entre políticas criminales y sociales. A pesar del papel trascendente que tiene la inclusión de nuevos instrumentos para el desarrollo de la política criminal, la respuesta a la interrogante planteada en el presente numeral es negativa.

El motivo radica en que el aceptar que cualquier política social es política criminal por el solo hecho de repercutir en el fenómeno delictivo, amplía de manera extrema su margen de acción y la lleva a diluir su coherencia interna. El reto radica en ubicar una barrera adecuada que incluya el uso de medidas diversas a la ley penal, pero que excluya políticas de naturaleza social tales como las políticas educativas, de salud, vivienda, etc.

El punto de equilibrio se consigue al analizar la razón de ser de la intervención. Por ejemplo, si se toma cualquiera de las experiencias descritas, tienen un elemento diferenciador en el estudio empírico, son estrategias que por esencia repercuten de manera directa sobre el fenómeno criminal; en tanto que en las políticas sociales no hay esta vinculación directa. Por ejemplo, la política educativa formaría un nuevo ser

---

<sup>2035</sup> Claus Roxin, *Contestación*, p. 37-38.

humano y este ser humano con otros valores, es el que se espera que se abstenga de delinquir. En el primer caso el objetivo directo es la variación efectuada sobre el fenómeno criminal, en el segundo en la mejor de las versiones sólo sería un objetivo fin entre muchos otros posibles. El límite para diferenciar la política criminal de las políticas sociales, se fija en la intervención directa en la criminalidad y no mediante el influjo en otros fenómenos que terminan por repercutir en el ámbito delictivo.

#### 4. ¿Cuáles son los límites para el régimen de excepción en materia procesal?

Un punto de confrontación de la técnica legislativa imperante con la dogmática tradicional en los últimos años, ha sido la relativización de las garantías procesales. Una de las características que Jakobs utilizó para caracterizar el derecho penal de excepción, en la disminución de garantías dentro del trámite.<sup>2036</sup>

El punto que resulta de interés destacar para este estudio, se centra en que para la consecución de una prevención efectiva,<sup>2037</sup> algunas de las experiencias descritas dentro de su estrategia incluyen excepciones al trámite habitual.<sup>2038</sup> Por ejemplo, la experiencia referida al SRI, desarticulación de mercados de bienes de dudosa procedencia, controles de velocidad al conducir, pagos de peajes y estacionamientos, entre otras.<sup>2039</sup>

Como regla general se concede que la disminución de garantías en el trámite resulta problemática.<sup>2040</sup> Aceptada esta realidad, no se debe perder de vista que las descripciones realizadas plantean una lógica distinta. No se trata como en el derecho penal de excepción de una simple disminución de garantías en el trámite penal, el tema

---

<sup>2036</sup> Gúnter Jakobs, *Derecho penal del enemigo*, p.112.

<sup>2037</sup> Daniel de la Colina, *La prevención del delito y la policía comunitaria, desde la perspectiva del paradigma etiológico integrativo y globalizador*, p. 68-72.

<sup>2038</sup> Jesús Silva, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 124-126.

<sup>2039</sup> Manuel Cancio, *De nuevo ¿"Derecho penal" del enemigo?*, p. 112-115.

<sup>2040</sup> No se aceptan las críticas de que las salidas negociadas sea una simple disminución de garantías, se trata de un enfoque distinto de entender el conflicto penal y la interrelación entre los actores.



pasa por reconocer que el nivel de blindaje procesal varía de acuerdo al tipo de decisiones y a los valores que se hallan en juego en la decisión a tomarse. Por este motivo es que los recaudos para un caso penal son diversos que para un juicio civil, administrativo o incluso que para contravenciones.<sup>2041</sup> Si bien no se caerá en el simplismo de sostener que por tratarse de normas penales de baja intensidad, contravencionales y administrativa sancionatorias se justifica cualquier merma de garantías, sin embargo resulta innegable que si la afectación generada es radicalmente inferior, es legítimo reducir el blindaje.

Ecuador aprendió la necesidad de otorgar garantías diferenciadas a conflictos diversos de la manera más dura. La Ley orgánica de transporte terrestre, tránsito y seguridad vial que se fue elaborada por la Asamblea Constituyente que expidió la carta fundamental del año 2008, consagró que toda contravención de tránsito debía ser juzgada en una sola audiencia.<sup>2042</sup> La deficiencia consistió en que esta norma fue hecha sin tomar en cuenta el flujo de casos de esta materia y la cantidad de recursos que conlleva. El problema surge a los pocos meses, cuando se genera un bloqueo en los juzgados fruto de la incapacidad del sistema judicial para afrontar la carga laboral.

Recién en ese momento se visualizó que si se quería tener un sistema con ese nivel de garantías, ello demandaba una descomunal inversión de recursos.<sup>2043</sup> Porque si en un día se cometen centenares de infracciones de tránsito en una de las grandes ciudades y todas deben generar una audiencia, se debe tener la capacidad de pasar igual cantidad de juicios. En la práctica la capacidad real era decenas de veces inferior.<sup>2044</sup>

---

<sup>2041</sup> Manuel Cancio, *De nuevo ¿"Derecho penal" del enemigo?*, p. 112-115.

<sup>2042</sup> Ley orgánica de transporte terrestre, tránsito y seguridad vial, artículo 178.

<sup>2043</sup> Stephen Holmes, *El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos*, p. 36-37.

<sup>2044</sup> Émile Durkheim, *Escritos selectos*, p. 171-172.

Cuando se evidenció este desfase, se tomó conciencia de que este nivel de garantías no era compatible con los recursos de un país pobre.<sup>2045</sup> Incluso si todos los jueces del sistema penal en general, se destinasen exclusivamente a pasar audiencias de contravenciones de tránsito, el desfase hubiese seguido siendo considerable.

En ese momento se regresó a ver al contexto internacional, se encontró que en los polos de desarrollo el trámite que se había impuesto era el procedimiento monitório. El mismo que tiene la particularidad de que en principio la sanción impuesta por el funcionario administrativo, en este caso un policía, por si misma es suficiente para llevar aparejada una sanción. A no ser que el ciudadano quiera ejercer su derecho a la defensa, en cuyo caso impugna y en ese caso sí se realiza una audiencia. En marzo de 2011 el Ecuador ya había aprendido la lección de que las garantías cuestan dinero,<sup>2046</sup> modificó su ley sobre la base de la experiencia internacional.<sup>2047</sup> Una vez más se optó por sacar de la anomalía una materia vital como es la de la movilidad, antes que respetar la norma constitucional, porque esta excepción no cabía.<sup>2048</sup>

De esta experiencia no se pretende concluir que cualquier limitación en materia procesal está de por si justificada, simplemente se quiere reflejar que no se puede adoptar posturas absolutas, que en una materia como la política criminal es frecuente el tener que hacer análisis de proporcionalidad.<sup>2049</sup> Por ejemplo, si se toma la experiencia más gráfica, la del SRI, es claro que no sólo se limita el derecho a la defensa, a la contradicción, al juicio previo, a la apelación, sino que además como se analizó se introduce la figura del agente encubierto.<sup>2050</sup> Sin embargo, sería una postura maniquea

---

<sup>2045</sup> Stephen Holmes, *El costo de los derechos: Porque que la libertad depende de los impuestos*, p. 36-43.

<sup>2046</sup> Stephen Holmes, *El costo de los derechos: Porque que la libertad depende de los impuestos*, p. 36-43.

<sup>2047</sup> Suplemento del Registro oficial, número 415, 29 de marzo de 2011.

<sup>2048</sup> Ralph Dahrendorf, *Ley y orden*, p. 40-41.

<sup>2049</sup> Laura Clérico, El examen de proporcionalidad: entre el excesos por acción y la insuficiencia por omisión o defecto, en Miguel Carbonell editor, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y derecho humanos, 2008, p. 127-129.

<sup>2050</sup> Constitución, artículo 173.

no reconocer que sin esa estrategia el Ecuador no podría mantener la calidad de vida que hoy ha alcanzado. Por ello se debe crítico frente a abusos como el negar el derecho a la apelación; pero también tener el sentido común para darse cuenta que no se puede conceder la apelación con efecto suspensivo entre otras medidas de excepción necesarias y legítimas.<sup>2051</sup>

¿Cuál es el criterio que sirve para determinar que una limitación es legítima?, en una materia tan compleja y delicada, se debe reconocer que a pesar de ser deseable, no se ha encontrado la posibilidad de establecer reglas fijas. La mejor alternativa hallada, consiste en agregar un doble filtro: el principio de necesidad y de proporcionalidad.<sup>2052</sup>

Al ser temas que ya se tocaron en este mismo Libro, el análisis será sucinto. Como ejemplo se toma el caso de mayor nivel de excepcionalidad, donde la sanción se introduce antes del trámite mismo; como por ejemplo en el caso de: imposición de multas mediante sellos de mal estacionado, inmovilización de vehículos y las propias clausuras por no facturar.

El análisis del primer cedazo, el principio de necesidad, es superado; porque el procedimiento ordinario con fase de investigación y juzgamiento claramente termina por generar un costo exagerado para la institucionalidad, sin que en la práctica sea viable un control social efectivo multiplicado por ese gasto. En relación al segundo filtro, el principio de proporcionalidad,<sup>2053</sup> dado que ya se analizaron las experiencias, se puede constatar que la relevancia de los valores en juego, los logros alcanzados y la

---

<sup>2051</sup> Juan Moreno, “¿Un derecho procesal de enemigos?”, en Cancio Melía, Gomez-Jara Díez, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. I, Madrid, Edisofer, 2006, p. 472.

<sup>2052</sup> José Moreso, “Alexi y la aritmética de la ponderación”, en Miguel Carbonell editor, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y derecho humanos, 2008, p. 69-71.

<sup>2053</sup> Luís Prieto, *El juicio de ponderación constitucional*, p. 99-106.

intensidad de la sanción impuesta, son elementos que de manera conjunta justifican la limitación a las garantías procesales aplicadas.<sup>2054</sup>

El método propuesto no elimina los costos en materia de certeza, simplemente propone referentes para disminuirlos. Lo que si debe quedar claro es que este problema no nace con el derecho penal estratégico, de hecho son sistemas de control social vigentes, es más, su uso se halla bastante difundido en el contexto internacional. El impacto que su lógica se verifica en la esfera cuantitativa, porque propone un uso intensivo de estas herramientas. Es importante dejar constancia que este es uno de los temas que demanda un análisis más detenido, pero supera el objetivo de esta tesis.<sup>2055</sup>

## 5. ¿El Derecho penal mínimo es una tendencia expansionista o reduccionista del derecho penal?

La sola pregunta da cuenta de dos *paradigmas tradicionales* que este estudio pretende romper: el primero, la visión unidimensional, esto es limitar política criminal al derecho penal; este estudio por haberse adscrito a la concepción amplia de política criminal introducida por Delmas-Marty se aleja de esta concepción.<sup>2056</sup> El segundo, la visión universalista implícita, genera que solo se analizan dos (2) opciones: ampliar o reducir la esfera penal.<sup>2057</sup> Cuando por ser un fenómeno complejo y diverso, pueden coexistir ambas opciones y según las necesidades primar cualquiera de ellas.

A pesar de que la idea es superar estos límites, lo arraigado de esta visión obliga a realizar una *toma de postura* expresa sobre este punto.<sup>2058</sup> El influjo del derecho penal se halla como regla general en una dimensión diversa por tanto no cabe en las dos categorías planteadas como excluyentes, o si se prefiere, conlleva ciertos efectos en una y otra dirección.

---

<sup>2054</sup> Manuel Cancio, *De nuevo ¿"Derecho penal" del enemigo?*, p. 112-115.

<sup>2055</sup> Luís Prieto, *El juicio de ponderación constitucional*, p. 99-106.

<sup>2056</sup> Laura Zúñiga, *Política criminal*, p. 22-24.

<sup>2057</sup> Luigi Ferrajoli, *El derecho penal mínimo*, p. 33.

<sup>2058</sup> Mireille Delmas-Marty, *Modelos actuales de Política criminal*, p. 26.

Con el fin de abordar este tema, se debe partir de que el Derecho penal estratégico propone un control social complejo.<sup>2059</sup> Estructurado sobre la base de dos dimensiones, la primera conformada por el derecho penal tradicional; la segunda, conformada por otros instrumentos sociales de control de la criminalidad. Estos dos ámbitos coexisten e interactúan.

