

**TESIS DEL MASTER PROPIO DE DERECHO PENAL**

**UNIVERSIDAD DE SEVILLA**

**DERECHO PENAL LEGISLATIVO - LA EXPANSIÓN DEL DERECHO  
PENAL SIMBÓLICO**

**FELIPE ANDRÉS RODRÍGUEZ MORENO**

# ÍNDICE

## PRÓLOGO

### I. PRIMER CAPÍTULO

1. Introducción
2. La política criminal y la política penal
3. Los objetivos de la pena para el Derecho Penal
  - 3.1. Protección de bienes jurídicos
  - 3.2. Justicia retributiva
  - 3.3. Prevención general negativa y positiva
  - 3.4. Prevención especial
  - 3.5. El absurdo de la Rehabilitación y de la Resocialización
  - 3.6. Reafirmar la vigencia real de la norma
  - 3.7. Toma de postura sobre la función de la pena

### II. SEGUNDO CAPÍTULO

#### 4. El Derecho Penal Simbólico

- 4.1 Concepto
- 4.2. Doctrina

### III. TERCER CAPÍTULO

#### 5. El Derecho Penal Simbólico Normativo

- 5.1. Proceso para conseguir legislativamente un Derecho Penal Simbólico
  - 5.1.1. Hechos reales
  - 5.1.2. Marketing de los medios de comunicación
  - 5.1.3. Incitación al escándalo social mediante difusión lucro-intencionada
  - 5.1.4. Patrocinio de agentes sociales determinados
  - 5.1.5. Soluciones legislativas urgentes
    - 5.1.5.1. La sed Política sobre la necesidad del Derecho
  - 5.1.6. Normativización del Derecho Penal Simbólico
6. Constatación de delitos imperseguidos
7. Conclusiones

## BIBLIOGRAFÍA

## I. PRIMER CAPÍTULO

Cada situación nos sorprende sin nociones claras ni conceptos diferenciados que colaboren en la faena de la articulación de nuestras posibilidades. Como no se analizan los hechos, se ha atrofiado en toda la esencial función de descomponer los elementos de cada problema de nuestro vivir político. Este es el origen psicológico de la aberración común que nos hace esperar en cada cambio gubernativo una reconstrucción nacional subitánea y unos reconstructores milagrosos cuanto ignorados.<sup>1</sup>

<Julio E. Moreno>

### 1. Introducción

Ha transcurrido cerca de doce mil años desde que el hombre dejó a un lado la vida de nómada y decidió, gracias al desarrollo de la agricultura, empezar a formar pequeñas comunidades, convirtiéndose en sedentario. Sin embargo, no podemos decir, que por ejemplo en Mesopotamia o Jericó, en aproximadamente el año 9,500 a.C., tuviéremos ya una sociedad plenamente estructurada, puesto que sería y es solo el Derecho, el capaz de permitir que una sociedad funcione con armonía, porque donde no hay Derecho no hay concordia, y donde no hay armonía no hay sociedad posible.

El primer antecedente del Derecho que hoy en día conocemos, nace inicialmente con las culturas que hicieron que el Derecho deje de ser una tradición oral y lo convirtieron en una corriente escrita. Las religiones fueron las primeras en lograrlo, con sus textos sagrados, que siempre han sido, y en muchos lugares siguen

---

<sup>1</sup> MORENO, Julio E. *Pensamiento Filosófico Social*. Corporación Editora Nacional. Banco Central del Ecuador. Quito. 1979. p. 61.

siendo, la norma *mater* que rige la vida de algunos países. Qué mejor ejemplo que las Leyes de Manu, que datan del siglo XIII a.C., del Deuteronomio del Torá Judío, o de la famosa Ley del Talión.

A pesar de lo mencionado, sólo con Roma, y gracias a Roma, podemos hablar por primera vez de una codificación moderna, donde el Senado Romano, partiendo de las ideas legislativas de PERICLES y TEMÍSTOCLES de Grecia, se convirtieron en un órgano legislativo y entendieron que exclusivamente mediante la ley escrita se podía poner en orden a una sociedad, requisito indispensable para sobrevivir en un mundo donde las guerras de expansión dominaban el mundo conocido.

Es común leer la historia legislativa de Roma y encontrarnos con leyes tales como: la *Lex Elia Sentia*<sup>2</sup>, *Lex Aquilia*<sup>3</sup>, *Lex Cecilia Didia*<sup>4</sup>, *Lex Cornelia* (traiciones)<sup>5</sup>, *Lex Julia* y *Lex Juliae*<sup>6</sup> y la *Lex Porcia I, II, III*<sup>7</sup>. Además de aquello “civilizado” que legislaba el Senado, existieron las XII Tablas<sup>8</sup>, donde se regulaba el Derecho Procesal Privado, el Derecho de Familia y Sucesiones, Derecho de obligaciones y derechos reales, Derecho Penal y Procesal Penal, etc.; y es que no importa hacia donde miremos, vivamos en Ecuador, España, Argentina, México, Portugal, Francia, Alemania o Rumanía, nuestro Derecho y estructura social es Romana, desde señalar en círculos rojos en el calendario gregoriano<sup>9</sup> –*caleda* en latín– las fechas importantes o hasta utilizar las reglas de la prescripción adquisitiva de dominio, todo es Roma, todo es tal cual se hizo en Roma y tal cual Roma nos heredó.

---

<sup>2</sup> Ley que regulaba la manumisión de los esclavos.

<sup>3</sup> Ley que regulaba el procedimiento para pagar daños y perjuicios cuando se lesionaba bienes ajenos.

<sup>4</sup> Ley que regulaba el procedimiento para la aprobación de leyes ya sea en el Senado o en la Asamblea del Pueblo.

<sup>5</sup> Ley de Lucio Cornelio Sila para que los gobernadores de las provincias romanas no abusaran de sus cargos contra las personas y sus propiedades.

<sup>6</sup> Leyes que regulaban las distintas formas de matrimonio y requisitos para segundas nupcias.

<sup>7</sup> Leyes que regulaban el sistema de recursos horizontales y verticales en materia penal, estableciendo el derecho a la apelación en casos de pena capital, a no ser flagelados sin proceso ni sentencia, etc. No se debe confundir estas leyes con las de Marco Porcio Catón (ya sea “el viejo” o “el joven”), éstas pertenecían a un tal Porcio Laeca.

<sup>8</sup> **Comentario:** Muchos autores niegan la existencia de las XII Tablas porque éstas nunca fueron halladas, pero todos los documentos históricos, resoluciones del Senado y libros publicados en la época, como de Polibio, Tácito, Marco Tulio Cicerón o Cayo Julio César, la mencionan como una base jurídica de aplicación primordial. Por este motivo negar su existencia es desacreditar todos los elementos históricos que si se reconocen como verdaderos, cayendo en una contradicción indigna para un historiador.

<sup>9</sup> El Calendario Gregoriano es el que se usa actualmente en casi todo el mundo y es el formato que, gracias al Papa Gregorio XIII, remplazó en 1582 al Calendario Juliano, cuyo formato fue modificado y oficializado por Cayo Julio César. En todo caso, el Calendario Gregoriano está basado en el Calendario Juliano, y lo modifica mínimamente.

Me atrevo a decir que los latinoamericanos, antes que españoles, somos romanos; que los españoles, antes que visigodos, son romanos; que los ingleses, antes que durotrigues o celtas, son romanos.

Gracias a los cimientos de Roma y a la magnífica obra recopiladora de JUSTINIANO<sup>10</sup> y al posterior trabajo de los glosadores en universidades europeas tales como la de Bolonia, podemos llegar a Napoleone Buona Parte<sup>11</sup>, o Napoleón Bonaparte como hoy se lo conoce, quien con su Código Civil “Napoleónico” cambió el mundo, o por lo menos recuperó a aquel Derecho y Justicia que la Iglesia Católica se dedicó a enterrar durante cientos de años, solo para saciar su sed de riqueza y ambición, a costa no solo de vidas inocentes, sino del desarrollo cultural, científico y académico de los pueblos.

Hoy, entre otros, gracias a Roma, a la iluminación, a la ilustración, al club Jacobino liderado por Robespierre y Napoleone Buona Parte, podemos hablar de Derecho en todo el sentido de la palabra, y con estos antecedentes podemos, rápidamente, introducirnos al Derecho Penal.

ROUSSEAU crea el concepto más claro y didáctico de cómo funciona una sociedad, y principalmente de su “por qué”, en su libro: “El Contrato Social o Principios de Derecho Político”, donde podemos concluir que la sociedad existe porque los individuos, por necesidad, abandonamos el estado de naturaleza y libertad para sobrevivir, cediendo parte de nuestra libertad a un soberano, para que nos administre y nos de, sobre todo: “seguridad”, creando armonía, destruyendo el estado de naturaleza del hombre y formando un conjunto armónico de personas con un mismo fin: la seguridad.<sup>12</sup>

No se equivoca BECCARIA cuando dice:

*“Fue, pues, la necesidad lo que constriñó a los hombres a ceder parte de su libertad; es cierto, por consiguiente, que nadie quiere poner de ella en el fondo público más que la mínima porción posible, la exclusivamente suficiente para inducir a los demás*

---

<sup>10</sup> Quien era emperador bizantino y no romano como suele creerse.

<sup>11</sup> Esta es la forma correcta de escribir su nombre, en un formato italiano y no francés, ya que Napoleón era corso.

<sup>12</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. *El Contrato Social o Principios de Derecho Político*. Editorial elaleph.com. Libro en PDF.

*a que lo defiendan a él. La suma de esas mínimas porciones posibles constituye el derecho de castigar; todo lo demás es abuso, no justicia; es hecho, no derecho”<sup>13</sup>*

El *ius puniendi* es el principio rector que permite al Estado, como ente legal, tener la atribución de sancionar, utilizando violencia legitimada legislativa y democráticamente para coaccionar a aquellos individuos que amenazan a la estabilidad del Estado y, por lo mismo, a la armonía comunitaria. Entonces, el derecho a castigar se manifiesta normativamente con una rama del Derecho, conocida por todos, como Derecho Penal.

Es innegable, aunque algunos anarquistas jurídicos pretendan negarlo, que la sociedad puede sobrevivir (no sin dificultades técnicas) sin el Derecho civil, administrativo, comercial, tributario, etc., pero jamás una sociedad puede subsistir sin el Derecho Penal.

El Derecho Penal es la rama del Derecho que tiene mayor importancia en un ordenamiento jurídico, puesto que es la única que puede garantizar que exista coerción social, y por lo mismo, es la única rama que garantiza que la sociedad no perezca y mantenga la esencia de los principios que motivan su propia existencia.

La sociedad, al estar constituida por personas, es decir, humanos, es susceptible de que sus propias células atenten contra su organismo, siendo el ser humano un animal que, por su naturaleza, es egoísta, y definitivamente el lobo de su propia especie; lo único que es capaz de reprimir al ser humano de sus instintos naturales, es decir, salvajes, por lo mismo, contrarios al Estado, es el Derecho Penal, que consigue que los humanos caminen en una sola dirección y con un solo propósito, la seguridad jurídica, única forma que permite la existencia de la “seguridad” por la cual hoy formamos todos parte de un Contrato Social.

No niego que la cultura y los valores que rigen a cada sociedad creen un nexo irrefutable entre los integrantes de la sociedad, donde a cada uno, según las costumbres del lugar donde hayamos nacidos, nos inculcan desde pequeños las arbitrarias teorías de lo que está bien y de lo que está mal. Sin embargo, estos campos de fuerza culturales no son infinitos, porque bajo nuestra piel civilizada subsiste una naturaleza salvaje reprimida.

---

<sup>13</sup> BECCARIA, Cesare. *De Los Delitos y de las Penas*. Tercera edición. Editorial Temis. S.A. Bogotá. 2006. p. 11.

Nos unimos por necesidad, porque descubrimos que especializándonos seríamos más eficientes, pero sobre todo, porque el mundo es muy pequeño y nosotros somos demasiados; el espacio físico no nos permite vivir autónomamente sin que nos matemos unos a otros. Esta es la razón por la cual, para poder dormir tranquilos, nos unimos, con la intención utilitarista de cuidarnos unos a otros. ¿Pero si uno de nosotros nos traiciona y no existe consecuencia jurídica para sus actos? Entonces el sistema deja de estar vigente y el salvaje que llevamos dentro tiene menos razones para no exteriorizarse. Necesitamos ser motivados, y si las reproches morales y éticos son efervescentes e inofensivos, es sólo el Derecho Penal la garantía que no queda.

Existen célebres autores, como ZAFFARONI o GRACIA MARTÍN, que si bien son eminencias de nuestra época y académicos cuya probidad cultural nadie puede negar, se dedican mayoritariamente a desprestigiar la dogmática Penal y a utilizarla sofisticadamente como justificante de los errores y atrocidades que suceden gracias a un Derecho Penal mal utilizado, pretendiendo por último, justificar, que es posible una sociedad sin Derecho Penal.

Afortunadamente este tipo de autores se equivocan, y se equivocan precisamente porque basan sus teorías en sociedades ideales, en seres supremos, en superhombres como diría JAKOBS, sin embargo, estos seres perfectos que constituyen “supersociedades” no existen, y si ellos (estos autores) se consideran superhombres, entonces deberán verificar que son los únicos y que por lo mismo ellos no pueden considerarse un todo. Mientras las sociedades estén constituidas por Homo Sapiens Sapiens deberán poner la supervivencia del Estado en manos del Derecho Penal, el único garante, desde hace miles de años, de que hoy podamos caminar con la certeza (aunque hoy algo endeble) de que toda causa tiene una consecuencia, y que por lo tanto mañana amaneceremos vivos.

¿Existe ingenuo que piense que esta rodeado de prohombres que suprimieron sus instintos animales en pro de una sociedad culta, educada, civilizada? Probablemente sí. La realidad es que no estamos muy lejos de ser superhombres. Si bien somos la especie animal superior en comparación de las otras especies, no somos tan superiores como algunos idealistas imaginan. Somos utilitaristas, eso nos hace racionales. Estamos juntos porque nos conviene, no porque esa sea nuestra naturaleza,

pero somos tan volubles que si nos motivan paulatinamente con mensajes comunicacionales sobre las consecuencias que tienen nuestros actos, el contrato social de Rousseau ya se hubiera disuelto y viviríamos lo que en palabras de HOBBS es una *bellum omnium contra omnes*<sup>14\*</sup>.

¿Entonces no matamos, no violamos, no robamos, por miedo? Sí. Por miedo y definitivamente no por convicción. Sólo hace falta dejar de andar con tapujos y máscaras y por lo menos decirnos la verdad a nosotros mismos. Recordemos la crisis argentina del año 2001: cuando el Derecho fue suprimido por el caos, los ciudadanos más respetados obtuvieron lo que necesitaban por la fuerza: saquearon supermercados enteros, robaron gasolineras, hurtaron todo lo que estaba a su alcance, porque en un Estado de Hecho, aunque sea circunstancial, no reina el Derecho. Sólo bastó sumar angustia, hambre y certeza de que el Derecho Penal no sería aplicado, para que, aunque sea por unos días, la civilización se hubiere extinto. ¿O creen que si alguno de esos ciudadanos hubiese creído que sería condenado penamente por sus actos hubiere actuado tal cual lo hizo?

Habrán más de uno que se sienta ofendido por esta obra y considere que sus principios y valores no necesitan del Derecho Penal para mantenerse incólumes. Así es el mundo, un planeta con más burbujas que seres libres; *dulce bellum inexpertis, indocti discant, et ament meminisse periti*.<sup>15\*</sup>

El Derecho Penal nace como una manifestación de la política criminal, que es una ciencia académica fascinante y que dará la estructura a esta obra. Lamentablemente el Derecho Penal ha vivido siempre épocas de “populismo Penal”, estrategia utilizada por la clase política para ganar escaños, y que lo único que ha conseguido es un auge, imparable, del hoy conocido Derecho Penal Simbólico, placebo social, falsedad absoluta, abuso del Derecho, y consecuencia de que hoy la percepción de inseguridad no coincida con la criminalidad real, y peor aún, responsable directo de que el Estado empiece a basar su supervivencia en ficciones imposibles, no en el Derecho Penal, motivo por el cual, lo que podría dejar de existir, tal y como hoy la conocemos, es la sociedad armónica, y por lo mismo, la sociedad tal cual la concebimos. Por eso en esta obra estudiaremos al Derecho Penal Simbólico y

---

<sup>14\*</sup> Guerra de todos contra todos.

<sup>15\*</sup> dulce es la guerra para los que no la han vivido, apréndanlo los ignorantes, y recuérdanlo los entendidos.



su incidencia en lo falso, lo absurdo, lo improbable y en la desestabilización de la seguridad.

A partir de este momento analizaremos, punto por punto, como el Derecho Penal Simbólico es formalmente Derecho Penal, pero solo lo es simbólicamente.

## 2. La política criminal y la política penal

Conservadoramente hablando, sin política criminal y política penal, no puede existir el Derecho Penal. Asombrosamente la dogmática moderna puede demostrar que el Derecho Penal Simbólico es un Derecho Penal sin política criminal y política penal. ¿Cómo es esto posible? Lo veremos a continuación.

La política criminal, que usa a la criminología<sup>16</sup> como base, es el conjunto de acciones, procedimientos preventivos y represivos, académicamente sustentados, para el combate efectivo y neutralización del crimen, considerado como el fenómeno que pone, a fin de cuentas, en entredicho la misma existencia del Estado. Entonces, es el propio Estado el que utiliza estos mecanismos, mediante un discurso motivadamente orientado, basando el *ius puniendi*, para contrarrestar la criminalidad, y por lo mismo toda manifestación humana contraria al contrato social, siempre y cuando estas actitudes anti-comunitarias no puedan ser antes solucionadas por otras ramas del Derecho menos represivas y violentas.

El *ius puniendi* es de entrada utilitarista, ya que pretende legitimar el recurso del Derecho Penal con la idea del “mal menor”.<sup>17</sup> Sin embargo, el Derecho Penal no se legitima desde el *ius puniendi* sólo desde un sentido utilitarista, sino también a principios y requisitos garantísticos.<sup>18</sup>

La política criminal reconoce que el Derecho es la *última ratio* del ordenamiento jurídico, pero la primera *ratio* ante aquellas manifestaciones humanas que solo tienen una solución: la coacción como único medio resolutivo.

---

<sup>16</sup> La Criminología estudia el “por qué” de la criminalidad.

<sup>17</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. *La Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, veinte años después: los fines del Derecho Penal*. en ROBLES PLANAS, Ricardo (coordinador) y SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (coordinador). *La crisis del Derecho penal contemporáneo*. Editorial Atelier. Barcelona. 2010. p. 28.

<sup>18</sup> *Ibíd.* p. 30.

En otras palabras, podemos definir a la política criminal como la ciencia que basada en un método debidamente fundamentado por la dogmática y criminalidad constatable, decide qué actos humanos deben ser neutralizados, y principalmente qué actos humanos deben ser reprimidos y perseguidos por el Derecho Penal, basándose en los principios de oportunidad, necesidad, lesividad, proporcionalidad y, hoy, de mínima intervención.

Más tarde, y sólo cuando la política criminal ha puesto en marcha su engranaje, se puede entrar al campo de la política penal, que es la ciencia que estudia cómo sancionar y cómo prevenir, mientras que la política criminal estudió el “qué prevenir” y “qué sancionar”.

La política penal, así, podrá “tipificar” conductas, es decir, establecer que actos (a veces omisiones) humanos son susceptibles de ser reprimidos penalmente, y por lo tanto, detallar la conducta y establecer legislativamente dicha sanción. Pero cabe inicialmente señalar que la política criminal es simple dogmática inaplicable sin la política penal, y la política penal es abuso, no Derecho, sin su fundamento, es decir, sin la política criminal. Por esto veremos como el Derecho Simbólico nace sin política criminal previa. El Derecho Penal Simbólico es política penal sin política criminal. Suena imposible además de irresponsable, pero esta es la realidad.

Para resumir: la criminología estudia el “por qué”, la política criminal el “qué” y la política penal el “cómo”. Cesare BECCARIA es el primer autor en hablar de política criminal, por lo tanto a él podemos atribuirle este término y no a HENKE, FEUERBACH o KLEINSCHROD como se ha pretendido.<sup>19</sup>

Un delito única y exclusivamente puede ser el derivado de la conducta que emana del ser humano (de aquí el absurdo del tema actual de moda: “responsabilidad Penal de personas jurídicas”) porque solo a él se le puede reprochar una conducta o abstención conforme a los cánones de la ética y de las exigencias de la ley. El delito

---

<sup>19</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal. Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia y Legislación Penal Comparada*. Segunda Edición. Tomo I. Editorial Losada S.A. Buenos Aires. 1956. p. 168.

es la consecuencia de la inteligencia humana de autogobernarse, y por lo tanto, de entender la ilicitud de sus propias conductas.<sup>20</sup>

KLEINSCHROD explica a la política criminal como “*conocimiento de aquellos medios que el legislador puede hallar, según la especial disposición de cada Estado, para impedir los delitos y proteger el Derecho natural de sus súbditos.*”<sup>21</sup>

FERREIRA DELGADO explica que las malas acciones de los semejantes deben ser reprochados y son susceptibles de castigo cuando atentan contra el bienestar social, y que para esto deben ser actos inteligentes y desfavorables o dolorosos para los demás.<sup>22</sup>

LABATUT GLENA es exacto al explicar que el Derecho Penal, que es la emanación de la política criminal, es una rama del Derecho plenamente autónoma, que consagra normas destinadas a regular las conductas que pueden ocasionar un daño social u originar un peligro a la comunidad, bajo la amenaza de una sanción.<sup>23</sup> El autor chileno explica que la política criminal es a fin de cuentas el arte de legislar, según las necesidades y posibilidades del momento.<sup>24</sup> Así también dice que la política criminal tiene una doble función, de crítica a las instituciones caducas y de modernización de normas penales.<sup>25</sup>

WELZEL explica que la misión del Derecho Penal, como ciencia, es la de desarrollar y explicar el contenido de las reglas jurídicas en su conexión interna, estableciendo las bases para una administración de justicia igualitaria y justa. El autor alemán explica que la ciencia Penal es ante todo una ciencia práctica<sup>26</sup>, cuya misión es determinar las características esenciales del delito y de su autor, comunes a todos los

---

<sup>20</sup> FERREIRA DELGADO, Francisco. *Teoría General del Delito*. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1988. p. 13.

<sup>21</sup> KLEINSCHROD, Gallus Aloys. *Von den italiänischen Schriftellern über das peinliche Recht und die Criminalpolitik*, en *Archiv der Criminalrechts*. Vol I. 1799. p. 164. Obra citada en JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal. Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia y Legislación Penal Comparada*. Segunda Edición. Tomo I. Op. Cit. p. 168.

<sup>22</sup> FERREIRA DELGADO, Francisco. *Teoría General del Delito*. Op. Cit. pp. 19 y 20.

<sup>23</sup> LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal*. 6ta edición. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Colección de Estudios Jurídicos y Sociales. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1972. p. 17.

<sup>24</sup> *Ibíd.* p. 33.

<sup>25</sup> *Ibíd.* pp. 33 y 34.

<sup>26</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1976. p. 11.

hechos punibles. Explica que toda acción u omisión penalmente relevante es una unidad constituida por momentos objetivos y subjetivos.<sup>27</sup>

JAKOBS, el gran maestro del Derecho Penal contemporáneo, dice que son funciones las prestaciones que mantienen un sistema y que la prestación del Derecho Penal es principalmente la confirmación de la identidad social.<sup>28</sup> Esto a pesar de que autores como ZAFFARONI incluso ponen en tela de duda la legitimidad del poder punitivo del Estado<sup>29</sup>.

Es indiscutible que este poder está legitimado en la voluntad de sus integrantes, quienes en realidad cedieron parte de su libertad para que la *vindicta* dejare de ser privada y pase a ser pública, como único camino posible para la seguridad de todos y la cual es la única garantía que tenemos de no colapsar como sistema social.

Para el maestro chileno, Juan BUSTOS RAMÍREZ, esta explicación radica en la fundamentación que le demos a la determinación de qué son bienes jurídicos, sus presupuestos explicativos y la necesidad de crear normativa que los proteja.<sup>30</sup> Por otro lado, es la política criminal la que hace posible la existencia de un verdadero Derecho Penal, rama del Derecho que el indiscutible Maestro del siglo XX, Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, define como:

*“Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o medida aseguradora.”<sup>31</sup>*

Podemos concluir que la política criminal es la ciencia del Derecho Penal que da vida y sustenta al Derecho Penal Legislativo, justificando dogmáticamente la tipificación de conductas, según empíricamente las requiera tal o cual sociedad, constituyendo por último como la razón de ser del Derecho Penal normativo.

---

<sup>27</sup> *Ibíd.* p. 50.

<sup>28</sup> JAKOBS, Günther. *Moderna Dogmática Penal. Estudios Compilados*. Segunda edición. Editorial Porrúa. México D.F. 2006. p. 4.

<sup>29</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Segunda Edición. Editorial EDIAR. Buenos Aires. 2006. pp. 3 – 17.

<sup>30</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Derecho Penal. Parte General*. Obras Completas. Volumen I. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito. 2008. pp. 79 – 96.

<sup>31</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal. Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia y Legislación Penal Comparada*. Op. Cit. p. 33.

Comprender, aunque sea a groso modo estos conceptos, es fundamental para poder entender posteriormente al Derecho Penal Legislativo y al porqué del Derecho Penal Simbólico.

Queda sentado entonces la importancia de la política criminal para el Derecho Penal. El Derecho Penal es –o por lo menos debe ser- la consecuencia de un análisis académico y crítico desde la política criminal, no obstante, el Derecho Simbólico, que estudiaremos a profundidad en esta obra, no responde con los patrones explicados hasta el momento, por lo mismo, podemos decir que hay dos opciones: o no es Derecho Penal o es un Derecho Penal averiado, destinado a fracasar o peor aun, destinado a hundir a la civilización tal como hoy la conocemos.

### **3. Los objetivos de la pena para el Derecho Penal**

Es ineludible entender la función y fines de la pena, es decir, la Teoría de la Pena, para así poder demostrar, cuando estudiemos al Derecho Penal Simbólico, cómo éste no cumple con los fines y funciones de la pena, y peor aun con la finalidad misma del Derecho Penal, constituyendo un nuevo Derecho Penal que en realidad es inservible y contrario a la dogmática y la práctica.

Cuando uno estudia la Teoría del Delito puede vislumbrar con bastante facilidad que hoy en día se maneja una sola teoría -normativamente hablando-, aunque podríamos decir que existen escasas corrientes, sin embargo la tendencia termina siendo la misma. Por otro lado, cuando uno estudia la Teoría de la Pena, se encuentra con un sinfín de corrientes, teorías e inclinaciones dogmáticas, puesto que, hasta hoy, sobre esto no nos hemos puesto de acuerdo los penalistas.

La norma Penal, que contiene una conducta prohibida, conocida como “tipo Penal”, debe, inevitablemente, contener en su precepto prohibitivo una sanción, una “pena Penal”, puesto que sin ella la norma Penal constituiría un mero enunciado de buena conducta sin consecuencias jurídicas, y es precisamente con la pena que se consigue que el Derecho Penal sea represivo, es decir, que el *ius puniendi* sea un principio de aplicación real y actual, y no sólo doctrinario.

Podemos empezar diciendo que la pena es la consecuencia jurídica que se deriva de la realización de una conducta típica, antijurídica y culpable, ejecutada por un imputable. En otras palabras, pena es sinónimo de castigo.