El primer ámbito, se dirige a la extensión de la herramienta penal, en este plano no conlleva un cambio relevante. El sistema penal dentro de la propuesta del Derecho penal estratégico cumple el papel de cierre del sistema, se aplica cuando no se ha conseguido prevenir la infracción u otorgar una respuesta de mejor calidad. Su extensión necesariamente debe abarcar la esfera que soporta el funcionamiento de la sociedad, o dicho de otra manera, debe cubrir la esfera de normas estructurales.<sup>2060</sup> Si bien se acepta la existencia de normas penales marginales, pero sólo en casos excepcionales, cuando las ventajas para la convivencia son mayores que los costos que genera el dolor que conlleva para el procesado y su entorno.<sup>2061</sup>

El segundo nivel está conformado por esquemas de control complementario al sistema penal tradicional, esta es la esfera donde el derecho penal estratégico introduce una variación; debido a que en ella se materializa el control social complejo que es la ruptura que se genera con el derecho penal tradicional.<sup>2062</sup>

**a) Primer nivel.-** Se centra específicamente en el uso del derecho penal tradicional por parte del derecho penal estratégico. A primera vista parecería que es una propuesta reduccionista al menos frente al sistema penal ecuatoriano, porque la regla

---

<sup>2059</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 26.

<sup>2060</sup> Beccaria, *Tratado de los delitos y las penas*, p.7-9

<sup>2061</sup> Claus Roxin, *Contestación*, p. 37-38.

<sup>2062</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 26-27.

general frente a normas marginales es eliminarlas.<sup>2063</sup> Dado el número de este tipo de normas que existe habría una labor de depurado con cierto impacto.<sup>2064</sup>

**b) Segundo nivel.-** Se centra de la esfera complementaria al Derecho penal tradicional. Este sector toma especial interés porque es en el que el derecho penal estratégico marca la ruptura con el sistema tradicional, ya que agrega modelos de control social complementarios. El análisis demanda de tres (3) enfoques:

**(i) Primer enfoque.-** Este enfoque se centra de manera específica en el sector complementario que utiliza específicamente la herramienta penal. Para iniciar este análisis cabe ubicar el uso de esta herramienta en relación a la totalidad de la criminalidad, porque da una idea de su real impacto. Debido a que de todo el universo delictivo, sólo en un parte cabe la aplicación de un modelo de control social complejo;<sup>2065</sup> esfera donde las medidas de carácter preventivo sólo son un componente; a su vez, dentro de esta categoría solo una de las alternativas utiliza normas jurídicas y las que interesan para este estudio son las estrategias que usan el derecho penal.

No existe duda que esta esfera marca una ampliación del sistema penal, porque existe una superposición de controles sociales de esta naturaleza. Reconocida esta realidad debe hacerse dos precisiones: el Derecho penal estratégico solo incluye normas penales de baja incidencia como complementarias<sup>2066</sup> y como se desprende del párrafo anterior, conlleva un sector reducido.

**(ii) Segundo enfoque.-** Si se considera la tendencia maximalista no solo como ampliación del uso de la herramienta penal, sino en general de cualquier instrumento de control social, existe una ampliación trascendente. El cambio visible que conlleva el Derecho penal estratégico consiste en la introducción de modelos de control social

---

<sup>2063</sup> Salvo que conlleven algún beneficio relevante para la convivencia.

<sup>2064</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho penal mínimo y otros ensayos*, p. 18-19.

<sup>2065</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 26-27.

<sup>2066</sup> Emiro Sandoval, *Penología*, p. 403-404.

complejos, donde estos nuevos niveles conllevan una mayor regulación estatal.<sup>2067</sup> Sin embargo, la mayoría de los autores de las escuelas minimalistas e incluso abolicionistas no presentan reparos a la intervención estatal no penal; salvo excepciones de tendencia anarquista como Hulsman.<sup>2068</sup>

**(iii) Tercer enfoque.-** Esta esfera se ocupa de su aplicación real. Desde el punto de vista de su impacto sería una herramienta reduccionista, porque existe una aplicación intensiva de estrategias preventivas, modalidad que disminuiría el número de sanciones efectivas. De la misma forma el uso de otros esquemas de solución de conflictos, también contribuiría a evitar la imposición de sanciones.

En *resumen*, el derecho penal estratégico resulta ambivalente frente a la lógica tradicional de visualizar la tendencia política criminal desde el enfoque de su extensión, simplemente no encaja en ese debate. La razón es simple, su objetivo no es tener un derecho penal más grande o pequeño, es forjar un mejor control social.<sup>2069</sup>

## 6. ¿El derecho penal mínimo es una propuesta ilimitada?

Hasta este punto se ha puesto énfasis en la creatividad que demanda dar un viraje a la política criminal, sin embargo sería un error serio el no fijar *límites*. Porque el derecho penal estratégico no puede servir de coartada para legitimar cualquier medida político criminal que busque “precautelar la convivencia”.<sup>2070</sup>

La *primera frontera* que se fija le separa del *Derecho penal simbólico*.<sup>2071</sup> Por esencia el Derecho penal estratégico se distancia de cualquier tipo de medida que

---

<sup>2067</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 26-27.

<sup>2068</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 11-13.

<sup>2069</sup> Luigi Ferrajoli, *El derecho penal mínimo*, 1995, p. 33.

<sup>2070</sup> Winfried Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación penal*, p. 43-46.

<sup>2071</sup> Winfried Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación penal*, p. 43-46.

enmascare la falta de efectividad. Si su objetivo es gestionar con eficacia el fenómeno criminal, por concepto es incompatible con este tipo de argucias.<sup>2072</sup>

La *segunda frontera* consiste en no utilizar las *tipificaciones difusas* o técnicas legislativas como la pluralidad de verbos rectores cuando llevan al mismo resultado. Como se anotó se reconoce casos de excepción como el terrorismo, donde por la esencia de esa conducta no queda más que aceptar el uso de esa técnica. Pero no es una de las herramientas que considera que aporte para la efectividad del control social.<sup>2073</sup> Las intervenciones dirigidas a eslabones concretos del funcionamiento criminal o a factores que favorecen su perpetuación, no demandan sacrificar la certeza sobre la conducta que va ser objeto de una sanción.<sup>2074</sup>

La *Tercera frontera* consiste en no utilizar como herramienta el *aumento de penas*, es cierto que este punto se puede considerar incluido en las medidas simbólicas, pero dada la trascendencia que tiene en la política criminal contemporánea se prefirió tratarla por separado. No se confía en que el solo temor a una respuesta desproporcionada sea un mecanismo efectivo para prevenir delitos.<sup>2075</sup>

Dentro de la propuesta de un control social complejo,<sup>2076</sup> en el segmento que utiliza la herramienta penal tradicional se apuesta por una tipificación con una pena proporcionada y legítima.<sup>2077</sup> En la esfera de las otras medidas complementarias, cuando la respuesta es sancionatoria, se opta por medidas no privativas de la libertad y penas de baja intensidad. Las penas altas son incompatibles con la efectividad,<sup>2078</sup> debido a que

---

<sup>2072</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 26-27.

<sup>2073</sup> Es cierto que la experiencia de la desarticulación de mercados de bienes de dudosa procedencia utiliza una norma ilegítima por abierta, pero su uso no es necesario, el empleo se dio porque estaba vigente y permitía implementar la estrategia, pero era plenamente factible hacerlo con una ley legítima.

<sup>2074</sup> Eugenio Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, p. 50.

<sup>2075</sup> Beccaria, *Tratado de los delitos y las penas*, p. 11.

<sup>2076</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 26-27.

<sup>2077</sup> Beccaria, *Tratado de los delitos y las penas*, p. 8-9.

<sup>2078</sup> Eugenio Zaffaroni, *En torno de la cuestión penal*, Montevideo, Bdef, 2005, p. 71-72.



por el dolor alto que conllevan a un sector representativo de la sociedad, se vuelven una carga demasiado pesada que tarde o temprano termina por desalentar la eficacia.

La *cuarta frontera* también se enfoca en el nivel complementario al sistema penal tradicional, no es una herramienta válida la *superposición de sanciones penales*, entendidas estas en una intensidad significativa.<sup>2079</sup> En razón de que no conduciría a dos opciones: la primera, tipificar una conducta ya penada, opción simplemente absurda. La segunda, recoger actos anteriores, herramienta aceptada por el derecho penal estratégico. Sin embargo si se lo hace con sanciones significativas deja de ser compatible con un control social efectivo; en tanto que lo hace con penas bajas queda incluido en la siguiente categoría.

La *quinta frontera* es la más difícil, existe un derecho penal de excepción que en términos generales tiende a distanciar las conductas del bien jurídico protegido;<sup>2080</sup> así como un derecho procesal anómalo caracterizado por una disminución de garantías procesales.<sup>2081</sup> En ambos casos se acepta la necesidad de recurrir a estas técnicas en determinados casos, porque la realidad y el derecho comparado demuestran que es inviable una sociedad moderna sin este tipo de legislación. La frontera general para ambas esferas viene marcada por la interacción de dos principios: el de necesidad y proporcionalidad.<sup>2082</sup>

El límite específico para la tipificación de excepción es que debe ir acompañada de una disminución proporcional de la pena.<sup>2083</sup> En el caso de las garantías procesales es

---

<sup>2079</sup> Emiro Sandoval, *Penología*, p. 403-404.

<sup>2080</sup> Manuel Cancio, *De nuevo ¿"Derecho penal" del enemigo?*, p. 112-125.

<sup>2081</sup> Manuel Cancio, *De nuevo ¿"Derecho penal" del enemigo?*, p. 111-113.

<sup>2082</sup> Luís Prieto, *El juicio de ponderación constitucional*, p. 99-106.

<sup>2083</sup> Jesús Silva, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 124-126.

que su aplicación solo es legítima en casos donde se aplican sanciones no privativas de la libertad y penas bajas.<sup>2084</sup>

## Capítulo 4

### El Derecho penal mínimo y el potencial de implementación

Dados los problemas que han tenido las distintas líneas de pensamiento político criminal dogmáticas que le han antecedido al Derecho penal estratégico, constituye un reto superar la incapacidad de permear la realidad y alcanzar efectos palpables en materia de gestión de la criminalidad.<sup>2085</sup>

Existen tres (3) características por los cuales se sostiene que el Derecho penal estratégico presenta ventajas importantes para efectos de implementación: la primera, *guarda relación con su filosofía para abordar el fenómeno criminal*, la perspectiva segmentada como se ha analizado permite otorgar una respuesta acorde a la esencia de cada esfera delictiva, sin que la inaplicabilidad para otras sea una traba.<sup>2086</sup>

La segunda, se relaciona con el *origen del Derecho penal estratégico*. En gran medida su filosofía nace de una sistematización de una serie de experiencias forjadas en el Ecuador durante estas últimas décadas.<sup>2087</sup> El tener una fuente vivencial, otorga a esta línea conceptual ventajas innegables en materia de viabilidad.<sup>2088</sup> De hecho, por partir de esquemas funcionales vigentes, este estudio ha podido superar un bosquejo teórico de su construcción y ha descrito estrategias concretas con resultados medibles.<sup>2089</sup>

El tercer factor se relaciona con la decisión de optar por un *esquema de implementación gradualista o simultáneo*. La experiencia acumulada de más de una

---

<sup>2084</sup> Emiro Sandoval, *Penología*, p. 403-404.

<sup>2085</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 16-17.

<sup>2086</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 26-27.

<sup>2087</sup> Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, p. 63-226.

<sup>2088</sup> Consejo de la Judicatura, *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 185-197.

<sup>2089</sup> Luis Mora, "Apuntes sobre los sistemas judiciales latinoamericanos", en *Sistemas judiciales*, No. 6, Santiago, Ceja, 2003, p. 39-40.

década en distintas instituciones del sector justicia, donde se ha podido impulsar y observar diversos intentos destinados a modernizar la justicia criminal,<sup>2090</sup> ha permitido percatarse de una constante: las transformaciones que se pretenden hacer con una visión maximalista y simultánea, lejos de alcanzar los objetivos proyectados,<sup>2091</sup> suelen presentar deficiencias serias para alcanzar efectos palpables.<sup>2092</sup> En tanto que cuando se opta por una visión más modesta, mediante intervenciones focalizadas en circunscripciones acotadas, en términos generales se consigue profundizar los logros.<sup>2093</sup>

La diferencia en la capacidad de impacto, se relaciona con el conjunto de requerimientos que conlleva un proceso de reforma: apoyo político, recursos humanos, infraestructura tecnológica, capacitación y capacidad de influjo para revertir las prácticas tradicionales. Si todas estas demandas se conjugan con intervenciones amplias en materia de sus objetivos y vastas en el territorio,<sup>2094</sup> se convierten en un peso extremo que debe afrontar el sector reformista, y al menos en la región la regla ha sido proyectos ambiciosos que terminan con resultados apenas palpables.<sup>2095</sup>

Si los cambios son focalizados ¿Qué sucede con la integralidad de la política criminal?<sup>2096</sup> Sin lugar a dudas, los avances parciales si bien representan logros en sí mismos, no son la meta última. La idea es construir sobre la base de pequeños logros cambios significativos en la convivencia en sociedad.<sup>2097</sup>

---

<sup>2090</sup> Juan Vargas, "Herramientas para el diseño de despachos judiciales", en *Sistemas judiciales*, No. 10, Santiago, Ceja, 2006, p. 78-103.

<sup>2091</sup> Como por ejemplo el proyecto de juzgados corporativos o la propia implantación del código de procedimiento penal.

<sup>2092</sup> Alberto Binder, "La política judicial de la democracia argentina –Vaivenes de la reforma judicial–", en *Urbio. Revista Latinoamericana de seguridad ciudadana*, No. 3, Quito, FLACSO, p. 62-64.

<sup>2093</sup> Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, p. 287-288.

<sup>2094</sup> Luis Pasará, "La agenda Futura de la justicia en la región", en *Sistemas judiciales*, No. 4, Santiago, Ceja, 2002, p. 82-83.

<sup>2095</sup> Alberto Binder, *La política criminal en el marco de las políticas públicas bases para el análisis político-criminal*.

<sup>2096</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>2097</sup> Mireille Delmas-Marty, *Modelos actuales de Política criminal*, p. 26.

De por sí los cambios de cualquiera de los proyectos descritos, resultan poco representativos para la gestión de la globalidad del fenómeno criminal. Sin embargo, si se imagina todos ellos implementados en simultáneo, en conjunto pueden incidir de manera profunda en materias sensibles como de delitos de tránsito, propiedad, tributarios, aquellos generados por bajos estándares de seguridad en los bancos, surgidos en los círculos de convivencia cercana y descubiertos en flagrancia.<sup>2098</sup>

El reto consiste a nivel micro en ser capaz de tener la creatividad y constancia para mantener un proceso sostenido de intervenciones sucesivas capaz de cuestionar el status quo.<sup>2099</sup> En tanto que a nivel macro debe tenerse en cuenta que estos logros responden a un fin superior y mantener una visión estratégica de todo el proceso.<sup>2100</sup>

## Balance de la propuesta del Derecho penal estratégico

### 1. Ventajas

#### (i) Visión de la conflictividad social

La adopción de una visión centrada en la conflictividad basada en un doble enfoque, por un lado, el motor del desarrollo social y, por otro, una fuerza que si no es canalizada de manera adecuada se convierte en un riesgo para el ejercicio de la libertad de las personas,<sup>2101</sup> permite al derecho penal estratégico forjar una filosofía apegada a la realidad.<sup>2102</sup> Fruto de esta lógica surge como objetivo último la gestión de la conflictividad que como sociedad hemos etiquetado como penal.<sup>2103</sup>

---

<sup>2098</sup> Consejo de la Judicatura, *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2011*, p. 185-197.

<sup>2099</sup> Jason Jennings, *Piense en grande, actúen en pequeño. Como las compañías más rentables mantienen el espíritu de los pequeños negocios emprendedores*, Bogotá, Norma, 2006.

<sup>2100</sup> Diego Zalamea, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, p. 303-404.

<sup>2101</sup> Émile Durkheim, *Escritos selectos*, p. 193-194.

<sup>2102</sup> Ralph Dahrendorf, *Ley y orden*, p. 86.

<sup>2103</sup> Howard Becker, *Outsiders, Hacia una sociología de la investigación*, p. 14-15.

Este nivel de realismo adquiere trascendencia en el momento de plantear los objetivos a alcanzar y de planificar las intervenciones concretas.<sup>2104</sup> Permite superar visiones extremas, por ejemplo, plantear metas incompatibles con las herramientas disponibles como la eliminación del fenómeno criminal, o subestimar el potencial de la política criminal, hasta el punto de caer en el derrotismo o conformarse con respuestas simbólicas.<sup>2105</sup> El justo medio constituido por la comprensión de la relevancia que tiene la conflictividad para el avance de las sociedades, así como la necesidad de gestionarla para salvaguardar la legitimidad democrática, permite diseñar una política criminal respetuosa de la libertad individual y capaz de garantizar la convivencia en sociedad.

2106

**(ii) Visión integradora de los intereses del conflicto criminal.-** El análisis de la totalidad de los valores en juego del fenómeno delictivo, le permite a la política criminal hacerse cargo de toda la complejidad de este fenómeno. La renuncia a esta riqueza si bien simplifica el análisis y otorga mayores niveles de certeza, termina por caricaturizar el problema.<sup>2107</sup>

La visión tradicional da cuenta del nivel de parcialidad con el que se ha enfrentado el estudio del fenómeno criminal, la diferenciación tradicional entre los saberes de la teoría general del delito y la política criminal, no sólo implicó la renuncia a una parte relevante de valores en juego, sino que de manera adicional esa selección se hizo con plena consciencia de que afectaba a los intereses de uno de los dos grandes polos en tensión.<sup>2108</sup> Resulta difícil imaginar un enfoque que conlleve un mayor nivel de distorsión. Es justo sostener que la ventaja comparativa de un enfoque integrador en la

---

<sup>2104</sup> Irvin Waller, *Menos represión. Más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, p. 167-173.

<sup>2105</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>2106</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 11-22.

<sup>2107</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>2108</sup> Claus Roxin, *Política criminal y sistema del derecho penal*, p. 31-34.

práctica implica pasar de una postura maniquea, a enfrentar el real debate que conlleva el fenómeno delictivo.

El nivel de complejidad si bien conlleva costos en materia de certeza, porque incrementa el nivel de factores y matices que entran en juego. Este insumo que es la fuente del problema en el nivel de seguridad, es esencial para la esfera de la efectividad. Permite pasar de la simple filosofía a intervenciones prácticas sobre segmentos determinados de la conflictividad, porque como se analiza en el próximo numeral estos factores distintivos son los que apalancan el uso de nuevas estrategias.<sup>2109</sup>

**(iii) Enfoque segmentado.-** Del estudio realizado se pueden extraer dos conclusiones relevantes para este tema: la primera, consiste en que sin una visión basada en elementos característicos de cada tipo delictivo, resulta complejo distanciarse de la lógica tradicional de un control punitivo cimentado en la amenaza de una sanción. El segundo, consiste en que la política tradicional en términos generales ha mostrado ser poco efectiva para garantizar la convivencia en sociedad, porque se tiene consciencia de que dicha amenaza se cumple sólo en casos excepcionales.<sup>2110</sup>

En este escenario, la posibilidad de retomar la gestión de la conflictividad criminal en las sociedades contemporáneas va atada a la capacidad de análisis de los elementos característicos de cada tipo delictivo<sup>2111</sup> y el uso de nuevos esquemas de control social.<sup>2112</sup>

**(iv) Concepción compleja del control social.-** La concepción de la norma penal como herramienta única de la política criminal, generó la distorsión de concebir a esta disciplina de una forma unidimensional. Donde las opciones variaban entre la pena

---

<sup>2109</sup> Irvin Waller, *Menos represión. Más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, p. 167-173.

<sup>2110</sup> Lock Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 62-63.

<sup>2111</sup> Günter Kaiser, *Introducción a la criminología*, p. 258-259.

<sup>2112</sup> Irvin Waller, *Menos represión. Más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, p. 167-173.

máxima aceptada por cada sociedad y como límite mínimo la opción de despenalizar la conducta. La introducción de nuevas herramientas de gestión de la conflictividad, no solo amplió estas alternativas especialmente con opciones no privativas de la libertad, sino que además introdujo una nueva dimensión: el control social complejo.<sup>2113</sup>

Esta alternativa se vuelve trascendente, porque a pesar de que no es serio creer que se va a aplicar a la totalidad de esferas criminales, la interacción entre el derecho penal tradicional y estrategias preventivas, reactivas no punitivas, sancionatorias no penales e incluso más de una de naturaleza penal de baja incidencia, dentro de las experiencias analizadas, han sido un factor que demuestra potenciar la capacidad de influjo del control social con bajos o nulos costos en materia de los derechos de las personas. Realidad que le convierte en una de tendencia prometedora.

(v) **Enfoque estratégico.-** El diseño de una política criminal en base a sectores delictivos determinados, donde existen elementos característicos que permiten intervenciones fecundas, se convierte en el punto de partida para el diseño de respuestas efectivas. El poder escoger donde, en qué momento y con qué herramientas intervenir,<sup>2114</sup> varía la capacidad de influjo y devuelve a la sociedad la capacidad de gestionar su conflictividad.<sup>2115</sup>

Esta visión estratégica de manera adicional en el momento de diseñar las intervenciones concretas, permite valorar no solo la relevancia de la zona conflictiva, sino el potencial de las herramientas que en el caso concreto son aplicables.<sup>2116</sup> En un escenario en el que confluyen, por un lado, una crisis de las democracias modernas por la falta de capacidad de gestionar la conflictividad por parte especialmente de las

---

<sup>2113</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 17-27.

<sup>2114</sup> Irvin Waller, *Menos represión. Más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, p. 167-173.

<sup>2115</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>2116</sup> Irvin Waller, *Menos represión. Más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, p. 167-173.

cúpulas gobernantes,<sup>2117</sup> y por otro, un momento de la política criminal marcado por el inmovilismo, sea este fruto del pesimismo o de la adopción de medidas de naturaleza simbólica, la reflexión sobre las posibilidades de romper la inercia es un aporte que puede ser valorado por casi cualquier línea conceptual.<sup>2118</sup> El solo hecho de traer a debate opciones que abran un sendero para retomar la capacidad de gestión, implica una ruptura del status quo.<sup>2119</sup>

(v) **Flexibilidad.-** Las sociedades modernas se caracterizan por los cambios inusitados en materia de revisión de los pilares de la convivencia, en este escenario no es raro que se hayan acelerado el surgimiento de fenómenos delictivos con lógicas diversas a la criminalidad tradicional.<sup>2120</sup> Líneas conceptuales con lógicas universalistas, dado el nivel de rigidez que conlleva su filosofía, resultan simplemente inviables al momento de someterles a un escenario de cambios vertiginosos.

El derecho penal estratégico basado en el análisis de las especificidades de cada fenómeno delictivo y en la búsqueda de las estrategias más adecuadas para enfrentarlo, se convierte en una alternativa real.<sup>2121</sup> El elevado grado de flexibilidad compatible con el tiempo que nos ha tocado vivir, le permite presentar resultados inéditos en temas como delitos económicos, por medidas de bajo impacto como clausuras, o la desarticulación de redes criminales de cosas robadas mediante la retención de bienes que están en el mercado y su legitimidad no puede ser demostrada.<sup>2122</sup>

---

<sup>2117</sup> Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trota, 2001, p. 15-17.

<sup>2118</sup> Winfried Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación penal*, p. 43-46.

<sup>2119</sup> Irvin Waller, *Menos represión. Más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, p. 155-166.

<sup>2120</sup> Ralph Dahrendorf, *El conflicto social moderno: ensayo sobre la política de la libertad*, p. 189-192.

<sup>2121</sup> Irvin Waller, *Menos represión. Más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, p. 167-173.

<sup>2122</sup> Juan Vargas, "Eficiencia en la justicia", en *Sistemas judiciales*, No. 6, Santiago, Ceja, 2003, p. 68-72.