Es indiscutible que el delito produce inseguridad, y para contrarrestar tales efectos se debe utilizar el recurso de la pena, cuando el hecho es “reprochable”. No obstante, hay criterios válidos que sostienen que un delito podría ser “no sancionable” porque no produce inseguridad, entonces bastaría con la declaración de culpabilidad sin necesidad de imponer una pena.<sup>32</sup>

Como se dijo, a través de la historia cientos de penalistas, hasta el día de hoy, intentan justificar la existencia de la pena, con diversos objetivos, sin ponerse de acuerdo, fluctuando entre tendencias causalistas, finalistas y funcionalistas. Además, siempre sobran los anarquistas, tales como Tomás MORO, CAMPANELLA, León TOLSTÓY, GIRARDIN, FERI, WARGHA, DORADO MONTERO<sup>33</sup>, e incluso me atrevo a decir, neoanarquistas como ZAFFARONI y GRACIA MARTÍN, que niegan su fundamento, considerando a la pena como injusta, inútil y perjudicial.

Creo firmemente que no existe una respuesta acertada, porque mientras la pena cumple un determinado fin, también comunicacionalmente vincula a otros fines discutidos como efectos colaterales. Profundizando correctamente podremos determinar que no existe una sola respuesta y que parecería ser que al final la pena cumple con gran parte de los objetivos en discusión (no todos, como ya verificaremos).

HOBBS definía a la pena como: “*un daño infligido por la autoridad pública a quien ha hecho u omitido lo que esa misma autoridad considera una trasgresión de la ley, a fin de que la voluntad de los hombres esté, por ello mismo, mejor dispuesta a la obediencia.*”<sup>34</sup> Por otro lado, Alfonso REYES ECHANDÍA define a la pena como: “*la supresión o coartación de un derecho personal que el Estado impone a través de*

---

<sup>32</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. *La construcción del Sistema del Delito a la Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. en ROBLES PLANAS, Ricardo (coordinador) y SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (coordinador). *La crisis del Derecho penal contemporáneo*. Editorial Atelier. Barcelona. 2010. pp. 59 y 60.

<sup>33</sup> ANTOLISEI, Francesco. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Editorial UTEHA. Buenos Aires. 1960. p. 499.

<sup>34</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatán*. Biblioteca del Político. INEP AC. PDF. p. 127.

*su rama jurisdiccional a sujeto imputable que ha sido declarado responsable de infracción penal*”<sup>35</sup>

Manuel COBO DEL ROSAL y Tomás VIVES ANTÓN definen a la pena como: “*el castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada a quien, tras el debido proceso, aparece como responsable de una infracción del derecho, y a causa de dicha infracción.*”<sup>36</sup> Los autores españoles incluso relucen que siempre, después de cada tipo Penal, se repite la frase “*será(n) castigado(s)*”<sup>37</sup>.

Antes de estudiar sumariamente las finalidades atribuidas -y discutidas- más relevantes, es importante entender antes ciertas generalidades sobre esta colisión teórica.

Clásicamente se han catalogado las finalidades y funciones de la pena en tres grandes grupos: teorías absolutas; teorías relativas; y, teorías mixtas.

Las teorías absolutas consideran que la pena es el fin en si misma, siendo su función la de la retribución o de la reparación, entendiendo esto como que la pena repara el dolor ocasionado a la víctima.<sup>38</sup>

Las teorías relativas no consideran que la pena sea un fin en si misma, sino un medio para alcanzar otros fines, tales como la prevención, la rehabilitación, la defensa social, etc., es decir, esta es una corriente que halla en la pena un fin únicamente utilitario. En esta corriente encontramos las teorías preventivas, correccionalistas y positivistas.<sup>39</sup> La primera de ellas habla sobre evitar que se cometan nuevos delitos, ya sea mediante prevención general o prevención especial (como lo estudiaremos individualmente).<sup>40</sup>

La corriente correccionalista, que se remonta a PLATÓN, para quien la pena es la medicina del alma, proclama que el delincuente es anómalo y que por lo tanto requiere con urgencia un tratamiento educativo orientado a corregir sus fallas, las

---

<sup>35</sup> REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Derecho Penal. Parte General*. 6ta edición. Universidad Externado de Colombia. 1979. p. 340.

<sup>36</sup> COBO DEL ROSAL, Manuel; y, VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho Penal. Parte General*. Cuarta Edición. Editorial Tirant lo Blanch libros. Valencia. 1996. p. 723.

<sup>37</sup> REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Derecho Penal. Parte General*. 6ta edición. Op. Cit. p. 340.

<sup>38</sup> Id. p. 344.

<sup>39</sup> Id. pp. 345 y 346.

<sup>40</sup> Ibíd. p. 346.

cuales lo condujeron a delinquir, para que así pueda ser recuperado y reinsertado en la sociedad.<sup>41</sup>

Por último, los positivistas mantienen también que delincuente es un sujeto anormal para quien la pena debe ser rehabilitadora, pero además sostienen que la finalidad más importante de la pena es proteger a la sociedad de la peligrosidad demostrada por el individuo criminal.<sup>42</sup>

Las teorías mixtas que, como su nombre lo indica, son una mezcla entre las dos anteriores, dándole a la pena un carácter absoluto, es decir, retribucionista o reparador, pero también le asignan una finalidad de carácter relativo, es decir, resocializadora.<sup>43</sup>

COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN mantienen que la función de la pena no es la realización de la justicia por medio del castigo porque la justicia no existe como algo absoluto, y que la justicia no le corresponde al Derecho, sino a la moral.<sup>44</sup>

MAPELLI CAFFARENA sostiene que la pena no se legitima por ninguna razón metafísica, ni pretende alcanzar las metas de la Justicia, sino que tan solo busca posibilitar la convivencia ordenada.<sup>45</sup>

A raíz del apareamiento de LUHMANN y de WELZEL, que trataron como nunca antes el tema del funcionalismo social y de la comunicabilidad funcional entre sujetos e instituciones de la sociedad, aparecen nuevas teorías y corrientes sobre la finalidad y función de la pena, de las cuales su máximo exponente actual (y el más solvente), es el profesor de la Universidad de Bonn, Günther JAKOBS, y que junto a sus discípulos, colegas y simpatizantes españoles, tales como Manuel CANCIO MELIÁ, Miguel POLAINO NAVARRETE y Miguel POLAINO-ORTS, han “creado” y demostrado, desde el funcionalismo, que la pena cumple con una sola función: “reafirmar la vigencia real de la norma penal”. Y digo “demostrado” porque yo me adhiero a esta corriente, que no deja de ser polémica y discutible, pero que a fin de cuentas es la única dogmática y empíricamente comprobable, siendo ésta la

---

<sup>41</sup> Id.

<sup>42</sup> *Ibíd.* p. 347.

<sup>43</sup> Id.

<sup>44</sup> COBO DEL ROSAL, Manuel; y, VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho Penal. Parte General*. Op. Cit. p. 726.

<sup>45</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. 5ta edición. Editorial Aranzadi S.A. Civitas / Thomson Reuters. Navarra. 2011. p. 60.



función de la pena, y para mí, el fin último, mientras todas las finalidades discutidas, mencionadas y por mencionar, únicamente aparecen como efectos colaterales de la reafirmación de la vigencia real de la norma, y no como un objetivo último.

Con esta corta introducción, podemos pasar a verificar el fondo y forma de estas teorías. Para luego comprobar como el Derecho Penal Simbólico no es capaz de encajar ni siquiera en una sola de ellas.

### **3.1. Protección de Bienes Jurídicos**

Una gran parte de la doctrina contemporánea mantiene que el fin de la pena es la protección de bienes jurídicos “protegidos”, valga la redundancia. Es decir, que la pena se justifica porque su objetivo es salvaguardar a los bienes jurídicos protegidos (ej. vida, salud, honor, propiedad, integridad sexual, etc.) y por lo tanto su misión es legítima.

Esta noción ha sido promulgada principalmente por constitucionalistas que carecen de toda base jurídica-Penal y le dedico un subtítulo –y lo haré sucintamente– únicamente porque merece, en pocas palabras, ser enterrada.

En general, al ordenamiento jurídico con el apoyo de todas sus ramas, le interesa la protección de bienes jurídicos, pues precisamente para que sean protegidos es que nos unimos como sociedad, buscando un gran garante de nuestras vidas, bienes, salud, integridad física, etc., llamado Estado. Por lo mismo, al Derecho Penal sí le interesa la protección de bienes jurídicos, pero únicamente como una enunciación de preceptos prohibitivos que disuadan a la sociedad de incurrir en actos que conlleven una pena.

Por otro lado, el Derecho Penal, como una ciencia práctica y no solo dogmática, termina manifestándose en el mundo real como una rama represiva, no preventiva. Y si bien podemos hablar dogmáticamente de que la pena sí previene a modo parcial, además de castigar, en la práctica estamos ante un fenómeno real e indiscutible: el Derecho Penal no mira hacia el futuro, sino únicamente hacia el pasado, es decir, el Derecho Penal es práctico y únicamente útil porque es capaz de castigar transgresiones pasadas y actuales al ordenamiento jurídico, y por que no

decirlo, a bienes jurídicos protegidos, mas no es útil porque sea capaz de prevenir actos futuros, lo cual no es una mera enunciación dogmática, sino una constatación empírica.

Ideal sería que el Derecho Penal sea la panacea de las vulneraciones arbitrarias del ordenamiento jurídico, pero lastimosamente no lo es, y el ámbito preventivo debe interesarle, principalmente al Derecho administrativo. Un Derecho Penal que intenta prevenir delitos futuros con la finalidad de proteger bienes jurídicos constitucionalmente protegidos y reconocidos como tales, no es Derecho Penal, es Derecho administrativo camuflado en la rama del *ius puniendi*, cuya actuación solo puede desembocar en el fracaso.

Pongamos un ejemplo práctico: la víctima de violación es víctima de violación precisamente porque el Derecho Penal –y el ordenamiento jurídico en su conjunto- no fue capaz de proteger el bien jurídico “libertad sexual” de aquella víctima. Por otro lado, el Derecho Penal, en este caso, lo que hace es reprimir al violador, sin importarle ya la mujer –u hombre- ultrajada. Es decir, al Derecho Penal no le importa y no debe importarle la víctima del delito, porque es y será víctima, irremediamente, incluso cuando ya se hubiere procesado e impuesto una pena a su victimario. ¿O alguien se atreve a decir que la mujer violada deja de serlo gracias a que el Derecho Penal encarceló a su violador?

No es polémico, es sincero lo que expongo. La víctima es víctima y siempre será victima, y lo es porque el Derecho Penal no pudo proteger los bienes jurídicos que según algunos garantistas debería, y lo único que le queda es sancionar, castigar, penar, reprimir.

Quienes mantengan que el fin de la pena e incluso del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos defienden un caso perdido, un fracaso manifiesto, y si es así, entonces el Derecho Penal no tendría ninguna razón de ser, porque ya hubiese demostrado su inutilidad en el transcurso de toda nuestra historia.

### **3.2. Justicia Retributiva**

Esta inclinación doctrinaria, como ya vimos, forma parte de las teorías absolutas y se explica como un fin en si misma ya que el delito es un mal y ese mal debe ser retribuido. La retribución Penal no es más que el siguiente mensaje: “si matas, pagas las consecuencias sufriendo un daño”; es decir, restituir el daño causado, confinando al autor y apaciguando a la sociedad. Es una *vindicta* pública, donde el “ojo por ojo” se remplaza por el “ojo por cárcel”. Usualmente esta retribución, es decir, esta “acción→consecuencia” también lleva implícita la retribución civil, que además de devolver el golpe por vía penal al condenado, se lo obliga a resarcir el daño civil causado, por eso veíamos que dentro de las Teorías Absolutas está la corriente “reparatoria”.

La retribución lleva en su misma existencia su finalidad, y no es más que una versión actual de la venganza privada de antaño. MAPELLI CAFFARENA, un duro crítico de esta finalidad de la pena (cuando es tomada como base del Derecho Penal y de forma absoluta), dice que si el delito niega el Derecho, la pena es la negación del delito, por lo que mediante la retribución se recupera el equilibrio de la justicia.<sup>46</sup>

El autor ecuatoriano, Ernesto ALBÁN GÓMEZ, explica que esta teoría considera a la pena como un ideal de justicia, porque es justa en si misma al ser la consecuencia necesaria y absoluta del delito, prescindiendo de cualquier utilidad derivada y que en definitiva, se castiga pura y simplemente porque se ha cometido un delito.<sup>47</sup>

REYES ECHANDÍA mantiene que el error de la Teoría Retribucionista es considerar a la pena como una moderna especie de venganza Estatal, donde se desconocen los linderos entre lo moral y lo jurídico, por lo que no es válido sostener que el mal se retribuye con el mal, cuando resulta de mayor contenido humano mantener que el mal se destruye con el bien.<sup>48</sup>

Históricamente se intentó defender subteorías que explican el por qué de la retribución, tales como la retribución divina; retribución expiatoria; retribución moral, etc., para finalmente terminar en la retribución jurídica, que es la única vigente y que

---

<sup>46</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Op. Cit. p. 58.

<sup>47</sup> ALBÁN GÓMEZ, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte General*. Sexta edición. Editorial Ediciones Legales. Colección Profesional Ecuatoriana. Quito. 2008. p. 18.

<sup>48</sup> REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Derecho Penal. Parte General*. 6ta edición. Op. Cit. p. 344.

explica que la pena tiene una función dialéctica, la cual es: reaccionar ante el delito, que es la negación de la ley.<sup>49</sup>

MAPELLI explica que la pena retributiva es un medio para compensar el daño causado por el delito, y que si bien puede tener diversos efectos, es innegable que la pena es el ejercicio de violencia estatal frente a la persona y, por ser esta integrante de la sociedad, también frente a ella.<sup>50</sup> El catedrático de la Universidad de Sevilla explica que el Derecho no puede estar diseñado para fines retribucionistas, y que de nada sirve añadirle al mal del delito, el mal de la pena<sup>51</sup>, pues esto no presenta solución alguna.