Este grado de flexibilidad no es absoluto, la capacidad de adaptación sin límites previos genera un escenario en extremo deficiente para la certeza.<sup>2123</sup> Es por ello que impone límites estrictos para salvaguardar la legitimidad de las intervenciones.<sup>2124</sup> El producto final es una política criminal vigorosa y adaptable a los nuevos retos, pero con fronteras delimitadas para no acarrear costos relevantes en materia de derechos.<sup>2125</sup>

**(vi) Momento histórico.-** Si se acepta como premisa que el problema esencial que hoy enfrentan las democracias modernas, está marcado por su incapacidad para gestionar su conflictividad y garantizar la convivencia en sociedad,<sup>2126</sup> el solo hecho de que una línea político criminal adopte un enfoque centrado este problema que aflige a las democracias modernas, implica superar el tradicional abismo que ha existido entre la política criminal académica y las necesidades sociales.<sup>2127</sup>

## 2. Riesgos

**(i) Igualdad.-** Una visión segmentada conlleva un trato diferenciado para los distintos sectores criminales. El problema no se presenta en la esfera del derecho penal tradicional, en este ámbito no hay repercusión alguna, porque se mantiene vigente para la esfera estructural de las normas y propone un uso proporcionado de la pena.

La dificultad se ubica en el nivel complementario al derecho penal tradicional, van a existir esferas donde se aplique modelos más efectivos de gestión que en otros. Es más, puede haber zonas importantes de conflictividad, donde por no haber un carácter diferenciado que permita una intervención efectiva, a pesar que puedan tener una

---

<sup>2123</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 851-855.

<sup>2124</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 26.

<sup>2125</sup> Miguel Carbonell, "Globalización y Derecho: algunas coordenadas para el debate", en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez compiladores, *Globalización y derecho*, Quito, Ministerio de justicia y derechos humanos, 2009, p. 19-20.

<sup>2126</sup> Alberto Binder, *Política de seguridad y control de la criminalidad*, p. 11-22.

<sup>2127</sup> Irvin Waller, *Menos represión. Más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, p. 167-173.

relevancia social alta, lamentablemente quedan confiados a la visión tradicional.<sup>2128</sup> Resulta innegable que es doloroso que se implemente un sistema extremadamente efectivo para el control de la evasión de peajes y que no se consigan un esquema similar en delitos de violaciones cometidas por un extraño. Existe un rechazo natural, a la posibilidad de aceptar que por no tener un elemento característico capaz de ser influenciado, este tipo de conflictos queden confiados a un control social ineficaz.<sup>2129</sup>

Por ejemplo, esta modalidad delictiva muestra de manera gráfica los límites del Derecho penal estratégico, en este caso no es complejo percatarse que un delito de violación hay un elemento común que sí se incide sobre él, se puede variar la realidad.<sup>2130</sup> Atrás de estos delitos se halla una cultura machista, además si se influye sobre ella habría un efecto preventivo importante. El límite en este caso es encontrar una herramienta efectiva. Es cierto que de inmediato salta a la vista que una intervención en materia educativa puede incidir en el aspecto cultural, pero en este caso nos hallamos ante una política social que tienen influjo en un problema delictivo, pero no es una política criminal. Quien escribe no encuentra una estrategia político criminal efectiva para este tipo de delitos.<sup>2131</sup>

Si el mismo ejemplo cambia un tanto las circunstancias el resultado varía, si el mismo delito es cometido en el seno intrafamiliar, en casos donde ya ha existido una agresión anterior. Ahora si existen intervenciones directas que caben dentro de políticas criminales que pueden incidir en esta modalidad delictiva. Los botones de pánico e incluso los dispositivos electrónicos en el agresor y la víctima, que alertan de cualquier proximidad son medidas que comienzan a ser probadas en el ámbito internacional y que

---

<sup>2128</sup> Por ejemplo hasta el momento no se conoce de una intervención efectiva para el problema de violencia intrafamiliar.

<sup>2129</sup> Alberto Binder, "Legalidad y oportunidad", en *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 206-209.

<sup>2130</sup> Günter Kaiser, *Introducción a la criminología*, p. 258.

<sup>2131</sup> Denis Szabó, *Criminología y política en materia criminal*, p. 216-231.

muestran un potencial interesante. En este caso es claro que se tratan de políticas criminales y distan de ser sociales

Sin negar que resulta dolorosa la realidad de dejar en mayor indefensión a unas áreas frente a otras, hay tres matizaciones que realizar: *la primera*, es que la no implementación de intervenciones efectivas en este caso no se debe a una decisión política, es resultado de no encontrar un mecanismo efectivo para alcanzar este fin. El segundo matiz, se relaciona con el hecho de que el no controlar la evasión de peajes o dejar en mayor indefensión a las víctimas de violación en casos de reincidencia, no mejora los problemas referidos a las violaciones por extraños, simplemente agrega un peso adicional para la convivencia en sociedad.<sup>2132</sup> La última aclaración, guarda relación con que el generar un trato similar para problemas diferentes tampoco favorece la igualdad; sería doloroso pensar que para satisfacer un interés legítimo como es la igualdad, se acepte el aplicar un trato igualmente ineficaz para todos los conflictos.<sup>2133</sup>

Parece razonable admitir, que si estas políticas criminales complementarias se enmarcan en límites generales previamente establecidos, aplican bajo un criterio de generalidad y otorga un trato igualitario a casos similares, resulta aceptable desde el punto de vista de la igualdad. En tanto que desde el enfoque de la efectividad se generan avances importantes en materia de convivencia en sociedad.<sup>2134</sup>

**(ii) Fragmentariedad.-** La visión segmentada no tiene la potencialidad para introducir políticas específicas para la totalidad de delitos, en este sentido una política criminal que se base en esta visión corre el riesgo de ser incompleta, por tanto peligrosa para la convivencia que dice buscar.<sup>2135</sup> La razón de ser de este riesgo consiste en que

---

<sup>2132</sup> Ralph Dahrendorf, *Ley y orden*, p. 58.

<sup>2133</sup> Alberto Binder, *Legalidad y oportunidad*, p. 210-211.

<sup>2134</sup> Alberto Binder, *Legalidad y oportunidad*, p. 214-217.

<sup>2135</sup> Alberto Binder, *Legalidad y oportunidad*, p. 213.

dejaría de lado un sector nada despreciable de conflictos y algunos de ellos tan relevantes como el citado en el numeral anterior.<sup>2136</sup>

Esta crítica sería acertada, si se tratase de una propuesta segmentada pura. El derecho penal estratégico conlleva una posición compuesta, se basa en la visión segmentada para la búsqueda de cambios profundos, pero la complementa el sistema tradicional para aquellos sectores en los que no es posible introducir esta nueva perspectiva, modalidad que elimina el costo anotado. Es más, el saldo final puede ser sintetizado en los siguientes términos: en los sectores donde más débil es, consigue una calidad de respuesta similar a la que hoy oferta la política criminal vigente, en tanto que en los restantes sectores consigue avances significativos.

### **(iii) Punitivismo**

Dado que el derecho penal estratégico tiende a la consecución de efectividad, su introducción podría significar un giro hacia el punitivismo. Como este es un tema ya analizado su revisión será somera. El peligro que existe es mínimo, porque el segmento donde hay un incremento en el uso del derecho penal, es un ámbito marginal, específicamente cuando el control social se integra por la interacción de dos niveles de represión penal, el primero del derecho penal tradicional y el segundo, la tipificación de actos anteriores o posteriores que alienten la perpetuación del círculo criminal.<sup>2137</sup> A pesar de ser una esfera reducida, existen dos (2) límites que garantizan la legitimidad de la propuesta: en la esfera de la sanción, se circunscribe a medidas de baja intensidad, y en el ámbito de su uso se limita a aquellos casos donde su uso ha superado los filtros establecidos por los principios de necesidad y proporcionalidad.<sup>2138</sup>

---

<sup>2136</sup> Alberto Binder, *Principios fundamentales del proceso penal acusatorio*, p. 113.

<sup>2137</sup> Irvin Waller, *Menos represión. Más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, p. 167-173.

<sup>2138</sup> Luís Prieto, *El juicio de ponderación constitucional*, p. 99-106.

## Reflexión final

El derecho penal estratégico es una propuesta inacabada que pretende ser una alternativa a la encrucijada contemporánea en que se halla la política criminal. Por un lado, Las corrientes de corte académico, caracterizadas por una visión universalista que de manera reiterada han demostrado su incapacidad de trascender de la esfera doctrinaria. Por el otro, una postura pragmática marcada por un escaso grado de reflexión, donde su estrategia predilecta es la imposición de medidas simbólicas que tienden a ser más declaraciones líricas que métodos efectivos de solucionar los problemas de convivencia. En el fondo ambas posturas han terminado por abrazar la desesperanza y renunciar al modelo efectivo de gestión de conflictos.

Frente a esta realidad, la propuesta del derecho penal mínimo consiste en romper con la visión tradicional, tener la sencillez de teorizar sobre las enseñanzas que a diario otorga la práctica de los actores. El atreverse a pensar que hay métodos más modestos que por su nivel de pragmatismo y compromiso con los derechos y valores, terminan por producir cambios palpables que hasta hoy han sido inalcanzables para las propuestas dogmáticas más acabadas. Se trata de una invitación a volver a ilusionarse con una herramienta social desdeñada como el sistema penal y en general el control social; tomar en serio la demanda legítima de mejorar los niveles de convivencia, y asumir con responsabilidad que la criminalidad es un problema serio que hoy erosiona la legitimidad de las sociedades democráticas.

## Abreviaturas

COIP	Código integral penal
FONSAT	Fondo del seguro obligatorio de accidentes de tránsito
IMEI	International mobilic equipment identety
IVA:	Impuesto al valor agregado
SRI	Servicio de rentas internas
SOAT	Seguro obligatorio de accidentes de tránsito

## Bibliografía Tesis

- Aebi, Marcel, *Crítica de la Criminología crítica: Una lectura escéptica de Baratta*, “[http://www.uns.edu.ar/programa/ediciones/edicion2/02\\_edicion2.pdf](http://www.uns.edu.ar/programa/ediciones/edicion2/02_edicion2.pdf)”, (consultado el 17 de marzo 2013).
- Aguilar, Ana y Xavier Carrasco, *Servicios previos al juicio. Manual de implementación*, Monterrey, Instituto de Justicia Procesal Penal, 2011.
- Alston, Philip, *Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, “[http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A-HRC-17-28-Add2\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A-HRC-17-28-Add2_sp.pdf)”, (consultado el 3 de marzo de 2012).
- Alexi, Robert, *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- Alexi, Robert, *Tres escritos sobre Derecho fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Alexi, Robert. “La fórmula del peso”, en Miguel Carbonell editor, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 13-42.
- Alvear, Jorge, *¿Delitos de odio o delitos por odio?*, “<http://www.eluniverso.com/2012/07/06/1/1363/delitos-odio-delitos-odio.html>”, (consultado, 21 de febrero de 2013).
- Arbito, Nestor, “Presentación”, en Ramiro Ávila editor, *Anteproyecto de código de garantías penales, La constitucionalización del Derecho penal*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1990, p. 7-9.
- Arduino, Ileana, “La reforma procesal penal en Bolivia”, en Cristian Riego coordinador, *Reformas procesales penales en América Latina: Resultado del proyecto de seguimiento*, IV etapa, Santiago, Ceja, 2007, p. 35-99.
- Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001.
- Atienza, Manuel, y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 2004.
- Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*, México D. F., Fontamara, 2007.
- Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2012.
- Ávila, Luís, María Ávila, María Álvarez y otros, “Apuntes sobre la Construcción del Código”, en Ramiro Ávila editor, *Anteproyecto de código de garantías penales. La constitucionalización del Derecho penal*, Serie justicia y derechos humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad, No. 17, Neoconstitucionalismo y sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 371-388.
- Ávila, Ramiro, “Anteproyecto de código de garantías penales, La constitucionalización del Derecho penal”, en Ramiro Ávila coordinador, *Anteproyecto de Código de garantías penales. La constitucionalización del Derecho Penal*, Serie justicia y derechos humanos, Neoconstitucionalismo y sociedad, No. 17, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

- Ávila, Ramiro, "Introducción", El Código Penal que una Constitución garantista exige, en Ramiro Ávila editor, *Anteproyecto de código de garantías penales. La constitucionalización del Derecho penal*, Serie justicia y derechos humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad, No. 17, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 21-38.
- Banco Amazonas, *¿Qué son los sacapintas?*, [http://www.bancoamazonas.com/portal/jportal.jsp?idMenu=PI\\_SEG\\_SACA](http://www.bancoamazonas.com/portal/jportal.jsp?idMenu=PI_SEG_SACA) (consultado el 28 de febrero de 2013).
- Banco de Guayaquil, *Clonación de tarjetas*, "<http://www.bancoguayaquil.com/seguridad/clonacion.html>", (consultado el 28 de febrero de 2013).
- Banco de Guayaquil, *Phishing*, "<http://www.bancoguayaquil.com/seguridad/phishing.html#>", (consultado el 28 de febrero de 2013).
- Banco de Guayaquil, *Troyanos bancarios*, "<http://www.bancoguayaquil.com/seguridad/troyano.html>", (consultado el 28 de febrero de 2013).
- Banco del Pichincha, *E-KEY*, "<http://www.pichincha.com/web/temas.php?ID=141>", (consultado el 28 de febrero de 2013).
- Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, México D. F., Siglo veintiuno, 1986.
- Baratta, Alessandro, "No está en crisis la criminología crítica", en Mauricio Martínez, *¿Qué pasa en la criminología moderna?*, Bogotá, Temis, 1990, p. 94-163.
- Baratta, Alessandro, "Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal. Lineamientos para una teoría del bien jurídico protegido", en *Criminología y Derecho penal*, No. 3-4, Guayaquil, Edino, 1993, p. 13-44.
- Baratta, Alessandro, "Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal", en Juan Bustos, *Prevención y teoría de la pena*, Santiago, Editorial jurídica cono sur, 1995, p. 77-92.
- Baratta, Alessandro, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, Montevideo, Bdef, 2006
- Barcia, Claudia, Jorge Boerr, Gabiriel Unrein, "La reforma procesal penal en la ciudad autónoma de Buenos Aires, Experiencias de innovación en el Ministerio Público Fiscal", en *Reformas de la justicia en América Latina. Experiencias de innovación*, No 2, Santiago, Ceja, 2010, p. 233-301.
- Baytelman, Andrés y Mauricio Duce, *Evaluación de la reforma procesal penal. Estado de una reforma en marcha*, Santiago, Ceja, 2003.
- Beccaria, Cesare, *Tratado de los delitos y las penas*, México D.F., Porrúa, 2010.
- Becker, Howard, *Outsiders hacia una sociología de la investigación*, Buenos Aires, Siglo veintiuno, 2009.
- Benzecry, Claudio, "Presentación. Actualidad de Howard Becker". En *Outsiders*, Howard Becker, Buenos Aires: Siglo veintiuno, 2010, p. 1-7.
- Bergalli, Roberto, "Control social sus orígenes conceptuales y usos instrumentales", en *Criminología y Derecho penal*. No 3-4, Guayaquil, Edino, 1993, p. 62-74.
- Bergalli, Roberto, "¿De cuál control social se habla?", en Miguel Rujana, *Derecho penal contemporáneo*, Bogotá, Universidad libre, 2002, p. 141-156.
- Beristain, Antonio, "El nuevo código penal de 1995 desde la victimología", en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, No. 10 extraordinario, San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología, 1997, p. 57-94.

- Beristain, Antonio, "La sanción de la FIFA a Tassotti", en *De los delitos y de las penas desde el País Vasco*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 103-105.
- Beristain, Antonio, "Proceso penal y víctimas pasado, presente y futuro", en *Revista defensa pública*, No. 3, San José, Defensa pública, 2003, p. 33-45.
- Beristain, Antonio, "La construcción criminológica de la realidad jurídica", en *Criminología, victimología y cárceles*, tomo I, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, sin año, p. 267-276.
- Beristain, Antonio, "¿La sociedad/judicatura atiende a "sus" víctimas/testigos?", en *Criminología, victimología y cárceles*, tomo I, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, sin año, p. 309-358.
- Binder, Alberto, "Justicia penal y sociedad democrática", en *Justicia y derechos humanos*, Quito, ALDHU, 1992, p. 86.
- Binder, Alberto, "Principios fundamentales del proceso penal acusatorio", en *Justicia y derechos humanos*, Quito, ALDHU, 1992, p. 113-129.
- Binder, Alberto, "La reforma de la justicia penal: entre el corto y el largo plazo", en *Sistemas judiciales*, No. 3, Santiago, Ceja, 2002, p. 67-72.
- Binder, Alberto, Juan Vargas, Cristian Riego, "Los jueces y la información. Sistemas de información e instituciones judiciales en el marco de la reforma judicial", en *Sistemas judiciales*, No. 6, Santiago, Ceja, 2003, p. 48-67.
- Binder, Alberto, "¿Qué significa implementar un Nuevo sistema de justicia penal?", en Fondo Justicia y Sociedad. Fundación Esquel USAID, *La evaluación del sistema procesal penal en el Ecuador*, Quito, Fondo Justicia y Sociedad. Fundación Esquel USAID, 2003, p. 12-13.
- Binder, Alberto, *De las "repúblicas aéreas" al estado de Derecho. Debate sobre la marcha de la reforma judicial en América Latina*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004.
- Binder, Alberto, "Legalidad y oportunidad", en *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 205-217.
- Binder, Alberto, "La política judicial de la democracia argentina –Vaivenes de la reforma judicial–", en *Urbio. Revista Latinoamericana de seguridad ciudadana*, No. 3, Quito, FLACSO, 2008, p. 48-66.
- Binder, Alberto, "Política de seguridad y control social", Buenos Aires, Ad Hoc, 2010.
- Birkbeck, Christopher, Gary LaFree, "Una revisión crítica de las teorías de las oportunidades para el delito", en *Criminología y Derecho penal*, No. 2, Guayaquil, Edino, 1992, p. 92-123.
- Biscal, Pedro, "La justicia penal y el control de los delitos económicos y de corrupción", en *Sistemas judiciales*, No. 11, Santiago, Ceja, 2006, p. 4-12.
- Bobbio, Norberto, *Teoría general del Derecho*, Bogotá, Temis, 2007.
- Bovino, Alberto, "La víctima como preocupación del abolicionismo penal", en *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992, p. 261-279.
- Cancio, Manuel, "de nuevo ¿"Derecho penal" del enemigo?", en *Derecho penal del enemigo*, 2da. ed., Navarra, Civitas, 2006, p. 85-152.
- Carbonell, Miguel, "Justicia penal y Derechos fundamentales", en Luís Reina, Gustavo Arocena, David Cienfuegos coordinadores, *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, Lima, Jurista, 2007, p. 57-92.
- Carbonell, Miguel, "Introducción", en Miguel Carbonell editor, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 9-12.



- Carbonell, Miguel, “Globalización y Derecho: algunas coordenadas para el debate”, en Miguel Carbonell, Rodolfo Vázquez compiladores, *Globalización y Derecho*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 19-38.
- Carbonell, Miguel, “Introducción”, en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez compiladores, *Globalización y Derecho*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 11-18.
- Carranza, Elías, Mario Houed, Luís Mora, “La excarcelación bajo caución juratoria, como una de las alternativas para reducir en número de presos sin condena”, en Elías Carranza, Mario Houed, Nicholas Liverpool y otros, *Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe*, Buenos Aires, ILANUD, 1992, p. 97-136.
- Carranza, Elías, “Situación y perspectivas penitenciarias en América Latina y el Caribe. Necesidad de alternativas a la prisión”, en Elías Carranza, Mario Houed, Nicholas Liverpool y otros, *Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe*, Buenos Aires, ILANUD, 1992, p. 1-13.
- Carrara, Francisco, “Programa de Derecho criminal. De la pena y del juicio criminal”, en *Programa de Derecho criminal*, Vol. 2, Loja, Universidad de Loja, 1990.
- Carrasco, Javier, “Institución RENACE, ABP: UN relato de servicios de supervisión en México”, en Martin Shönteich y Denisse Tomasini-Joshi, *Programas de medidas cautelares. Experiencias para equilibrar presunción de inocencia y seguridad ciudadana*, Monterrey, Open Society. Justice initiative, 2010, p. 35-46.
- Carrasco, Javier, “Estudio comparativo: el impacto de las reformas procesales en la prisión preventiva en México”, en *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*, Vol. 2. Santiago, Ceja, 2011, p. 171-225.
- CEJA, *Desafíos del ministerio público fiscal en América Latina*, Santiago, Ceja, 2005.
- CEJA, *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*, Vól. II, en Leticia Lorenzo, Cristián Riego y Mauricio Duce, Santiago, Ceja, 2011, p. 19.
- Christie, Nils, “Los conflictos como pertenencia”, en *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992, p. 157-182.
- Christie, Nils, *Una sensata cantidad de delito*, Buenos Aires, Editores del puerto, 2004.
- Ciafardini, Mariano, “Política criminal y prevención general del delito”, en Gabriel Anitua, Ignacio Tedesco, *La cultura penal*, 2009, Editores del Puerto, Buenos Aires. p. 249-272.
- Clérico, Laura, “El examen de proporcionalidad: entre el excesos por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en Miguel Carbonell editor, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 125-173.
- Cluster E-business, *Seguridad en tarjetas con microprocesador: procedimientos de evaluación y consecución de estándares*, “<http://cluster-ebusiness.com/es/otni/documentacion/articulos/seguridad-en-tarjetas-con-microprocesador-procedimientos-de-evaluacion->”, (Consultado el 28 de diciembre de 2013).
- Cobo, Manuel, Tomás Vives, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirand lo Blanch, 1999.

- Comanducci, Paolo, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en Miguel Carbonell y Leonardo García, *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 175-190.
- Comisión de la Verdad: “ni silencio ni impunidad”, *Informe de la Comisión de la Verdad Ecuador 2010. Sin verdad no hay justicia. Resumen ejecutivo*, Quito, Comisión de la Verdad, 2010.
- Comunidad de Estudios sociales y acción política y LAPOP, *Cultura política de la democracia en Bolivia, 2012: Hacia una igualdad de oportunidades*, “<http://es.scribd.com/doc/109405903/Informe-LAPOP-acerca-de-la-Cultura-Politica-de-la-Democracia-2012>”, (Consultado el 6 de diciembre de 2013).
- Consejo de la Judicatura, Ceja, *Proyecto de código procesal unificado de materias no penales. 16-04-2012*, Quito, Consejo de la Judicatura, 2012.
- Consejo de la Judicatura, *Rendición de cuentas: Julio 2011 – Julio 2012*, Quito, Consejo de la Judicatura, 2012.
- Consejo de la Judicatura, *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 – enero 2013*, Quito, Consejo de la Judicatura, 2013.
- Corcoy, Mirentxu, “Sistemas de penas y líneas políticocriminales de las últimas reformas del Código penal. ¿Tiene el Derecho penal hacia un [Derecho de dos velocidades]?” en Cancio Melía, Gomez-Jara Díez, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. I, Madrid, Edisofer, 2006, p. 383-413.
- Corcoy, Mirentxu, “La perspectiva jurídico penal”, en Santiago Mir y Joan Quralet directores, *La seguridad pública ante el Derecho penal*, Madrid, Edisofer, 2010, p. 3-32.
- Corporación Latinobarómetro, Informe 2013, “[http://www.latinobarometro.org/documentos/LATBD\\_INFORME\\_LB\\_2013.pdf](http://www.latinobarometro.org/documentos/LATBD_INFORME_LB_2013.pdf)”, (consultado el 4 de diciembre de 2013).
- Coyle, Andrew, *La sobrepoblación en las prisiones: la prisión y la comunidad*, en Elías Carranza (Cord.), Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles, Siglo veintiuno, México D. F., 2001, p. 105-127.
- Dahrendorf, Ralph, *El conflicto social moderno: ensayo sobre la política de la libertad*, Madrid Mondadori, 1990.
- Dahrendorf, Ralph, *Ley y Orden*, Madrid, Cívitas, 1994.
- Dahrendorf, Ralph, *La cuadratura del Círculo: Bienestar económico, cohesión social y libertad política*, México D.F., Fondo de cultura económica, 1996.
- Dahrendorf, Ralph, *El recomienzo de la historia. De la caída del muro a la guerra de Irak*, Madrid, Katz, 2006, p. 36-38.
- Defensoría pública del Ecuador, *Rendición de cuentas 2007-2011*, Quito, Defensoría pública del Ecuador, 2011.
- De la Colina, Daniel, “La prevención del delito y la policía comunitaria, desde la perspectiva del paradigma etiológico integrativo y globalizador”, en Carlos Elbert, Susana Murillo, Mirtha López, *La criminología del siglo XXI en América Latina*, Segunda parte, Buenos Aires, Rubinal –Culzoni, 2002, p. 65-92.
- Del Olmo, Rosa, “Drogas: ¿percepciones o realidad?”, en *Criminología y Derecho penal*, No. 2, Guayaquil, Edino, 1992, p. 13-34.
- Del Valle, Alfredo, “Indefensión y auge de la criminalidad”, en Alfredo del Valle coordinador, Seguridad pública militarización y derechos humanos, México D. F., Instituto de Estudios de la Revolución Democrática, 1997, p. 37-45.
- Delmas-Marty, Mireille, *Modelos actuales de Política criminal*, Madrid, Centro de Publicaciones Secretaría Técnica, Ministerio de Justicia, 1986.