El autor de Sevilla, que es actualmente una de las máximas autoridades en el Derecho Penal Ejecutivo, critica y desarma al retribucionismo explicando lo siguiente:

*“La única ventaja que presenta la retribución es su capacidad para explicar por qué la pena debe estar determinada y ser proporcionada al delito y, aun eso, es posible explicarlo desde otras perspectivas, más enriquecedoras. En cambio, el retribucionismo nos conduce a una esterilidad en el tiempo penitenciario. Asegurada la presencia del condenado en prisión durante la condena, la teoría de la retribución es incapaz de ofrecer contenidos y directrices de política penitenciaria. Las cárceles volverían a recuperar su clásica imagen de centros custodiales y los condenados abandonados en su suerte.”*<sup>52</sup>

Conforme lo defienden COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *“En el Estado de Derecho, el hombre ha de ser tomado como fin en sí mismo y no puede ser degradado a la condición de mero instrumento para alcanzar finalidades ajenas a él.”*<sup>53</sup> Si bien teleológicamente los autores españoles tienen razón, debemos comprender que la pena, a fin de cuentas, es un mal, un dolor, por lo tanto, inevitablemente el criminal se auto-instrumentaliza, soportando la pena que él mismo generó.

El autor y académico ecuatoriano, Jorge ZAVALA BAQUERIZO, explica que para esta teoría, la pena, desde el punto de vista reparatorio, es y debe ser un dolor, y

---

<sup>49</sup> ALBÁN GÓMEZ, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte General*. Sexta edición. Op. Cit. pp. 19 y 20.

<sup>50</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. 5ta edición. Op. Cit. p. 59.

<sup>51</sup> *Ibíd.* p. 60.

<sup>52</sup> *Ibíd.* p. 61.

<sup>53</sup> COBO DEL ROSAL, Manuel; y, VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho Penal. Parte General*. Op. Cit. p. 739.

la forma que se escoja para hacerle sufrir al penado es indiferente, siempre y cuando el dolor sometido sea el camino para la santificación del penado.<sup>54</sup>

Se debe tener cuidado con la retribución, que en mi opinión es una consecuencia inamovible por ser intrínseca a la pena y nunca podremos deshacernos de ella, puesto que es una finalidad natural, inevitable, omnipresente. Sin embargo, un sistema penal no debe estar jamás basado en ella, puesto que se sepultaría la verdadera filosofía y razón de ser del Derecho Penal, que va mucho más allá de la venganza o de la inevitabilidad de la causalidad, sino que pretende, únicamente, hacer posible la existencia de la sociedad.

El Derecho Penal Simbólico es un Derecho Penal que no se aplica, sino que persiste en nuestros Códigos como un mero enunciado. Si no se aplica, entonces tampoco no sirve para retribuir un mal causado.

### **3.3. Prevención general negativa y positiva**

La prevención general puede ser negativa o positiva. prevención general positiva es la que genera que la sociedad comprenda y entienda que los actos prohibidos por la ley, al ser ejecutados, concluyen en la aplicación de un mal, y por lo tanto la sociedad se educa y elimina su ignorancia sobre la ley y sobre sus efectos mediatos e inmediatos.

La prevención general negativa es el efecto intimidatorio que produce a la sociedad al ver que a uno de sus individuos le cae un mal, tal como la privación de la libertad, y genera, a modo ejemplificador, el miedo a ese daño, por lo mismo psicológicamente representa una advertencia.

La pena por lo tanto tendría un efecto disuasivo. La libertad es el bien más apreciado que tiene el ser humano, incluso me atrevería decir que está por encima de la vida. Si bien sin vida no hay libertad, una vida sin libertad no es vida. Por eso la pena privativa de la libertad siempre significa un castigo que aniquila los derechos humanos del condenado, como consecuencia legítima de haber atentado

---

<sup>54</sup> ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. *La Pena. Parte General*. Tomo I. Editorial EQ. Guayaquil. 1986. p. 141.

ilegítimamente contra los bienes jurídicos de los demás, y es precisamente la libertad lo que nadie sensato –léase imputable- está dispuesto a perder.

El que se imponga una pena quiere decir que la sociedad verifica que si alguien más actúa así, también será penado, y lo desaconseja de hacerlo. Si bien esta finalidad es aparentemente muy similar a la “reafirmación de la vigencia real de la norma”, académicamente no lo es. La reafirmación de la vigencia real de la norma busca reafirmar que una norma está vigente con fines legislativos y para asegurar la permanencia de la seguridad jurídica tan ansiada por toda sociedad, mientras que la prevención general tiene un fin únicamente preventivo, es decir, amenazador y educador; la reafirmación de la vigencia real de la norma es más de técnica académica, mientras ésta segunda es únicamente de control social.

MAPELLI CAFFARENA explica que es un mensaje social coercitivo que busca advertir a los potenciales autores de delitos que si los cometen también serán penados.<sup>55</sup> ZAFFARONI explica que, según esta teoría, la pena se dirige a quienes no delinquieron para que no lo hagan<sup>56</sup>.

COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN sostienen que la prevención general es el efecto disuasorio respecto a la comisión de los delitos que la pena ejerce sobre la totalidad de los ciudadanos, mediante dos mecanismos fundamentales: la “intimidación” que la pena proyecta sobre la conciencia de los miembros de la sociedad y la “educación” que la pena obliga sobre las consecuencias jurídicas del delito.<sup>57</sup>

FEUERBACH fue el principal expositor de esta corriente, explicando que la prevención general negativa trata de combatir al delito amenazando a los miembros de la sociedad con la aplicación de sanciones severas en el evento de que cometan un delito, y también demostrando que la pena se aplica con efectividad cuando se constata, procesalmente, el cometimiento de un delito.<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. 5ta edición. Op. Cit. p. 66.

<sup>56</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Segunda Edición. Op. Cit. p. 33.

<sup>57</sup> COBO DEL ROSAL, Manuel; y, VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho Penal. Parte General*. Op. Cit. p. 728.

<sup>58</sup> ALBÁN GÓMEZ, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte General*. Sexta edición. Op. Cit. pp. 20 y 21.

Explica ALBÁN GÓMEZ que cuando hablamos de prevención general positiva nos encontramos frente a una función con la cual se pretende convencer a los integrantes de la sociedad de la necesidad de someterse a la ley, de tal manera que se disuada psicológicamente de cualquier propósito de infringirla.<sup>59</sup>

ZAFFARONI explica que esta teoría parte de la idea de que el ser humano es un ser racional, que hace cálculos de “costos – beneficios”.<sup>60</sup> El magistrado argentino mantiene que la pena no cumple con este fin porque *“no tiene un efecto disuasivo sino estimulante de mayor elaboración delictiva. El desvalor no recae sobre la acción por su lesividad, sino por su torpeza; no refuerza una pauta ética sino un perfeccionamiento tecnológico.”*<sup>61</sup> Obviamente no explica cuál es el verdadero fin, sino que critica a todos los fines planteados. Además mantiene criterios tales como que la prevención general positiva cumple una función donde la pena sostiene una ilusión y produce un consenso que garantiza la impunidad de los corruptos; legitima la realidad para que nada cambie, corrompe el poder punitivo y no refuerza ética alguna,<sup>62</sup> etc.

BUSTOS RAMÍREZ, uno de los académicos latinoamericanos más lucidos que ha existido, explica que la complicación de atribuirle a la pena una función preventiva es que dicha prevención no es constatable.<sup>63</sup>

No podemos dejar a un lado el criterio del gran BENTHAM, quien dice lo siguiente:

*“La prevención general es el fin principal de las penas; es también su razón justificativa. Si se considerase el delito cometido sólo como un hecho aislado que no puede volver, la pena sería un puro perjuicio; –crítica clara al retribucionismo- no haría sino añadir un mal a otro: pero cuando se piensa que un delito impune dejaría la vía libre, no solamente al mismo delincuente, sino a todos los que tuvieren los mismos motivos y ocasiones para delinquir, se advierte que la pena aplicada a un individuo deviene una especie de salvaguardia universal. La pena, medio vil en sí mismo, que repugna a todos los sentimientos generosos, se eleva al primer rango de los servicios públicos cuando se la contempla, no como un acto de cólera o de*

---

<sup>59</sup> *Ibíd.* p. 21.

<sup>60</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal. Parte General. Segunda Edición.* Op. Cit. pp. 39 y 40.

<sup>61</sup> ALBÁN GÓMEZ, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte General.* Sexta edición. Op. Cit. p. 40.

<sup>62</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal. Parte General. Segunda Edición.* Op. Cit. pp. 44 y 45.

<sup>63</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Derecho Penal. Parte General.* Op. Cit. 175.

*venganza contra un culpable o infortunado que ha cedido a impulsos funestos, sino como un sacrificio indispensable para la salud pública.*"<sup>64</sup>

Se puede o no coincidir con el criterio de BENTHAM que data de casi dos siglos atrás, sin embargo no se puede negar que empíricamente no hace otra cosa que decir la verdad. El Derecho no solo debe ser dogmático, sino también práctico, y por lo tanto medible hasta cierto punto, con lo cual nadie podría negar que la presión atemorizante de la pena resulta un verdadero repelente a la criminalidad, si bien no un repelente absoluto y sin tampoco representar una panacea, pero si genera un proceso de reflexión que si bien no elimina la criminalidad, sí permite que los individuos que integran la sociedad se adhieran a ella bajo las mismas reglas y que en cierta medida integren el juego social limpiamente.

#### **3.4. Prevención especial negativa**

La prevención especial negativa mantiene que la prevención está ligada al delincuente mismo, es decir, evita que se vuelva a delinquir, para lo cual hay que aislarlo internándolo en una prisión, para que así se mantenga alejado de la sociedad y no pueda volver a vulnerar su ordenamiento jurídico y armonía social.

ALBÁN GÓMEZ explica, dogmáticamente y sin legitimarlo, que un efecto de la prevención especial es que el sujeto realice una reflexión personal y de este modo no quiera volver a delinquir, con lo cual se habrá logrado su resocialización, pero que si esto no fuere posible (el caso de reincidentes), se deberá adoptar como pena la erradicación definitiva (cadena perpetua) e incluso la eliminación física (pena de muerte).<sup>65</sup>

El delincuente habitual, o delincuente a fin de cuentas, usualmente (no siempre) es propenso a delinquir, o por lo menos a hacer sentir a la comunidad que es propenso a delinquir, adquiriendo una calidad de sujeto peligroso (de forma aparente o real), por lo que, al ser condenado a una pena privativa de la libertad, aparecen dos posibilidades:

---

<sup>64</sup> BENTHAM, Jeremy. *Theorie des peines et des recompenses*. en "Oeuvres" de Jeremy Bentham. Vol. 2. Bruselas. 1940. p. 9. Obra citada en COBO DEL ROSAL, Manuel; y, VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho Penal. Parte General*. Op. Cit. p. 740.

<sup>65</sup> ALBÁN GÓMEZ, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte General*. Sexta edición. Op. Cit. p. 40.



- 1) Si es realmente peligroso y propenso a reincidir, al estar “encerrado” y aislado de la sociedad, no podrá volver a delinquir, es decir, se extirpa la posibilidad de el cometimiento de un nuevo delito, y por lo tanto se extirpa a la persona que ha quebrantado el contrato social con una conducta típica;
- 2) Si no es peligroso y a fin de cuentas debemos únicamente considerarlo un “ciudadano infractor”, pero la sociedad igualmente se siente escandalizada al tener al “criminal” caminando entre ella, se crea un efecto tranquilizador, creando una sensación de seguridad más o menos palpable.

En fin, lo que se previene es que el delincuente vuelva a delinquir y que al final la sociedad así lo perciba. MAPELLI CAFFARENA explica, profundizando más, que lo que se pretende es que el condenado no delinca en el futuro<sup>66</sup>, es decir, que al cumplir la pena el condenado, tampoco querrá volver a ser privado de su libertad, por lo que si el condenado es algo sensato, tampoco delinquirá cuando se reintegre a la sociedad.

REYES ECHANDÍA critica esta corriente manteniendo que la peligrosidad del delincuente es indemostrable, consiguiendo que se destruya el principio de proporcionalidad entre el delito y la pena, puesto que se pasa a sancionar por las especiales características del sujeto y de su personalidad, reprimiendo no por lo que se hizo sino por lo que se es.<sup>67</sup>

Entonces la Prevención Especial consiste en impedir u obstaculizar la repetición del delito por parte de quien ya lo cometió y respecto al que, por lo tanto, no le fueron suficientes los mecanismos preventivos generales.<sup>68</sup> La pena entonces estaría dirigida a quien delinquiró para que no lo reitere.<sup>69</sup>

### **3.5. El absurdo de la Rehabilitación y de la Resocialización**

---

<sup>66</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. 5ta edición. Editorial Aranzadi S.A. Civitas / Thomson Reuters. Navarra. 2011. p. 61.

<sup>67</sup> REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Derecho Penal. Parte General*. 6ta edición. Op. Cit. p. 347.

<sup>68</sup> COBO DEL ROSAL, Manuel; y, VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho Penal. Parte General*. Op. Cit. p. 728.

<sup>69</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Segunda Edición. p. 33.

Esta corriente realmente pertenece al género de la prevención especial, y exactamente es la especie llamada “prevención especial positiva”.

Uno de sus principales y primeros exponentes fue el autor español, Pedro DORADO MONTERO, quien consideraba que el delincuente es un enfermo y que la pena es su única medicina, para poder reintegrarlo, sano, a la sociedad.<sup>70</sup> Con respecto a esta argumentación caben dos posibilidades: o bien en el siglo XIX, en el que vivió el citado autor, realmente se desconocían los postulados científicos de la sociología, psicología y medicina, o bien DORADO MONTERO estaba obnubilado por un sentimentalismo ideológico carente de científicidad. Me inclinaré por la primera y le daré el beneficio de la duda a este autor, que defendió lo indefendible sin un solo argumento científico válido hoy en día.