- Diario Hoy, El robo de “cerebros” está de moda, “<http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/el-robo-de-cerebros-esta-de-moda-257473.html>”, (consultado el 13 de febrero de 2013).
- Diario Hoy, *Reformas penales con vacíos*, “<http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/reformas-penales-con-vacios-341940.html>”, (consultado el 13 de febrero de 2013).
- Diario Hoy, *Atentado al pudor, ¿sin sanción?*, “<http://www.hoy.com.ec/suplemen/blan399/byn.htm>”, (consultado el 24 de febrero de 2013).
- Díez, José, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en Cancio Melía, Gomez-Jara Díez, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. I, Madrid, Edisofer, 2006, p. 553-602.
- División de atención a víctimas y testigos, *La víctima y el testigo en la reforma penal*, Santiago, Ministerio Público, 2003.
- Donini, Massimo, *El Derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*, Lima, Ara, 2010.
- Drapkin Israel, *Criminología de la violencia*, Buenos Aires, Depalma, 1984.
- Duce, Mauricio, Cristián Riego, *Introducción al Nuevo sistema procesal penal*, sin ciudad, Universidad Diego Portales, 2002.
- Duce, Mauricio, “El Ministerio Público en la reforma procesal en América Latina: visión general acerca del estado de los cambios”, en *Sistemas Judiciales*, No. 8, Santiago, Ceja, 2005, p. 65-82.
- Duce, Mauricio, “Introducción”, en *Reformas procesales en América Latina: experiencias de innovación*, editor Mauricio Duce, Santiago, Ceja, 2005, p. 11-12.
- Duce, Mauricio, Claudio Fuentes y Cristián Riego, “La reforma procesal penal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva”, en Cristián Riego y Mauricio Duce Directores, *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*, Santiago, Ceja, 2008, p. 24-26.
- Durkheim, Émile, *Escritos selectos*, Buenos Aires, Nueva visión, 1993.
- Durkheim, Émile, *El suicidio*, México D.F., Coayacán, 2006.
- Echarri, Fermín y Santiago González, “Aspectos procesales de la delincuencia económica”, en Manuel Jaen y Francisco Bernate, *Colección de autores extranjeros Derecho penal*, Bogotá, Gustavo Ibañez, 2005.
- Ecolex, *Manual de aplicación de normas penales ambientales y del régimen especial de Galápagos*, Quito, Ecolex, 2005.
- Eje de cooperación interinstitucional con órganos autónomos de justicia. Consejo de la Judicatura, *Programa de reestructuración de la Función Judicial. Proyecto de cooperación interinstitucional con organismos autónomos de la Función Judicial*, MEMORANDO No. CJT-CI-2013-044, 30 de enero de 2013.
- El telégrafo, *El cerebro del carro, entre los accesorios más robados*, “<http://www.telegrafo.com.ec/noticias/judicial/item/el-cerebro-del-carro-entre-los-accesorios-mas-robados.html>”, (Consultado el 14 de febrero de 2013).
- Errandonea, Saúl, “El plan piloto en Mar del Plata”, en *Sistemas judiciales*, No. 10, Santiago, Ceja, 2006, p. 123-129.
- Evans, Peter, “¿El eclipse del Estado? Reflexiones sobre la estabilidad en la época de la globalización”, en Miguel Carbonell, Rodolfo Vázquez compiladores, *Globalización y Derecho*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 39-71.

- Falla, Miguel, “Sistema de paz en Perú, la ley y su aplicación”, en *Propuesta de justicia de paz para el Ecuador*, Quito, ProJusticia, 2007, p. 85-109.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.
- Ferrajoli, Luigi, “El Derecho penal mínimo”, en Juan Bustos director, *Prevención y teoría de la pena*, Santiago, Editorial jurídica cono sur, 1995, p. 25-48.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2001, p. 15-17.
- Ferrajoli, Luigi, “El garantismo y el Derecho penal”, en Miguel Rujana, *Derecho penal contemporáneo*, Bogotá, Universidad libre, 2002, p. 24-31.
- Ferrajoli, Luigi, “El paradigma del Derecho penal mínimo”, en Juan Sotomayor coordinador, *Garantismo y Derecho penal*, Bogotá, Temis, 2006, p. 59-64.
- Ferrajoli, Luigi, “Garantías y Derecho penal”, en Juan Sotomayor, *Garantismo y Derecho penal*, Bogotá, Temis, 2006, p. 3-12.
- Ferrajoli, Luigi, “El papel de la Función judicial en el Estado de Derecho”, en Luís Reina, Gustavo Arocena, David Cienfuegos coordinadores, *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, Lima, Jurista, 2007, p. 22-24.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho penal mínimo y otros Aguascalientes ensayos*, México D. F., Comisión Estatal de Derechos Humanos Aguascalientes, 2008.
- Ferrajoli, Luigi, “Criminalidad y globalización”, en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, *Globalización y Derecho*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 145-160.
- Ferrajoli, Luigi, *El Derecho penal mínimo*, “<http://www.derechopenalened.com/docs/ferrajolienderechopenalminimo.pdf>”, (consultado el 30 de septiembre de 2012).
- Ferri, Enrique, *Estudios de antropología criminal*, Madrid, La España moderna, 1895.
- Fierro-Méndez, Heliodoro, *Sistema procesal de EE.UU. Guía elemental para su comprensión*, Bogotá, Ibañez, 2006.
- Fisher, Roger, William Ury y Bruce Patton, *Sí ¡de acuerdo!. Cómo negociar sin ceder*, Bogotá, Norma, 1993.
- Fondo Justicia y Sociedad. Fundación Esquel – USAID, *La evaluación del sistema procesal penal en el Ecuador*, Quito, Fondo Justicia y Sociedad. Fundación Esquel – USAID, 2003.
- Fondo Justicia y Sociedad. Fundación Esquel – USAID, *Segunda evaluación del sistema procesal penal*, Quito, Fondo Justicia y Sociedad. Fundación Esquel – USAID, 2006.
- Fortalecimiento de la justicia, *Manual para la aplicación de procedimientos especiales y salidas alternativas. Soluciones rápidas y efectivas al conflicto penal*, Quito, Fortalecimiento de la justicia, 2012.
- Foucault, Michael, *Microfísica del poder*, Madrid, La piqueta, 1992.
- Fundación marcha blanca, *Proyecto de reformas al sistema penal ecuatoriano*, Quito, Municipio de Quito, 2005.
- Galindo, Pedro, “Indicadores subjetivos, Estudios, calificaciones de riesgo y encuestas de percepción pública sobre los sistemas de justicia. Resultados recientes para las Américas”, en *Sistemas judiciales*, No. 6, Santiago, Ceja, 2003, p. 4-35.
- García-Pablos, Antonio, *Criminología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- Giménez, Antonio, “La neutralización de la víctima”, en *Eguzquillore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, No. 8, San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología, 1994, p. 223-230.

- Gregor, Cletus, “Derecho indígena y medios alternativos de resolución de conflictos”, en *Urbio. Revista Latinoamericana de seguridad ciudadana*, No. 3, Quito, FLACSO, 2008, p. 110-118.
- Grupo de criminólogos críticos latinoamericanos, “Manifiesto del grupo de criminólogos críticos latinoamericanos”, 26a. ed., en Luís Rodríguez, *Criminología*, México D. F., Porrúa, 2012, 445-447.
- Gutiérrez, Alberto, “Suspensión condicional del procedimiento”, en *Sistemas judiciales*, No.12, Santiago, Ceja, 2007, p. 118-130.
- Hart, H., *El concepto de Derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1995.
- Hartmann, Midred, Wilson Martínez, “La detención preventiva y la reforma procesal penal en Colombia”, en *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*, Santiago, Ceja, 2009, p. 213-266.
- Hassemer, Winfried y Francisco Muñoz, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Valencia, Tirand lo blach, 1989.
- Hassemer, Winfried, “El destino de los derechos del ciudadano en el Derecho penal [eficiente]”, en *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992, p. 47-66.
- Hassemer, Winfried, *Crítica al Derecho penal de hoy*, Bogotá; Universidad externado de Colombia, 1997.
- Hassemer, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación penal*, Bogotá, Temis, 1999.
- Hassemer, Winfried, *Por qué no debe suprimirse el Derecho penal*, México D. F., Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.
- Hassemer, Winfried, *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal*, México D. F., Ubijus, 2009.
- Hazan, Luciano, Alan Lud, “Informe de evaluación del proceso de fortalecimiento del sistema acusatorio en la Provincia de Buenos Aires – plan de flagrancia”, en *Reformas procesales penales en América Latina: Resultado del proyecto de seguimiento, V etapa*, Santiago, Ceja, 2009, p. 233-235.
- Hegel, Guillermo, *Filosofía del Derecho*, 5a. ed., Buenos Aires, Claridad, 1968.
- Hobbes, Thomas, *Leviatán. La materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, 2a. ed., México D.F., Fondo de cultura económica, 1980.
- Hobbes, Thomas, *Libertad y necesidad y otros escritos*, Barcelona, Nexos, 1991
- Holmes, Stephen y Cass Susstein, *El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, siglo veintiuno, 2011.
- Hulsman, Lock, Jacqueline Bernat, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, Ariel, Barcelona, 1984.
- Hulsman, Lock, “La criminología crítica y el concepto de delito”, en Juan Bustos, *Prevención y teoría de la pena*, Santiago, Editorial jurídica cono sur, 1995, p. 119-135.
- Hulsman, Lock, “El enfoque abolicionista: políticas criminales alternativas”, en *Criminología crítica y control social*, Rosario, Juris, 2000, p. 75-104.
- Hulsman, Lock, El paradigma abolicionista, “[http://www.alfonsozambrano.com/louk\\_hulsman/hulsman.htm](http://www.alfonsozambrano.com/louk_hulsman/hulsman.htm)”, (consultado 26 de noviembre de 2011).
- Huntington, Samuel, *El orden político en las sociedades en cambio*, Barcelona, Paidós, 1972.
- INECIP – Ceja, “Informe evaluativo del plan piloto para la profundización del sistema acusatorio en Mar del Plata”, en *Sistemas judiciales*, No. 11, Santiago, Ceja, 2006, p.48-67.

- Jakobs, Günter, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- Jakobs, Günter, *Sobre la teoría de la pena*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Jakobs, Günter, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Madrid, Civitas, 2003.
- Jakobs, Günter, *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*, en Günther Jakobs y Manuel Cancio, *Derecho penal del enemigo*, 2a. ed., Navarra, Civitas, 2006, p.21-56.
- Jakobs, Günter, *La pena estatal: significado y finalidad*, Navarra, Civitas, 2006.
- Jennings, Jason, *Piense en grande, actúe en pequeño. Como las compañías más rentables mantienen el espíritu de los pequeños negocios emprendedores*, Bogotá, Norma, 2006.
- Jiménez, Javier, “El proceso penal de los pueblos indígenas de Latinoamérica: Una visión desde Europa”, en *Sistemas Judiciales*, No. 12, Santiago, Ceja, 2007, p. 16-41.
- Hans, Joachim, “Derecho penal material y reparación del daño”, en *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992, p. 53-90.
- Kaiser, Günter, *Introducción a la criminología*, 7a. ed., Madrid, Dykinson, 1988.
- Kaiser, Günter, “La función de la criminología”, en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, No. 6, San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología, 1992, p. 181-191.
- Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, México D. F., Fontamara, 2011.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, 16a. ed., México, Porrúa, 2011, p. 28-40.
- Kindahäuser, Urs, *Teoría de las normas y sistemática del delito*, Lima, Ara, 2008.
- Laporta, Francisco, “Globalización e imperio de la ley algunas dudas westfalianas”, en Miguel Carbonell, Rodolfo Vázquez compiladores, *Globalización y Derecho*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 220-221.
- Larruani, Elena, “Criminología crítica: abolicionismo y garantismo”, en Alfredo del Valle coordinador, *Seguridad pública militarización y derechos humanos*, México D. F., Instituto de Estudios de la Revolución Democrática, 1997, p. 65-103.
- Lima, María, “Servicios de víctimas al delito (un modelo interdisciplinario)”, en *Criminología y Derecho penal*, No. 2, Guayaquil, Edino, 1992, p. 158-196.
- Lima, María, “La situación en Latinoamérica”, en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, No. 7 extraordinario, San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología, 1994, p. 58-64.
- Luhmann, Niklas, *El Derecho como un sistema social*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Naciones Unidas. Consejo económico y social, Comisión de prevención del Delito y Justicia Penal, *Medidas para promover la prevención eficaz del delito*, E/CN.15/2005/15.
- Neuman, Elías, *Victimología. El rol de la víctima en delitos convencionales y no convencionales*, Buenos Aires, 1984.
- Neuman, Elías, *Mediación Penal*, 2a. ed., Buenos Aires, Universidad, 2005.
- Nino, Carlos, “La huida frente a las penas”, en Gustavo Maurino editor, *Los escritos de Carlos Nino*, Gedisa, 2007, p. 137-150.
- Nino, Carlos, “Respuesta a Zaffaroni”, en Gustavo Maurino editor, *Los escritos de Carlos Nino*, Gedisa, 2007, p. 152.