El indiscutible maestro colombiano, REYES ECHANDÍA, sostiene solwentemente que: “*la experiencia ha demostrado que la pena, con frecuencia, lejos de corregir al reo, lo empeora [...] no puede sostenerse que todos los autores de delitos tengan la necesidad de ser corregidos.*”<sup>71</sup>

Quienes defienden ciegamente esta absurda postura sostienen que hay que aprovechar el tiempo de permanencia de los condenados en las cárceles para transformar su personalidad, en el orden moral, psicológico, laboral y educativo.<sup>72</sup> En la escasez de criterios en los que coincido con ZAFFARONI, es en que “*La prisionización no puede mejorar a nadie*”<sup>73</sup>, y es que es insensato defender estas finalidades, que carecen no sólo de constatación real, sino de científicidad dogmática.

Ni la rehabilitación, ni la reeducación, ni la reinserción, son fines de la pena, por lo menos no para el Derecho Penal. Esos son fines que el Derecho constitucional le atribuye a la pena, por no decir “le impone”, sin embargo, como el Derecho Penal es práctico y el Derecho constitucional idealista, podemos verificar en la historia de la humanidad y de las ciencias penales que, la pena no rehabilita, no reeduca y no resocializa, o por lo menos eso se verifica con cualquier pena que sea prolongada en

---

<sup>70</sup> ALBÁN GÓMEZ, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte General*. Sexta edición. Op. Cit. p. 21.

<sup>71</sup> REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Derecho Penal. Parte General*. 6ta edición. Op. Cit. p. 346.

<sup>72</sup> ALBÁN GÓMEZ, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte General*. Sexta edición. Op. Cit. p. 21.

<sup>73</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Segunda Edición. Op. Cit. p. 46.

el tiempo, ya que el reo es aislado de la sociedad, enviado a una subcultura donde abunda mucha más criminalidad que afuera de sus paredes. La rehabilitación es un fin altruista, más no un fin real. Además, la rehabilitación es un fin garantista impracticable, y la pena debe ser sobre todo efficientista, so pena de perecer como postulado utilitario.

MAPELLI es clarividente al determinar que el Estado no está legitimado a reeducar a seres adultos, y que por lo tanto se corre un grave riesgo de adoctrinamiento de la sociedad bajo la coartada de metas resocializadoras ideológicas.<sup>74</sup>

En la Constitución ecuatoriana se encuentran recogidos estos fantásticos fines, de la siguiente forma: “Art. 201.- *El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos.*”<sup>75</sup> Sin embargo, hasta hoy se ha comprobado que es más frecuente la reincidencia que la rehabilitación, y eso es precisamente porque la privación es una pena tan perturbadora que jamás podrá rehabilitar, por lo menos no de la forma integral que pretende nuestro garantismo.

Probablemente la mayoría de constituciones en el mundo, sobre todo en las que existe un Derecho romano-germánico, establecen ideológicamente estas finalidades, con un evidente tinte garantista, tan de moda hoy en día, sin embargo, esto no quiere decir que la rehabilitación y resocialización sean fines constatablemente reales, sino únicamente filosóficos.

Brevemente podemos decir que los defectos del garantismo son, en palabras de José Luis DÍEZ RIPOLLÉS, los siguientes:

1. Eficacia limitada a sus genuinos instrumentos de intervención, la norma y la sanción<sup>76</sup> (se refiere al Derecho Penal garantista);

---

<sup>74</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. 5ta edición. Op. Cit. p. 65.

<sup>75</sup> Constitución de la Republica del Ecuador.

<sup>76</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Estudios y Debates en Derecho Penal. Editorial B de F. Buenos Aires. 2007. p. 62.

2. Deliberada reducción de su ámbito de actuación a la tutela de los presupuestos más esenciales de la convivencia<sup>77</sup>;
3. Profunda desconfianza hacia un equilibrado ejercicio del poder sancionatorio por parte de los poderes públicos<sup>78</sup>
4. Existencia de límites trascendentes en el empleo de sanciones Penales.<sup>79</sup>

COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, analizando a la Constitución española, que también contempla –constitucionalmente- estos paradójicos fines de la pena, explican que *“En este sentido [...] la orientación hacia la reeducación y reinserción social prescrita en la Constitución [...] no significa que éstas sean el fundamento de las penas privativas de la libertad [...]”*<sup>80</sup>

Por otro lado y de forma sorprendente, ZAVALA BAQUERIZO, a pesar de haber sido indiscutiblemente uno de los mejores penalistas latinoamericanos, defiende la resocialización, explicando lo siguiente:

*“Es que buscar la compensación como equivalente a la retribución nos parece que es tratar de buscar un imposible cuando se refiere a la pena. Para nosotros la pena debe ser considerada en función de simple reacción social que tiene por principal finalidad la resocialización del penado. Lo que interesa establecer es que a través de la pena la sociedad pretende que mediante la resocialización, no se vuelvan a cometer nuevos delitos, por lo menos por aquel que ya los cometió anteriormente; y para alcanzar ese objetivo es que se debe señalar el tratamiento post-delictual que debe recibir el penado durante el tiempo que está privado de su libertad.”*<sup>81</sup>

También cabe aclarar que al asegurar que la pena no rehabilita, nos referimos más al delincuente común, doloso, e incluso reincidente, para el cual está destinada la pena -el enemigo-, más no al ciudadano infractor esporádico, que por ejemplo, es condenado a 4 años de prisión por haber atropellado y matado mientras conducía. Existen ciudadanos reos que no necesitan ser rehabilitados precisamente porque no están “enfermos”, y que con su condena solo expiarán sus actos, resocializándose

---

<sup>77</sup> Ibid. pp. 62 y 63.

<sup>78</sup> Ibid. pp. 63 y 64.

<sup>79</sup> Ibid. pp. 64 y 65.

<sup>80</sup> COBO DEL ROSAL, Manuel; y, VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho Penal. Parte General*. Op. Cit. p. 731.

<sup>81</sup> ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. *La Pena. Parte General*. Tomo I. Op. Cit. p. 170.

correctamente, aunque requiriendo asistencia psicológica para recuperarse del calvario de la prisión.

Quienes defienden la resocialización y creen que el reo puede ser rehabilitado, nunca han pisado una cárcel, o sus conocimientos de Derecho Penal Ejecutivo son inexistentes. La cárcel es un submundo, con una subcultura, donde abunda mucha más criminalidad que en el exterior. Por supuesto que esto está mal y que no debería ser así, pero así es, y las cosas deben ser expuestas como son, y no solo como deberían ser. Por esto el académico ecuatoriano, Ramiro GARCÍA FALCONÍ, es determinante al decir que:

*La convivencia carcelaria es de una complejidad muchísimo mayor de la que se imagina cualquiera que no esté familiarizado con el ámbito penal. Estas microsociedades tienen un sistema de normas y reglas no escritas, pero brutalmente reafirmadas día a día. Se asignan roles a los presos por sus habilidades, pero sobre todo, por su capacidad de violencia. Los más violentos ejercen jefatura y son los colaboradores del sistema. Hacen el trabajo sucio de policías y guías penitenciarios, cuando se trata de disciplinar a algún revoltoso que no acepte las imposiciones de quienes ejercen el poder. Su actividad no se limita al “disciplinamiento” de una masa heterogénea y predispuesta a la violencia, pues controlan también el tráfico de estupefacientes que a vista y paciencia de las autoridades se introduce todos los días en nuestras cárceles. Los malos repartos son fuente constante de peleas y el control de zonas específicas de las cárceles se gana a golpes y cuchilladas. Las agresiones sexuales son pan de todos los días y en muchos casos, el permitirlos es el único medio con el que cuentan algunos presos para poder sobrevivir.<sup>82</sup>*

Lo aseverado por GARCÍA FALCONÍ es lo más sensato y realista que puede decirse en esta materia; hasta el momento hemos analizado el Derecho Penitenciario comparado pero todo queda en puras quimeras cuando decidimos abrir los ojos y ver la realidad. La cárcel es un submundo con una subcultura donde un Derecho de hecho propio y autónomo, basado en violencia y atrocidad impera.

Por todo lo expuesto podemos decir que esta corriente humanista se enfrenta a un doble problema: la pena no puede rehabilitar a quien no necesita rehabilitación y tampoco rehabilita a quien la necesita, ¿o es que alguien defiende que un reo, privado de la libertad por 25 años, en una prisión de máxima seguridad, aislado por 25 años de la sociedad, conviviendo con criminales peligrosos, asesinos, violadores, estafadores, durante todo este tiempo, ajeno a los avances culturales, políticos y tecnológicos, es

---

<sup>82</sup> GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. *¡No entienden la realidad de nuestras cárceles!.* Columnista. Editorial. Diario el Universo de Ecuador. Guayaquil. Edición de 18 de febrero de 2013.

capaz de volver campantemente después de 25 años y reinsertarse pacíficamente en una sociedad que le es totalmente ajena?

Comprendo el ímpetu de buscar que la pena sea más humana y no sólo un dolor retributivo, sin embargo, debemos defender que la rehabilitación sea un ideal, pero no un fin de la pena, y debe quedar claro que no es un fin de la pena, y que si lo es, al igual que dijimos en el caso de la protección de bienes jurídicos, es una finalidad e institución históricamente fracasada, que no ha funcionado y que entonces debe desaparecer.

En el caso del Derecho Penal Simbólico, tenemos un inconveniente: si la norma no se aplica y funge de mero simbolismo, entonces no hay a quien intentar rehabilitar.

### **3.6. Reafirmar la vigencia real de la norma**

Como ya se dijo, podríamos vernos privados de todas las ramas del Derecho y sin embargo sobrevivir, pero nunca podría existir una sociedad sin Derecho Penal. Esta rama es la que nos garantiza que los fines del contrato social se cumplan, y con ella se alcanza, principalmente, la seguridad jurídica.

Si yo se que está prohibido matar (sin la existencia de una causa de justificación o excusa legal absolutoria) y veo que mi vecino asesina a su esposa y no es juzgado, por lo tanto penado conforme a lo establecido por el Código Penal, y puede campantemente seguir con su vida, entonces únicamente podré concluir que la prohibición de matar no está vigente, lo que además de crear inseguridad jurídica, me dará la libertad de matar cuando sea necesario, sin límites, porque se que mi delito no tendrá consecuencia jurídica alguna, por lo mismo, incluso la prevención general pierde vigencia.

Es precisamente ésta una de las finalidades de la Pena, que al aplicarla, se reafirme que la norma está vigente, y por lo tanto las consecuencias jurídicas que emanan de ésta. Estas consecuencias jurídicas deberán ser sobre todo actuales, puesto que si no lo son, también podríamos estar ante un caso de una norma innecesaria porque no puede ser aplicada, y que por lo tanto debe ser derogada.

Una norma vigente es la que permite que la armonía social no dimita, una no vigente, la que debe ser suprimida; estamos ante un proceso de autoevaluación del Derecho. JAKOBS en la actualidad es el mayor defensor de esta teoría, sobre todo cuando explica la existencia del Derecho Penal del Enemigo.

BUSTOS RAMÍREZ defiende lo siguiente: mediante la pena el Estado demuestra su existencia frente a todos los ciudadanos y señala que el sistema, elegido por el propio Estado, sigue vigente.<sup>83</sup> El autor chileno mantiene que de la pena no surgen fines, sino funciones.<sup>84</sup> Explica también que mediante la pena el Estado se auto-constata ideológicamente y ejerce una función de protección de su sistema, luego de los bienes jurídicos que ha determinado como tales.<sup>85</sup>

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA explica que el Derecho Penal se presenta como un instrumento para la estabilización del sistema. El autor explica que la pena, en sentido funcionalista, tiene tres efectos: “a) ejercitar en la confianza de la norma; b) ejercitar en la fidelidad al derecho; y, c) ejercitar en la aceptación de las consecuencias.”<sup>86</sup>

Entonces el Derecho Penal, por medio de la pena, no protege bienes jurídicos, sino que protege la vigencia de la norma. La norma no repara bienes, lo que funcionalmente hace es confirmar la identidad normativa de la sociedad.<sup>87</sup>

Las consecuencia de la erosión de la seguridad cognitiva son, en palabras de POLAINO-ORTS, las siguientes: 1) Imposibilidad de una razonable confiabilidad de las normas jurídicas; 2) Incapacitación normativa de orientar conductas; y, 3) Impedimento de juridicidad completa.<sup>88</sup> Por esto POLAINO-ORTS es enfático al señalar que:

*“la orientación en base a expectativas normativas es presupuesto del concepto de persona y con ello de la juridicidad completa. Sin corroboración normativa ni las normas ni las personas pueden configurar la estructura social, esto es: sin una*

---

<sup>83</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Derecho Penal. Parte General*. Op. Cit. p. 175.

<sup>84</sup> Id.

<sup>85</sup> Id.

<sup>86</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima. 2004. p. 138.

<sup>87</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Funcionalismo Normativo: Una Visión Crítica*. Resumen. Op. Cit. p. 4.

<sup>88</sup> POLAINO-ORTS, Miguel. *Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo*. Op. Cit. pp. 276-284.

*seguridad cognitiva calculable y razonable en la vigencia de la norma no es realizable el proyecto de justicia social que consagran las normas jurídicas.”*<sup>89</sup>

La pena tiene la función de reafirmar y asegurar, como un medio comunicacional entre los individuos de la sociedad, que una norma está vigente, y funcionalmente termina siendo ésta la única función realmente constatable. Con el ejemplo inicial, en el caso de una víctima de violación, tenemos: 1) Un bien jurídico protegido vulnerado, por lo tanto el Derecho Penal no pudo cumplir con la finalidad de proteger bienes jurídicos; 2) Un violador, por lo mismo la Prevención General Positiva y Negativa falló; 3) Un violador, por lo tanto es necesario expulsarlo –hacia una cárcel- para garantizar que no vuelva a abusar sexualmente de otro ciudadano, por lo tanto, la Prevención Especial es necesaria, útil, más no un fin *per se*; 4) El violador, en el “centro de rehabilitación social”, seguramente será violado -y quien niegue esto carece de todo conocimiento de las leyes de hecho que rigen en las cárceles- y se mantendrá aislado, en el Ecuador, hasta por 16 años de la sociedad, por lo tanto resulta patético afirmar que será rehabilitado; 5) Al ser procesado y condenado, tenemos la absoluta certeza de que el precepto prohibitivo “no violarás”, está vigente.