- Maier, Julio, "El ingreso de la reparación como tercera vía al Derecho penal argentino", en *El Derecho penal hoy: el homenaje al profesor David Baigun*, Buenos Aires, 1995, Editores del puerto, p. 27-52.
- Magnaud, *Las sentencias del magistrado Magnaud. Reunidas y comentadas*, (Comp.) Henry Leyret, 2a. ed., Madrid, Hijos de Reus, 1909, p. 63-66.
- Marchisio, Adrián, "Principio de oportunidad, Ministerio público y política criminal", en *Sistemas judiciales*, No. 10, Santiago, Ceja, 2006, p. 62-77.
- Martínez, Mauricio, "Alternativas al sistema penal en la corriente abolicionista", en *Criminología y Derecho penal*, No. 1, Guayaquil, Edino, 1991, p. 14-18.
- Más noticias, Impunidad delictiva con últimas reformas, "<http://www.masnoticias.com.ec/4314-impunidad-delictiva-con-ultimas-reformas.html>", (consultado el 19 de febrero de 2013).
- Mead, George, *Espíritu, persona y sociedad*, 3a. ed., Buenos Aires, Paidós, 1972.
- Melossi, Dario y Massimo Pavarini, *Cárcel y Fábrica los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, México, Siglo veintiuno, 1980.
- Melossi, Dario, *El estado del Control social*, México D. F., Siglo veintiuno, 1992.
- Mendaña, Ricardo, Alicia Arias, "El Ministerio Público y la [Atención primaria] de la conflictividad penal", en *Urbio. Revista Latinoamericana de seguridad ciudadana*, No. 3, Quito, FLACSO, 2008, p. 21-32.
- Merton, Robert, *Teoría y estructura sociales*, México D. F., Fondo de cultura económica, 1992.
- Messuti, Ana, "Criminología marginal y derechos humanos", en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, No. 8, San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología, 1994, p. 53-58.
- Middendorff, Wolf, "Estudios sobre la delincuencia en el tráfico", en *Estudios de Psicología criminal*, Vol. XII, Madrid, Espasa-Calpe, 1976
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, "Anteproyecto de código de garantías penales. La constitucionalización del Derecho penal", Ramiro Ávila editor, *Serie justicia y derechos humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad*, No. 17, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, *Programa para la gestión y aplicación de medidas socioeducativas: no privativas de la libertad para adolescentes en conflicto con la ley penal*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011.
- Ministerio Público, *Informe de labores 2006*, Quito, Ministerio Público, 2006.
- Moccia, Sergio, "Seguridad y sistema penal", en Cancio Melía, Gomez-Jara Díez, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. II, Madrid, Edisofer, 2006, p. 299-320.
- Mora, Luis, "Apuntes sobre los sistemas judiciales latinoamericanos", en *Sistemas judiciales*, No. 6, Santiago, Ceja, 2003, p. 39-44.
- Moreno, Juan, "¿Un Derecho procesal de enemigos?", en Cancio Melía, Gomez-Jara Díez, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. I, Madrid, Edisofer, 2006, p. 457-472
- Moreso, José, "Alexi y la aritmética de la ponderación", en Miguel Carbonell editor, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 69-83.
- Moreso, José, "Comanducci sobre neoconstitucionalismo", en Miguel Carbonell y Leonardo García, *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 193-206.

- Morris, Ruth, "Educación comunitaria una herramienta clave para la abolición de las penas", en *Archivos de criminología neuro-psiquiatría y disciplinas conexas*, No. 30-31, Quito, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador, 1993, p. 244-259.
- Morris, Ruth, "Un sendero realista a la justicia transformativa", en *Archivos de criminología neuro-psiquiatría y disciplinas conexas*, No. 30-31, Quito, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador, 1993, p. 232-243.
- Morrison, Andrew, Mayra Buvinic, Michel shifter, "América violenta: factores de riesgo, consecuencias e implicaciones para las políticas sobre la violencia social y doméstica", en Hugo Frühling, Joseph Tulchin, Heather Golding, *Crimen y violencia en América Latina*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 117-151.
- Muñoz, Francisco, *Derecho penal. Parte general*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- Muñoz, Francisco, "Derecho penal y Control social", en *Monografías jurídicas*, No. 98, Bogotá, Temis. 1999.
- Muñoz, Francisco, "Introducción", en *Política criminal y sistema del Derecho penal*, Claus Roxin, 18-29, Buenos Aires, Hammurabi, 2000.
- Muñoz, Orlando, *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*, Bogotá, Legis, 2008.
- Observatorio metropolitano de seguridad ciudadana, *Informe No. 1*, Enero noviembre 2003, (Municipio del Distrito Metropolitano de Quito: Quito, 2003).
- Ottenhof, Reynald, "El nuevo código procesal francés y la administración penitenciaria", en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, No. 8, San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología, 1994, p. 163-164.
- Paliero, Carlo, "La [doble función] del bien jurídico en el ordenamiento constitucional italiano", en Santiago Mir y Joan Queralt Directores, *Constitución y principios del Derecho penal: algunas bases constitucionales*, México D. F., 2012, p. 140-141.
- Pasará, Luís, "La agenda futura de la justicia en la región", en *Sistemas judiciales*, No. 4, Santiago, Ceja, 2002, p. 81-83.
- Pasará, Luís, "Cómo evaluar el estado de la justicia", en *Sistemas judiciales*, No. 6, Santiago, Ceja, 2003, p. 36-38.
- Pasará, Luís, "Introducción", en Luís Pasará editor, *El funcionamiento de la justicias del Estado*, Quito Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011, p. xi-xiv.
- Pastor, Daniel, "La prisión preventiva, problemas actuales y soluciones", en Luís Reina, Gustavo Arocena, David Cienfuegos coordinadores, *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, Lima, Jurista, 2007, p. 153-190.
- Pavarini, Massimo, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Buenos Aires, Siglo veintiuno, 2002.
- Peña, Carlos, "Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos", en *Resolución alternativa de conflictos*, Quito, CLD, 1997, p. 19-48.
- Pérez, Agustín, "Efectos del auge delictivo", en Alfredo del Valle coordinador, *Seguridad pública militarización y derechos humanos*, México D. F., Instituto de Estudios de la Revolución Democrática, 1997, p. 57-65.
- Perri, Evangelina, "La justicia vecinal desde la mirada del vecino", en *Sistemas judiciales*, No. 12, Santiago, Ceja, 2007, p. 64-69.
- Peters, Tony, "El futuro de las prisiones los valores esenciales", en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, No. 6 extraordinario, San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología, 1993, p. 101-109.



- Peters, Tony, Archille Neys, “La pena considerada desde una perspectiva de la reparación”, en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, No. 8, San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología, 1994, p. 165-195.
- Ponce, Juli, “La perspectiva urbanística”, en *La seguridad pública ante el Derecho penal*, Santiago Mir y Joan Qurlalt directores, Madrid, Edisofer, 2010, p. 33-50.
- Prieto, Luís, “El juicio de ponderación constitucional”, en Miguel Carbonell (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 85-123.
- Quirós, Jenny, “Implementación de la oralidad en materias distintas a la penal en Costa Rica”, en *Reformas de la justicia en América Latina. Experiencias de innovación*, Santiago, Ceja, 2010, p. 305-369.
- Radbruch, Gustav, “Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes”, en *Derecho injusto y Derecho nulo*, Madrid, Aguilar, 1971, p. 3-22.
- Radbruch, Gustav, “El relativismo en la filosofía del Derecho”, en Luís Villar Compilador, *Relativismo y Derecho*, Bogotá, Temis, 2009, p. 1-3.
- Ramírez, Luís, “Reforma de la justicia penal y prisión preventiva en Guatemala”, en *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*, Santiago, Ceja, 2009, p. 343-409.
- Ramírez, Silvina, “Justicia penal y pueblos indígenas. Una agenda pendiente”, en *Sistemas judiciales*, No. 12, Santiago, Ceja, 2007, p. 6-15.
- Rawls, Jhon, *Teoría de la justicia*, 2da. ed., México D.F., Fondo de cultura económico, 1979.
- Riego, Cristián, “Informe comparativo. Proyecto [seguimiento de los procesos de reforma en América Latina]”, en *Sistema judiciales*, No. 3, Santiago, Ceja, 2002, p. 12-58.
- Riego, Cristián, “Los jueces y la información. Sistemas de información e instituciones judiciales en el marco de la reforma judicial”, en *Sistemas judiciales*, No. 6, Santiago, Ceja, 2003, p. 45-47.
- Riego, Cristián, “Informe comparativo. Proyecto de seguimiento de los procesos de reforma en América Latina”, en *Sistema judiciales*, No. 8, Santiago, Ceja, 2005, p. 4-22.
- Riego, Cristián, “Presentación”, en *Reformas de la justicia en América Latina. Experiencias de innovación*, Santiago, Ceja, 2010, p. 7-8.
- Rivera, Víctor, Edgar Pacay, Oscar Vasquez y otro, “Justicia de pequeñas causas en Guatemala. Juzgados móviles”, en *Sistemas judiciales*, No. 12, Santiago, Ceja, 2007, p. 60-63.
- Rodríguez, Luís, “Control social en América Latina”, en *Criminología y Derecho penal*, No. 1, Guayaquil, Edino, 1991, p. 100-108.
- Rodríguez, Luís, “Panorama de las alternativas a la prisión en América Latina”, en Elías Carranza, Mario Houed, Nicholas Liverpool y otros, *Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe*, Buenos Aires, ILANUD, 1992, p. 15-82.
- Rodríguez, Luís, *Victimología*, México D. F., Porrúa, 2010.
- Rodríguez, Luís, *Criminología*, México D. F., Porrúa, 2012.
- Rousseau, Juan, *El contrato social*, Medellín, Comedia de papel, 1996.
- Roxin, Claus, *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, Reus, 1976.
- Roxin, Claus, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Madrid, Reus, 1981.
- Roxin, Claus, “La reparación en el sistema de los fines de la pena”, en *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992, 127-156.
- Roxin, Claus, *Política y estructura del delito*, Barcelona, PPU, 1992.

- Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, Madrid, Cívitas, 1997.
- Roxin, Claus, “Contestación”, en Jesús Silva editor, *Política criminal y nuevo Derecho penal: Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, Bosh, 1997, p. 35-38.
- Roxin, Claus, *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- Roxin, Claus, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, 2a. ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2002.
- Roxin, Claus, “Debate: ¿existe o no la posibilidad de vincular ontologismo y normativismo como bases de la política criminal y la dogmática criminal?”, en Moises Moreno coordinador, *Problemas capitales del moderno Derecho penal a principios del siglo XXI*, México D. F., Ius Poenale, 2003, p. 279-280.
- Roxin, Claus, “Normativismo, política criminal y empirismo en la dogmática penal”, en Moises Moreno coordinador, *Problemas capitales del moderno Derecho penal a principios del siglo XXI*, México D. F., Ius Poenale, 2003, p. 23-37.
- Roxin, Claus. *Problemas actuales de dogmática penal*. Ara, Lima, 2004.
- Roxin, Claus, “El injusto penal en el campo de tensión entre protección de bienes jurídicos y libertad individual”, en *Derecho penal y modernidad*, Lima, Ara, 2010.
- Roxin, Claus, “La teoría del fin de la pena en la jurisprudencia del tribunal constitucional alemán”, México D. F., en Santiago Mir y Joan Queralt (Dir.), *Constitución y principios del Derecho penal: algunas bases constitucionales*, México D. F., Tirant lo Blanch, 2012, p. 231-249.
- Roxin, Claus, *El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico penal en Alemania*, “<http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=48806>”, (consultado el 11 de enero de 2013).
- Ruiz, Juan, “Principios objetivos y derechos”, en Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Para una teoría pospositivista del Derecho*, Lima, Palestra, 2009, p. 87-126.
- San Martín, María, *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico criminológicos (del presente francés al futuro español)*, Bilbao, Gobierno Vasco, 1997.
- Sandoval, Emiro, *Penología*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Schemerler, Karin, “Resolviendo delitos y problemas de alteración del orden a través de la investigación aplicada”, en *Análisis delictual: enfoque y metodología para la reducción del delito*, Santiago, Fundación paz ciudadana, 2010, p. 107-131.
- Schiappa, Luís, “Prisión preventiva y reforma procesal penal en Argentina”, en *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*, Vol. 2. Santiago, Ceja, 2011, p. 13-126.
- Schur, Edwin, “Reactions to deviance: a critical Assessment”, en *American journal of sociology*, *The University of Chicago press*, Vol.25, No. 3, Chicago, 1969, p. 309-322.
- Shüneman, Bern, “Cuestiones Básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global”, en Luís Reina, Gustavo Arocena, David Cienfuegos coordinadores, *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, Lima, Jurista, 2007, p. 197-201.
- Silva, Jesús, “Política criminal y dogmática: algunas cuestiones sobre sus contenidos y límites”, en Jesús Silva editor, *Política criminal y nuevo Derecho penal: Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, Bosh, 1997, p. 17-29.
- Silva, Jesús, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 1999.

- Simon, Farith, "Criminalidad y respuesta del sistema penal", en Luís Pasará editor, *El funcionamiento de la justicias del Estado*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011, p. 133- 148.
- SOAT, *Como opera el SOAT, Como obtener los beneficios, Corporación de aseguradoras del SOAT*, "<http://www.soatecuador.info/operasoat.html>", (consultado el 12 de febrero de 2013).
- SOAT, *El FONSAT Corporación de aseguradoras del SOAT*, "<http://www.soatecuador.info/fonsat.html>", (consultado el 12 de febrero de 2013).
- SOAT, "*Normativa legal vigente Corporación de aseguradoras del SOAT*", "<http://www.soatecuador.info/normativa.html>", (consultado el 12 de febrero de 2013).
- SOAT, *Preguntas frecuentes. Corporación de aseguradoras del SOAT*, "<http://www.soatecuador.info/preguntas.html>", (consultado el 12 de febrero de 2013).
- SOAT, *¿Qué es el SOAT?*, "<http://www.soatecuador.info/elsoat.html>", (consultado el 12 de febrero de 2013).
- Sutherland, Edwin, "Development of the theory", en Schuessler K. editor, *Edwin Sutherland on Analyzing Crime*, Univ. of Chicago Press, Chicago, 1973.
- Szabó, Denis, *Criminología y política en materia criminal*, México D.F., Siglo veintiuno, 1985, p. 215-216.
- Taylor, Ian, Paul Walton, Jock Young, *La nueva criminología. Contribución a una nueva teoría social de la conducta desviada*, Buenos Aires, Amorrortu, 1977.
- Tilley, Nick, Gloria Laycock, "De la prevención del delito a la ciencia del delito". En *Análisis delictual: enfoque y metodología para la reducción del delito*, 9-25. Santiago, Fundación Paz Ciudadana, 2010.
- Trachuk, Brian, "Alternativas a la prisión una alternativa canadiense e internacional", en Elías Carranza Cordinador, *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles*, Siglo veintiuno, México D. F., 2001, p. 237-256.
- Trillo, Jesús, *Delitos económicos. La respuesta penal a los rendimientos de la delincuencia económica*, Madrid, Dykinson, 2008.
- UNICRI, "La victimización delictiva una perspectiva mundial", en *Archivos de criminología neuro-psiquiatría y disciplinas conexas*, No. 30-31, Quito, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador, 1993, p. 260-273.
- Urry, William, *¡Supere el no!*, Bogotá, Norma, 1993.
- Valdés, M., "Trastornos de personalidad", en J. Vallejo, *Introducción a la psicopatología y la psiquiatría*, 3a. ed., Barcelona, Mansson, 1991, p. 508-529.
- Vargas, Juan, "Eficiencia en la justicia", en *Sistemas judiciales*, No. 6, Santiago, Ceja, 2003, p. 68-92.
- Vargas, Juan, "Herramientas para el diseño de despachos judiciales", en *Sistemas judiciales*, No. 10, Santiago, Ceja, 2006, p. 78-103.
- Vargas, Juan, "Prólogo", en *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, Diego Zalamea, Santiago, Ceja, 2007, p. 7-11.
- Vargas, Juan, "La nueva generación de reformas procesales penales en Latinoamérica", en *Urbio. Revista Latinoamericana de seguridad ciudadana*, No. 3, Quito, FLACSO, 2008, p. 33-47.
- Vargas, Juan, Desafíos actuales del Ministerio Público chileno, en *Análisis delictual: enfoque y metodología para la reducción del delito*, 133-143. Santiago, Fundación Paz Ciudadana, 2010.

- Vetrix, Claudia, “La prisión preventiva en Perú. Estudio de 112 audiencias en 7 distritos judiciales con el nuevo código procesal penal”, en *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*, Vol. 2., Santiago, Ceja, 2011, p. 227-319.
- Von Hirsch, Andrew, *Censurar y castigar*, Madrid, Trotta, 1998.
- Young, Jock, “El fracaso de la criminología: la necesidad de un realismo radical”, en *Criminología crítica y control social*, Rosario, Juris, 2000, p. 7-41.
- Waller, Irvin, *Menos represión. Más seguridad. Verdades y mentirás acerca de la lucha contra la delincuencia*, México D. F., Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2007.
- Zaffaroni, Eugenio, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina: primer informe*, Buenos Aires, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1984.
- Zaffaroni, Eugenio, *Manual de Derecho penal*, México D.F., Cardenas, 1986.
- Zaffaroni, Eugenio, *Sistemas penales y derechos humanos: informe final*, Buenos Aires, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1986.
- Zaffaroni, Eugenio, *Criminología: aproximación desde un margen*, Vol. I, Bogotá, Temis, 1988.
- Zaffaroni, Eugenio, “La crítica al Derecho penal y el porvenir de la dogmática jurídica”, en José de la Cuesta, Iñaki Dendaluze y Enrique Echuburúa compiladores, *Libro homenaje al profesor Antonio Beristain*, San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología, 1989, p. 434.
- Zaffaroni, Eugenio, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, Bogotá, Temis, 1990.
- Zaffaroni, Eugenio, “La corrupción su perspectiva latinoamericana”, en *Criminología y Derecho penal*, No. 1, Guayaquil, Edino, 1991, p. 172-179.
- Zaffaroni, Eugenio, “Presentación”, en Elías Carranza, Mario Houed, Nicholas Liverpool y otros, *Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe*, Buenos Aires, Ilanud, 1992.
- Zaffaroni, Eugenio, *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, Caracas, Monte Ávila, 1993.
- Zaffaroni, Eugenio, “Perspectivas de las investigaciones internacionales sobre la delincuencia y la conducta delictiva”, en *Archivos de criminología neuropsiquiatría y disciplinas conexas*, No. 30-31, Quito, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador, 1993, p. 209-231.
- Zaffaroni, Eugenio, “Tenda dos milagres o la denuncia del apartheid criminológico”, en *Criminología y Derecho penal*. No 3-4, Guayaquil, Edino, 1993, p. 163-188.
- Zaffaroni, Eugenio, “Investigaciones sobre delincuencia”, en *Eguzkimore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, No. 8, San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología, 1994, p. 89-104.
- Zaffaroni, Eugenio, “Minorías y poder punitivo”, en *Eguzkimore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, No. 7, San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología, 1994, p. 83-92.
- Zaffaroni, Eugenio, “Tendencias finiseculares del Derecho penal”, en José Luis Soberanes, *Tendencias actuales del Derecho*, México D.F., Fondo de cultura económica, 1994, p. 165-172.
- Zaffaroni, Eugenio, “Dimensión política de un Derecho penal democrático”, en Santiago Andrade, Luís Ávila editores, *La transformación de la justicia*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1998, p. 109-152.

- Zaffaroni, Eugenio, *Códigos penales de los Países de América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000.
- Zaffaroni, Eugenio, “Derechos humanos y sistemas penales en América Latina”, en *Criminología crítica y control social*, Rosario, Juris, 2000, p. 63-74
- Zaffaroni, Eugenio, *Criminología como curso*, en *Política criminal, derechos humanos y sistemas jurídicos en el siglo XXI*, Buenos Aires, Depalma, 2001, p. 926.
- Zaffaroni, Eugenio, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Sociedad anónima editora, 2a. Ed. 2002.
- Zaffaroni, Eugenio, *En torno de la cuestión penal*, Montevideo, Bdef, 2005.
- Zaffaroni, Eugenio, *Tratado de Derecho penal parte general*, Vol. II, Buenos Aires, Ediar, 2005.
- Zaffaroni, Eugenio, *El enemigo en el Derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2006.
- Zaffaroni, Eugenio, “Presentación del Anteproyecto de código de garantías penales del Ecuador”, en Ramiro Ávila coordinador, *Anteproyecto de Código de garantías penales. La constitucionalización del Derecho Penal, Serie justicia y derechos humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad*, No. 17, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 11-19.
- Zaffaroni, Eugenio, *¿Nos faltará Lock!*, “<http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/homenajehulsman/louk1.pdf>”, (consultado el 1 de noviembre de 2011).
- Zaffaroni, Eugenio, *¿Vale la pena?*, “[http://bibliotecadigital.uns.edu.ar/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1669-86732005000100003&lng=pt&nrm=iso](http://bibliotecadigital.uns.edu.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1669-86732005000100003&lng=pt&nrm=iso)”, (consultado el 24 de noviembre de 2012).
- Zaffaroni, Eugenio, *Réplica (Cierre del debate)*, 24 de noviembre de 2012, “[http://www.uns.edu.ar/programa/ediciones/edicion1/05\\_edicion1.pdf](http://www.uns.edu.ar/programa/ediciones/edicion1/05_edicion1.pdf)”, (Consultado el 24 de febrero de 2014).
- Zalamea, Diego, “Unidad de depuración de causas”, en *Reformas procesales penales en América Latina: Experiencias de innovación*, editor Mauricio Duce, Santiago, Ceja, 2005, p. 77-101.
- Zalamea, Diego, *La reforma procesal penal en Ecuador: Experiencias de innovación*, Santiago, Ceja, 2007.
- Zalamea, Diego, “Reporte del estado de la prisión preventiva en el Ecuador”, en *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*, Santiago, Ceja, 2009, p. 267-341.
- Zalamea, Diego, “La unidad de antecedentes penales: un relato de los servicios de evaluación en Ecuador”, en Martin Shönteich y Denisse Tomasini-Joshi, *Programas de medidas cautelares. Experiencias para equilibrar presunción de inocencia y seguridad ciudadana*, Monterrey, Open Society. Justice initiative, 2010, p. 23-30.
- Zalamea, Diego, “Manual de litigación penal: audiencias previas al juicio”, en *Serie justicia y defensa*, N° 3, Quito, Defensoría Pública del Ecuador.
- Zavala, Zarela, “Justicia de paz letrada en comisarías. Las sumas y restas del sistema”, en *Urbio. Revista Latinoamericana de seguridad ciudadana*, No. 3, Quito, FLACSO, 2008, p. 96-103.
- Zavala, Jorge, *Delitos contra la propiedad*, Tomo I, Guayaquil, Edino, 1988
- Zavala, Jorge, *Delitos contra la propiedad*, Tomo III, Guayaquil, Edino, 1992.
- Zavala, Jorge, *Delitos contra la fe pública*, Tomo I, Guayaquil, Edino, 1993
- Zavala, Jorge, *Delitos contra las personas*, Tomo I, Guayaquil, Edino, sin año.
- Zúñiga, Laura, *Política criminal*, Madrid, Colex, 2001.