Resulta triste verificar que al final, la pena tiene una función tan simple, tan sencillamente constatable, pero es la única comprobable y comprobada; la única que demuestra que el Derecho Penal es práctico y no solo dogmático.

El Derecho Penal Simbólico nuevamente nos defrauda en esta finalidad y función, porque como veremos, en el Derecho Penal Simbólico, al no aplicarse los tipos Penales y por lo mismo al no existir consecuencias jurídicas, el aseguramiento de la vigencia de la norma falla, y por consiguiente se determina que no está vigente, que por último es fundamento necesario para que cada vez tengamos menos razones que nos mantengan unidos como sociedad.

### **3.7. Toma de postura sobre la función de la pena**

Si bien parecería ser que con lo expuesto ya ha quedado clara la postura que se defiende en esta obra, es necesario, sumariamente aclararlo.

---

<sup>89</sup> *Ibíd.* p. 284.



La pena debe ser comprendida desde dos fases innegables: amenaza legislativa y aplicación del castigo. No hace falta decir que la ignorancia de la ley no excusa a persona alguna, sin embargo, realistamente hablando, incluso los abogados desconocemos la mayor parte de la ley, puesto que no somos todólogos -y los todólogos no son juristas-. En cualquier país, al preguntarle a un Penalista sobre las reformas actuales del código de comercio o de la ley de hidrocarburos, nos responderá: “no tengo ni la menor idea”. Tal es así que al preguntarle a un civilista sobre plazos y términos en materia Penal, encontraremos solo silencio. Y está bien que sea así, ya que solo la especialidad garantiza la excelencia.

Con lo expuesto, si incluso los abogados desconocemos gran parte de nuestro ordenamiento jurídico, ¿podemos exigirle a un arquitecto, psicólogo, médico, veterinario, electricista, obrero, chofer, guardia de seguridad, etc., que conozca todo el ordenamiento jurídico, o por lo menos todo el Código Penal? Por supuesto que no, y esto hace imposible pretender que la prevención general positiva sea un fenómeno real y posible.

Por otro lado: ¿conocemos los abogados todas las jurisprudencias en materia penal y estamos al tanto de todos los procesos penales que se llevan a diario? No. ¿podemos exigirles esto a las personas que ejercen otra profesión? Peor aún. La prevención general negativa únicamente, por lo dicho, tiene efecto en el círculo más cercano al condenado, y ¿es disuasivo para ellos? Basta con decir que en los países en que se ha adoptado la pena de muerte no ha existido un decrecimiento de la criminalidad, lo que constata, que el fin preventivo es ficticio a modo general.

¿Prevención especial negativa? Definitivamente correcto. Quien está en una cárcel no está en la sociedad, es un principio básico y elemental de la física: “un mismo cuerpo no puede estar en dos lugares al mismo tiempo”. Por lo mismo, el asesino “en serie” no podrá seguir ejecutando su sangriento ritual mientras se mantenga encerrado y aislado de sus potenciales víctimas. A pesar de esto, la prevención especial positiva tiene una falencia: es temporal en aquellos países donde no está reconocida la cadena perpetua o la pena de muerte, ya que, como vimos, la prevención especial positiva o rehabilitación, no existe y no es tal, entonces la prevención especial negativa únicamente podrá servir como función de la pena mientras ésta dure. Y, por consiguiente, podemos concluir que en los países en que

existe la pena de muerte o la cadena perpetua, la prevención general positiva sí es una finalidad de la pena, y no solo una función temporal.

Con lo desplegado podemos concluir inicialmente diciendo que al parecer las finalidades y funciones de la pena expuestas, podrían incluso ser reales y constatables, pero únicamente dependiendo de la sociedad y ordenamiento jurídico específico que se estudie.

Entonces, la única finalidad y función de la pena que es globalmente constatable y probada, es la reafirmación y aseguramiento de la vigencia real de la norma, puesto que, no importa quien delinca, ya sea con dolo o culpa, ya sea en palabras de JAKOBS, ciudadano o enemigo, la norma, al ser vulnerada, queda en el limbo, pero cuando después de un proceso Penal –deseando que sea mediante el debido proceso- la pena es aplicada al individuo que violó el precepto prohibitivo, entonces la norma se reafirma como vigente, asegurando al Estado y al sistema que la norma está vigente, que funciona, y de ese modo incluso se da un proceso comunicacional a la sociedad –culto e ilustrada únicamente-, diciéndoles: “el sistema funciona y está vigente”.

Por último, debo parcialmente defender a la retribución como una función pragmática, ya que nadie puede negar que la pena Penal es un dolor impuesto mediante castigo. Sería ilógico defender que la pena no duele, y duele precisamente porque debe doler. La pena es a fin de cuentas un ataque a los derechos humanos del delincuente, por ejemplo: a su libertad. La pena siempre significará y representará una lesión impuesta al individuo que vulneró las normas jurídicas y sociales, y por lo mismo es un mal que recae sobre él como consecuencia jurídica del cometimiento de un delito. Me adhiero a la fórmula matemática que expone MAPELLI: El delito es la negación del Derecho, la pena es la negación del delito, negativo más negativo = positivo, por lo tanto con la pena la Justicia se restituye.

En general la lesividad palpable y real del cometimiento de un delito es irreparable, donde la reparación civil solo es un analgésico, pero donde la lesión y el daño nunca se repara, por lo tanto, nunca estamos frente a un caso de retrotraer las cosas al momento anterior del cometimiento del delito, por lo mismo, y utilizando esta firme aseveración, cuando le preguntamos a la familia del asesinado que quieren hacer con el asesino, cuando le preguntamos a la violada que quiere hacer con su

violador, e incluso cuando le preguntamos al robado que quiere hacer con su ladrón, ¿qué respuesta obtenemos?: JUSTICIA, y creo que es más que evidente lo que eso significa.

Vimos en su momento que el Derecho Penal Simbólico no tiene un contenido y fundamento de política criminal, además, y quizá por eso, tampoco alcanza a cumplir con ninguno de los fines de la pena que ha propuesto la doctrina. ¿Si no cumple con ninguna finalidad entonces para qué existe? El Derecho Penal Simbólico no es puramente Derecho Penal, sino que es un remedio venenoso para aquellos que buscan en los símbolos su salvación.

## II. SEGUNDO CAPÍTULO

La razón no tenía nada que ver en todo aquello. Lo dominaba una compulsión mucho más fuerte. En el mundo no existía la razón, meditó con gravedad, únicamente había un infinito mar de compulsiones irracionales que cambiaba con las mareas y llevaba sus precios humanos allí donde quería.<sup>90</sup>

<Simon Scarrow>

### 4. El Derecho Penal Simbólico

La sociedad funciona única y exclusivamente porque tiene normativa vigente que la regula. Sin ley, sin norma, la sociedad colapsaría, volveríamos todos a nuestro estado de naturaleza y permitiríamos que el egoísmo de la supervivencia acapare todo el poder posible para así poder someter, arbitrariamente, a nuestro vecino bajo el yugo antojadizo de nuestros instintos.

---

<sup>90</sup> SCARROW, Simon. *Las Garras del Águila, Libro III de Quinto Licinio Cato, un optio contra los bárbaros británicos*. Editorial Edhasa. Pocket. Barcelona. 2011. p. 369.

Imaginemos el caso hipotético de que un día nuestro gobierno diga: “derogo todas las leyes existentes, sus actos no tendrán consecuencia jurídica alguna”. A los pocos días veremos incluso al más honesto y pulcro de los ciudadanos, vaciando cajas registradoras ajenas, eliminando a sus enemigos, ocupando viviendas ajenas o incluso huyendo de los presos liberados. ¿Existe alguien que crea que nos podríamos comportar como una sociedad civilizada? Definitivamente la vieja máxima *ubi societas, ibi ius; ubi ius, ibi societas* se equivoca. Lo correcto es únicamente: *ubi ius, ibi societas*, suprimiendo la falacia *ubi societas, ibi ius*.

La civilización y su orden existe únicamente porque existen normas que la compactan para tal fin. Sin ley la civilización es una ficción. Justamente es aquí donde los anarquistas se equivocan, ya que, en sus distintos niveles y tendencias, pretenden que exista un mundo donde no seamos “oprimidos por el Derecho de unos pocos para todos”. Los anarquistas podrán tener mucho conocimiento, pero definitivamente carecen de toda sabiduría social, lo cual, al fin y al cabo, los hace ser asociales.

Más grave aún es verificar que existen exclusivamente anarquistas-Penales, es decir, juristas disfrazados de Penalistas que en sus innumerables obras se dedican a desprestigiar al Derecho Penal, a deslegitimar su propia existencia, sugiriendo incluso al subconsciente que la sociedad ideal y perfecta será únicamente aquella que puede prescindir del Derecho Penal.

Estos “prestigiosos” autores al aseverar esto desconocen la misma estructura y razón de ser de la sociedad. Bien se dijo en el primer capítulo que la sociedad no está compuesta por súperhombres, por lo tanto el Derecho Penal es la rama más importante del Derecho, la única que puede garantizar la armonía social. Sin Derecho Penal no hay sociedad posible. Sin Derecho Penal el Estado se convierte en una entelequia inimaginable.

Nadie sensato, o por lo menos nadie que le tenga un mínimo de respeto a la dogmática Penal y al realismo social, puede aseverar los homo sapiens sapiens

podemos comportarlos civilizadamente sin norma Penal que nos limite a ser libertinos.

Sin miedo podemos peligrosamente aseverar lo siguiente: la existencia misma de las sociedad se tambalea en la fragilidad del Derecho Penal, depende del Derecho Penal y solo puede existir a largo plazo, como un conglomerado de voluntades humanas, si es que el Derecho Penal es real y está vigente, puesto que nada puede subsistir sobre bases irreales, ficticias, invisibles o simbólicas.

De ahí la importancia de la primera parte de esta obra y de la verificación de que la norma Penal, a través de su pena, lo único que hace (o por lo menos lo más importante que hace) es confirmar la vigencia real de la norma. Sólo con una norma vigente y con esta certeza, la norma puede, en un sentido funcionalista normativo, orientar nuestras conductas hacia las expectativas sociales.

Con esta introducción podemos entrar al oscuro campo del Derecho Penal Simbólico, que anticipadamente se lo puede definir como una ficción, como un Derecho Penal que no es más que simbolismo, pero que bajo ningún concepto es real y está vigente. Esto debería preocuparnos y alarmarnos, porque la expansión del Derecho Penal Simbólico parece imparable, y cuando todo sea simbolismo, entonces la sociedad no tendrá base sobre la cual apoyarse y sustentarse, y será solo cuestión de tiempo hasta que el contrato social de ROUSSEAU llegue a su fin.

#### **4.1 Concepto**

Podemos definir al Derecho Penal Simbólico como: tipos Penales reales, es decir, conductas típicas, antijurídicas, punibles y culpables, reconocidas por el ordenamiento jurídico, que únicamente tiene el fin de actuar como un placebo social o marketing de ideologías o de seguridad. Estos tipos Penales no se aplican, no se han aplicado o en varios años se han aplicado pocas veces solo con fines demostrativos, y existen únicamente para darle al ciudadano una perspectiva de política criminal ficticia, que calme sus ánimos y angustias y le permita creer que el Derecho Penal es solvente en la protección de la sociedad como estructura indispensable para su propia existencia.

En palabras más sencillas: el Derecho Penal Simbólico son todos aquellos preceptos prohibitivos que contemplan una pena, pero que se legislan e incorporan al Código Penal sin una base de política criminal y a sabiendas de que no serán aplicados, o que los delitos tipificados son imperseguibles, únicamente como herramienta política, utilizada para responder a las exigencias de los ciudadanos frente a sus gobernantes.

Entonces el Derecho Penal Simbólico es más político que jurídico y únicamente responde a un marketing político donde los legisladores, para ganar votos o devengar sus salarios, simulan estar trabajando en pro de la sociedad, creando bases ficticias, simbólicas, que al no ser reales ponen en peligro a toda nuestra sociedad. El Derecho Penal Simbólico es una bomba de tiempo, tiempo que se nos acaba.

El Derecho Penal Simbólico tiene como precursor y patrocinador a los medios de comunicación, los cuales publican los males sociales y las preocupaciones de la sociedad, la mayoría de veces magnificándolas en extremo, y de este modo obligando al legislador a actuar en pro de aquellos acontecimientos, lo que les guía a legislar inconscientemente, sin dogmática de soporte, y a crear nuevos tipos Penales, que nunca se aplicarán, y que más grave aún: nunca se reafirmarán como vigentes.

Ya veremos algunos ejemplos en la última parte de esta obra, sin embargo, podemos adelantar, para que el lector tenga más claro el concepto, algunos ejemplos: la prensa publica durante tres meses seguidos la existencia alarmante de sicariato en el Ecuador, entrevista a los familiares de las víctimas y presenta estadísticas por esta modalidad de asesinato. Sin importar que “matar por precio o recompensa” ya sea una forma de cometer asesinato, los legisladores, haciendo alarde de su ignorancia y discapacidad jurídica, responden a la prensa, no con Derecho, sino con populismo, y crean un nuevo tipo Penal: el delito de sicariato.

Este es un caso real. Se ha visto un sinnúmero de veces a leguleyos en las radios y televisión diciendo que el sicariato no está tipificado, cuando si lo está, pero no con ese nombre ni de forma autónoma. Tras tanto espectáculo, los legisladores bailan al son que la prensa manda y tipifican: el sicariato. ¿Y la política criminal?

El caso expuesto es de un tipo Penal que es Derecho Penal simbólico porque busca ser un placebo social y que los ciudadanos sintamos que estamos protegidos por

el Derecho Penal, cuando no por crearse este nuevo tipo quiere decir que la criminalidad en materia de sicariato decrecerá.

Otro caso grave es el del aborto. Mi hipótesis es que nadie ha sido sentenciado por aborto y que es un tipo Penal absurdo por inaplicable, pero que existe como simbología de una ideología conservadora, católica, que protege la vida desde la concepción, cuando el delito de aborto lo único que consigue es que más mujeres fallezcan en clínicas clandestinas al practicarse un aborto ilegal. El aborto es Derecho Penal Simbólico y lo probaré en esta obra.

Con esta introducción a su concepto, el cual ha dejado claro que el Derecho Penal Simbólico se define a si mismo como : delitos simbólicos, ficticios, no reales, ni aplicables, ni garantes de armonía social, podemos verificar que dice la escasa doctrina al respecto. A pesar de que son muy limitadas las fuentes en esta materia y que esta temática nunca ha sido trabajada de forma autónoma, algunos de los grandes doctrinarios Penales lo han comentado, aunque sea sumariamente, y gracias a ellos podemos tener un panorama mucho más claro.

#### **4.2. Doctrina**

Si bien su utilización no es novedosa, su conceptualización sí es contemporánea. El Derecho Penal Simbólico se refiere, como ya vimos en el subcapítulo anterior, al uso de instituciones Penales, ya sean normativas sustantivas o adjetivas (e incluso ejecutivas), que tienen como único fin crear un simbolismo de seguridad y eficacia, es decir, se crea un placebo social apaciguador, tomando en cuenta que en realidad es puro simbolismo y cuyos efectos reales y constatables son inexistentes.

Por ejemplo, en un país donde la ciudadanía muestra cada vez más preocupación por la inseguridad y criminalidad y su descontento con el control Estatal de la delincuencia tiene una curva creciente, como estrategia, se pueden aumentar los años de pena privativa de la libertad para delitos de indiscutibles efectos sociales, como el hurto, robo, violación, usura, asesinatos, etc., con el fin de crear un ambiente de seguridad. El aumento de penas es un placebo que crea un efecto psicológico en la ciudadanía. Este método es usualmente utilizado por los gobiernos para afianzar su

poder, pero en realidad está demostrado que el aumento de las penas no disminuye la criminalidad, motivo por el cual estrategias como éstas se las ha estudiado y denominado: Derecho Penal Simbólico.

¿Quedan aún ingenuos en el mundo que crean que la pena de muerte o la cadena perpetua pueden mejorar la seguridad y hacer reflexionar al criminal? Por supuesto que si, eso es lo grave.

En esta parte tenemos que tener cuidado, Derecho Penal del Enemigo no es sinónimo de Derecho Penal Simbólico, sin embargo, el Derecho Penal del Enemigo puede llegar a ser utilizado como Derecho Penal Simbólico. Es por esto que SILVA SÁNCHEZ establece que el Derecho Penal Simbólico necesita del Derecho Penal del Enemigo para lograr su fin de “*absurdas cruzadas morales*”<sup>91</sup>, lo cual, evidentemente, tiene sustento parcialmente, puesto que si bien el profesor español declara una innegable realidad, no aclara que ésta no es la única herramienta que ostenta el Derecho Penal Simbólico.

Es importante entender que una misma institución puede ser, al mismo tiempo –hablando desde la doctrina- Derecho Penal del Enemigo y Derecho Penal Simbólico, de forma total o parcial. A los humanistas usualmente les preocupa el Derecho Penal del Enemigo que no es Derecho Penal Simbólico, pero, sin sentido alguno, incluso critican –y como siempre sin fundamentos- al Derecho Penal del Enemigo cuando es también Derecho Penal Simbólico.

Ahora bien, el Derecho Penal –sea del Ciudadano o del Enemigo- podrá ser Derecho Penal Simbólico según determinadas y exclusivas circunstancias de: institucionalidad política, sistema de gobierno, ubicación geográfica, instituciones procesales, cualidad y calidad jurisdiccional, ideología, infraestructura penitenciaria, recursos económicos, incidencia de la religión, densidad demográfica, e incluso me atrevería a decir: clima.

Con lo anteriormente explicado quiero decir que una misma institución del Derecho Penal del Enemigo puede ser Derecho Penal Simbólico en Ecuador y no

---

<sup>91</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Reimpreso. Editorial Bosch. Sevilla. 2002. p. 305. Obra citada en ALLER, Germán. *El Derecho Penal del Enemigo y La Sociedad del Conflicto* en Derecho Penal Del Enemigo: El Discurso Penal De La Exclusión. Vol. 1. Montevideo: B De F, 2006. p. 87.



serlo en Honduras, o serlo parcialmente en Irán y no serlo en Vietnam. Por eso el análisis del Derecho Penal Simbólico jamás puede ser generalizado y debe ser sometido a un exhaustivo análisis individualizado para determinar su existencia total, parcial o nula, según el lugar donde se lo finge aplicar.

BARATTA es claro al definir al Derecho Penal Simbólico, al cual determina como “[...] *la creación, en el público, de una ilusión de seguridad y un sentimiento de confianza en el ordenamiento y en las instituciones que tienen una base real cada vez más escasa: en efecto, las normas continúan siendo violadas y la cifra oscura de las infracciones altísima*”.<sup>92</sup>

En cuanto al Derecho Penal del Enemigo, para CANCIO MELIÁ se da una fusión entre el Derecho Penal Simbólico y el punitivismo, puesto que en el Derecho Penal del Enemigo tiene una carga genética del punitivismo por el incremento de las penas como único instrumento de lucha contra la criminalidad y se recombina con el Derecho Penal Simbólico porque busca con la tipificación Penal crear una identidad social.<sup>93</sup>

En esta materia es fundamental la reflexión de BURCKHARDT, que habla de la “dogmática sin consecuencias”. Este concepto hace alusión a todos los principios, corrientes doctrinarias, teorías sistemas jurídico-dogmáticos, que no son relevantes en la práctica, que no son aplicables, que no tienen ningún efecto en el proceso Penal a la hora de determinar la culpabilidad o la pena o que resultan neutralizadas por la legislación vigente de un Estado o cuando no encuentra un “eco” adecuado.<sup>94</sup> Entonces la reflexión es que de nada sirve una teoría si no puede ser aplicada. Muy bien, pero el Derecho Penal Simbólico no es dogmática sin consecuencias, es el nombre que lleva el placebo que utiliza la política penal y la política criminal.

---

<sup>92</sup> BARATTA, Alessandro. *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: Una Discusión en la Perspectiva de la Criminología Crítica*. en AA.VV. “Pena y Estado”. Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile. 1995. p. 53. Obra citada en ALLER, Germán. *El Derecho Penal del Enemigo y La Sociedad del Conflicto*.” Op. Cit. p. 87.

<sup>93</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. *De Nuevo ¿“Derecho Penal del Enemigo”?*. en Derecho Penal Del Enemigo: El Discurso Penal De La Exclusión. Vol. 1. Montevideo: B De F, 2006. Op. Cit. pp. 363 y 364.

<sup>94</sup> BURCKHARDT, Björn. *Strafrechtswissenschaft*. en ESER/HASSEMER/BURKHARDT. pp. 11, 127 y ss. Obra citada en AMBOS, Kai. *Derecho Penal del Enemigo*. en Derecho Penal Del Enemigo: El Discurso Penal De La Exclusión. Vol. 1. Montevideo: B De F, 2006. pp. 143 y 144.

¿Es el Derecho Penal Simbólico dogmática sin consecuencias? Definitivamente no, ya que sus consecuencias pueden ser nefastas, haciendo que la sociedad base su existencia en ficciones, absolutamente irreales que carecen de seguridad en su vigencia.

BORJA JIMÉNEZ explica que el Derecho Penal Simbólico es una forma de legislar para resolver conflictos sociales que consiste en: ante un conflicto Penal grave que alarma a la sociedad, los medios de comunicación alarman a la sociedad con constante aprovechamiento del espacio para vender, con criterios de la ideología de la globalización (lucrar), y ante esa alarma social surge odio hace el presunto culpable (es culpable sin proceso), luego la gente se siente insegura y surge la idea de que el político que pueda solucionarlo será quien más votos obtenga (ideología de la globalización: obtener el máximo beneficio), tomando en cuenta que nadie puede impedir estos sucesos, sino únicamente hacer creer que es posible neutralizarlos. ¿Cómo? Reformando la ley Penal y haciendo creer a la sociedad (ingenua) que así se solucionan uno, dos o tres casos alarmantes.<sup>95</sup>

BORJA JIMÉNEZ explica que el gran problema de la utilización del Derecho Penal Simbólico es que resulta que lo importante no es resolver el problema, sino controlar las mentes y percepciones de los ciudadanos. La criminalidad se transforma y el gran criminal es el Estado, que coarta la libertad de los ciudadanos. A la ideología de la globalización no le importan los daños que causen, siempre y cuando obtengan el máximo beneficio. Usualmente el Derecho Penal Simbólico se expande contradiciendo y menoscabando cada vez más los principios de proporcionalidad, necesidad, oportunidad, y sobre todo el de mínima intervención.

Manuel CANCIO MELIÁ mantiene que la introducción de la norma Penal debe ser consecuencia de una modificación real de una condición social, y no tener objetivos subliminales políticos del legislador.<sup>96</sup>

BORJA JIMÉNEZ sostiene que el Derecho Penal Simbólico no es un programa para educar, no es un programa que reduce la violencia (la política criminal

---

<sup>95</sup> BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Apuntes Master De Derecho Penal de la Universidad de Sevilla. Materia: Interculturalidad y Derecho Penal. Sevilla. 29 de octubre de 2012.

<sup>96</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. *Apuntes de Manuel Cancio Meliá*. Máster de Derecho Penal – Universidad de Sevilla. Módulo: La política criminal en Occidente: expansión del Derecho penal y Derecho penal del enemigo. 10 y 11 de noviembre de 2009.

correcta, pero la más larga), es un programa barato, simple y rápido y pone como ejemplo los delitos de incendios forestales.<sup>97</sup>

El ejemplo de los delitos de incendios forestales es excelente. En épocas de verano donde el sol abunda y crecen las sequías, es normal, en la mayoría de países con climas secos y con grandes extensiones forestales, que se produzcan incendios, ya sea que surjan por el dolo de algún desadaptado, pirómano, o porque los excursionistas son irresponsables y dejan basura (vidrios, plásticos, etc.) en los bosques, lo cual produce incendios. Por el gran daño ambiental y la importancia (real) que le dan a este problema los medios de comunicación y los agentes sociales (asociaciones de bomberos), al legislador no se le ocurre mejor idea que tipificar el delito de “provocar incendios forestales, de forma dolosa o culposa”.

Para cualquier persona con criterio esta medida resulta absurda y patética, porque al tipificar este delito sabemos que no van a reducirse los incendios forestales. Una conducta prohibida y penada impregnada en el Código Penal no apaga el fuego. Lo triste es que la gran parte de la población cree que esa es la solución. E aquí un claro ejemplo de Derecho Penal Simbólico. El tipo Penal de delitos de incendio forestal no es un extintor, peor aún cuando nunca se consigue encontrar al responsable, entonces, ¿por qué la sociedad piensa que están a salvo del fuego? Porque se acostumbraron a sustentar sus vidas en símbolos.

CANCIO MELIÁ hace la siguiente reflexión: para la teoría de la prevención general positiva la norma significa la afirmación de una tesis (no matar), una antítesis (la conducta del sujeto atribuible a la falta de comunicación con la tesis) y la pena (que es una contradicción entre la tesis y la antítesis que no es más que la síntesis a través de la pena de que la norma sigue existiendo). Entonces concluye que las normas de Derecho Penal Simbólico carecen de síntesis, ya que nunca se pena al sujeto infractor aunque exista una tesis y una antítesis.<sup>98</sup>

Es importante tener claro que incluso puede existir una aplicación selectiva con un mero acto ejemplificativo que busca crear un simbolismo como placebo social.

---

<sup>97</sup> BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Apuntes Master De Derecho Penal de la Universidad de Sevilla. Materia: Interculturalidad y Derecho Penal. Sevilla. 29 de octubre de 2012.

<sup>98</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. *Apuntes de Manuel Cancio Meliá*. Máster de Derecho Penal – Universidad de Sevilla. Módulo: La política criminal en Occidente: expansión del Derecho penal y Derecho penal del enemigo. 10 y 11 de noviembre de 2009.

La prevención efectiva no es simbolismo incrementando las penas, sino que existan unidades y mecanismos procesales reales que fácticamente muestren la secreción de estos delitos gracias a sus actuaciones legales.

CANCIO MELIÁ dice, sin temor alguno y de forma frontal e irrefutable que *"los políticos no son estúpidos al pensar que una pena incrementada puede acabar con tal o cual acto delictivo, sino que piensan que nosotros somos estúpidos para creerlo"*<sup>99</sup>

Solo la pena útil puede ser justa. Porque se obtiene una utilidad social que no puede estar ligada a una ideologización Penal, sino a una utilidad fáctica.

Como veremos en el subcapítulo correspondiente, en Ecuador los “delitos de odio” son un ejemplo de Derecho Penal Simbólico, los cuales no son un invento de nuestro legislador, sino que como siempre, es una triste copia de tipos Penales españoles; ya sabemos que el legislador ecuatoriano se caracteriza por siempre hacer alarde de su ignorancia e incapacidad, por lo que sólo se les ocurre copiar modelos criminales extranjeros. Lo ideal sería que, si ya es inevitable que copien, que por lo menos lo hagan de las instituciones correctas.

Los Delitos de Odio son copiados de España (artículos 510, 511 y 512 del Código Penal español)<sup>100</sup>. En España nunca se han aplicado estos delitos. Se intenta

---

<sup>99</sup> Id.

<sup>100</sup> Código Penal. España: SECCIÓN 1.ª DE LOS DELITOS COMETIDOS CON OCASIÓN DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DE LAS LIBERTADES PÚBLICAS GARANTIZADOS POR LA CONSTITUCIÓN

**Artículo 510.**

1. *Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.*

2. *Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía.*

**Artículo 511.**

1. *Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.*

2. *Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la*

decir, como parte de la comunicación social, que España no tolera la discriminación y el odio, lo cual es únicamente marketing. Por eso CANCIO MELIÁ correctamente dice que *"es un mecanismo de reafirmación de que nuestros sentimientos colectivos no permiten este tipo de manifestaciones (odio)."*<sup>101</sup>

Se criminaliza en España la convocatoria de manifestaciones públicas en que se utilicen consignas que puedan incitar a cometer delitos. Esto solo se ha aplicado al librero Nazi de Barcelona, probablemente, como aplicación selectiva ejemplificativa.

En Derecho Penal Simbólico puede ser parte de una campaña política, de un autoengaño colectivo, o una estrategia ejemplificativa, lo grave que a corto plazo se construye un placebo social, pero a largo plazo El Derecho Penal Simbólico solo crea un clima punitivista.

Debemos tener en cuenta, para continuar comprendiendo por qué el Derecho Penal Simbólico es no funcional y siempre será simbólico, que si el Derecho Penal funcionaría como erradicador absoluto y omnipotente de la criminalidad y las sociedades perfectas existieran, el Código Penal sería utilizado una sola vez y luego desaparecería. Pero esto no es cierto y nunca lo será.

El fenómeno del Derecho Penal Simbólico no es exclusivo del Ecuador o de España, sino que se vive, por los efectos de la globalización del Derecho, en todos los países; el autor argentino, José Daniel CESANO, dice que siente estupor porque *"cuando, diariamente, leemos en los periódicos o escuchamos el noticiario, observamos, con gran alarma, cómo los medios de comunicación lucran casi de forma obscena con el justo dolor de las víctimas del delito; utilizando ese dolor para*

---

*pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.*

*3. Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este Artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años.*  
**Artículo 512.**

*Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un período de uno a cuatro años.*

<sup>101</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. *Apuntes de Manuel Cancio Meliá*. Máster de Derecho Penal – Universidad de Sevilla. Módulo: La política criminal en Occidente: expansión del Derecho penal y Derecho penal del enemigo. 10 y 11 de noviembre de 2009.

*demandar un anormal crecimiento de las leyes penales*”<sup>102</sup>. Asimismo, el autor, dice que siente desaliento porque “*los responsables de la política criminal argentina, en vez de diseñar estrategias a largo plazo, que consulten, adecuadamente, a todos los actores sociales, quedan atrapados en ese discurso de permanente emergencia frente a la sensación de inseguridad.*”<sup>103</sup>

Según CANCIO MELIÁ, cuando se mezcla el Derecho Penal Simbólico y el Derecho Penal de Exacerbación Punitiva, aparece el Derecho Penal del Enemigo<sup>104</sup>. Además mantiene que el problema es que estos conceptos usualmente se escriben juntos y su distinción no es limpia.<sup>105</sup>

Lo que caracteriza al Derecho Penal Simbólico, según CESANO, es

*“una marcada ampliación del ámbito de lo penalmente prohibido, a través de la creación de nuevas figuras delictivas; neo-criminalización que cumple una función esencialmente retórica. Es decir: se trata de normas que no tienen una efectiva incidencia en la tutela real del bien jurídico al que dicen proteger (sencillamente porque no se aplican), pero que, sin embargo, juegan un rol simbólico relevante en la mente de los políticos y de los electores.”*<sup>106</sup>

Conforme a lo citado de CESANO, en los políticos, según SILVA SÁNCHEZ, el Derecho Penal Simbólico produce satisfacción de haber hecho algo, mientras que en los electores (ciudadanos), la impresión de tener los problemas bajo control.<sup>107</sup> Por lo que al final, en palabras de CANCO MELIÁ, los legisladores buscan

---

<sup>102</sup> CESANO, José Daniel. *La política criminal y la emergencia, (Entre el simbolismo y el resurgimiento punitivo)*. Derecho Penal Contemporáneo. Editorial Mediterránea. Serie Azul. Córdoba. 2004. p. 18.

<sup>103</sup> Id.

<sup>104</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. *Apuntes de Manuel Cancio Meliá*. Máster de Derecho Penal – Universidad de Sevilla. Módulo: La política criminal en Occidente: expansión del Derecho penal y Derecho penal del enemigo. 10 y 11 de noviembre de 2009.

<sup>105</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*. en JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conferencias sobre temas penales*. Universidad Nacional del Litoral. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Rubinzal – Culzoni. Santa Fe. 2000. p. 126. texto citado en CESANO, José Daniel. *La política criminal y la emergencia, (Entre el simbolismo y el resurgimiento punitivo)*. Derecho Penal Contemporáneo. Editorial Mediterránea. Serie Azul. Córdoba. 2004. p. 24.

<sup>106</sup> CESANO, José Daniel. *La política criminal y la emergencia, (Entre el simbolismo y el resurgimiento punitivo)*. Derecho Penal Contemporáneo. Editorial Mediterránea. Serie Azul. Córdoba. 2004. pp. 24 y 25.

<sup>107</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Editorial J.M. Bosch. Barcelona. 1992. p. 305. obra citada en CESANO, José Daniel. *La política criminal y la emergencia, (Entre el simbolismo y el resurgimiento punitivo)*. Derecho Penal Contemporáneo. Editorial Mediterránea. Serie Azul. Córdoba. 2004. p. 25.

bienes jurídicos “hasta debajo de las piedras”<sup>108</sup> para justificar la creación de nuevos tipos Penales.

CESANO explica que la creación de estas nuevas figuras delictivas no se explica por la pretensión de evitar conductas socialmente dañosas, sino únicamente para apaciguar a la opinión pública en un momento determinado, aparentando eficacia en la lucha contra la delincuencia y la criminalidad.<sup>109</sup>

Profundizando más en la doctrina de este fenómeno expansionista podemos decir que las causas fundamentales<sup>110</sup> del Derecho Penal Simbólico son:

- a. La identificación con la víctima. Se debe estudiar la "victimología victimodogmática". La víctima deja de ser un agente activo, el conflicto le es expropiado y el Estado pasa a representarlo. Se desplaza la soberanía de la víctima mientras se intenta devolverle su lugar. Aparece una perspectiva de víctima potencial (en la mente de toda la población) en la que uno no se quiere convertir.
- b. La atomización y pluralismo de una determinada sociedad conduce a que existan demasiados proyectos de vida con diferentes grados de valoración según el tiempo y la idiosincrasia. La sociedad demanda que se construyan categorías de control social y no únicamente que las subrayen. Se busca que el Derecho Penal construya a la sociedad, es decir, un imposible.
- c. La Globalización del Derecho Penal: Estatuto de Roma, delitos internacionales, etc. En todo caso como ni USA ni Rusia forman parte de estos convenios, por lo que el Derecho Penal Internacional únicamente es un mecanismo de control contra el tercer mundo. Con esto se ratifica que el Derecho Internacional Público no existe para todos y en igualdad de condiciones, por lo cual es una farsa.

---

<sup>108</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*. Op. Cit. p. 147. obra citada en CESANO, José Daniel. *La política criminal y la emergencia, (Entre el simbolismo y el resurgimiento punitivo)*. Derecho Penal Contemporáneo. Editorial Mediterránea. Serie Azul. Córdoba. 2004. p. 25.

<sup>109</sup> CESANO, José Daniel. *La política criminal y la emergencia, (Entre el simbolismo y el resurgimiento punitivo)*. Derecho Penal Contemporáneo. Editorial Mediterránea. Serie Azul. Córdoba. 2004. p. 25.

<sup>110</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. *Apuntes de Manuel Cancio Meliá*. Máster de Derecho Penal – Universidad de Sevilla. Módulo: La política criminal en Occidente: expansión del Derecho penal y Derecho penal del enemigo. 10 y 11 de noviembre de 2009.

CANCIO MELIÁ dice que sí funciona el Derecho Internacional de la sincronización entre países, tal como el Protocolo de Palermo, que además consigue que los países suscriptores adopten legislativamente nuevos delitos.

En la Comunidad Europea se utiliza la armonización Penal, donde en consenso se decide que debe pensarse y que no, es decir, se crean denominadores comunes (en Bruselas)<sup>111</sup>. Por último hay que tener claro que el Derecho Penal que sale de la globalización es un Derecho eficientista, nunca de valores.

El profesor CANCO MELIÁ es claro al establecer que por la promulgación de normas simbólicas el recurso al Derecho Penal no sólo parece como instrumento para producir tranquilidad mediante la promulgación de nuevos tipos destinados a no ser aplicados, sino que también surgen procesos de criminalización “a la vieja usanza”, es decir, procesos que conducen a normas Penales nuevas que sí son aplicadas o al endurecimiento de las penas en normas ya existentes.<sup>112</sup>

CUELLO CONTRERAS explica que esta concepción toma como presupuesto la idea de que la ley Penal cumple una función simbólica, es decir, que representa la decisión mayoritaria de tutelar con el instrumento más fuerte de defensa social del que dispone el ordenamiento jurídico, un valor fundamental relevante para la coexistencia humana.<sup>113</sup>

La sociedad de riesgo es, quizá, una de las explicaciones para la aparición no sólo de fenómenos reales como el Derecho Penal Simbólico, sino también de manifestaciones como el Derecho Penal del Enemigo.

La sociedad de riesgo parte de la constatación de tres grandes bloques, que en palabras de DÍEZ RIPOLLÉS son:

---

<sup>111</sup> Id.

<sup>112</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*. Op. Cit. pp. 131 y 132. obra citada en CESANO, José Daniel. *La política criminal y la emergencia, (Entre el simbolismo y el resurgimiento punitivo)*. Derecho Penal Contemporáneo. Editorial Mediterránea. Serie Azul. Córdoba. 2004. P9. 27 y 28.

<sup>113</sup> CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal español, Parte General*. 3ra Edición. Madrid. 2002. pp. 62 y 63. obra citada en BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Globalización y Concepciones Del Derecho Penal*. Estudios Penales y Criminológicos. Yyty. Separata. Universidad de Santiago de Compostela. Texto en PDF.



1. Generalización de nuevos riesgos que afectan a los colectivos, que pueden ser calificados como “artificiales” en cuanto al producto de nuevas actividades humanas derivadas de las nuevas tecnologías. Estos riesgos resultan de difícil anticipación y suelen basarse en la carencia de nuevos conocimientos técnicos.
2. Creciente dificultad para atribuir la generación de tales riesgos a determinadas personas, por lo que el control del riesgo es escaso, y por último no se puede imputar su responsabilidad a alguien.
3. Se ha difundido un exagerado sentimiento de inseguridad, que no siempre guarda estricta correspondencia con los riesgos reales, sino que se ve potenciada por la extensa y lucrativa cobertura mediática.<sup>114</sup>

Lo grave es que el legislador intenta dar seguimiento y respuesta eficaz a la sociedad de riesgo, utilizando las siguientes herramientas:

- a. Ampliación de los ámbitos sociales objeto de intervención Penal.<sup>115</sup>
- b. Transformación del blanco del Derecho Penal, es decir, se intensifica la persecución a los “poderosos”<sup>116</sup>, apareciendo así nuevas figuras penales tales como las pertenecientes al Derecho Penal Económico.
- c. Preeminencia otorgada a la intervención Penal en detrimento de otros instrumentos de control social<sup>117</sup>, por lo que aquello de que el Derecho Penal es la *ultima ratio* queda en entredicho.
- d. Necesidad de acomodar al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal a estos nuevos riesgos<sup>118</sup>, con el fin de generar eficacia.

¿Y qué genera lo anteriormente explicado sobre la sociedad de riesgo?

---

<sup>114</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Estudios y Debates en Derecho Penal. Editorial B de F. Buenos Aires. 2007. pp. 132 y 133.

<sup>115</sup> *Ibíd.* p. 134.

<sup>116</sup> *Ibíd.* pp. 134 y 135.

<sup>117</sup> *Ibíd.* p. 135.

<sup>118</sup> *Id.*

- 1) Incremento de la criminalización de comportamientos mediante la proliferación de nuevos bienes jurídicos colectivos.<sup>119</sup>
- 2) Incremento de delitos de peligro.<sup>120</sup>
- 3) Adelantamiento punitivo.<sup>121</sup>
- 4) Modificaciones a las garantías procesales.<sup>122</sup>

Sin duda el Derecho Penal Simbólico es una emanación de esta sociedad de riesgo, que en palabras de David FELIP i SABORIT aparece y se expande por las siguientes causas: 1. Nuevos intereses; 2. Nuevos riesgos; 2. Nuevos y mayores miedos; 4. Cambio de actitud de los agentes sociales hacia el Derecho Penal, la víctima y el delincuente; 5. Debilitamiento de otras formas de protección; 6. Desformalización y privatización de la intervención al servicio de una pretendida eficacia; 7. Globalización ; y, 8. Integración supranacional.<sup>123</sup>

VAN DE KERCHOVE dice que para que esta eficacia simbólica sobreviva a largo plazo, debe ser reactivada de tiempo en tiempo a través de cierta aplicación esporádica, puntual, incluso ritual de la ley penal, es decir, de forma selectiva ejemplificativa. El Derecho Penal pasa entonces a encarnar un rol político, de legitimación y de dirección de las conciencias de los ciudadanos, papel que antes le correspondía a la ética o a la moral.<sup>124</sup>

El catedrático valenciano, BORJA JIMÉNEZ, critica al Derecho Penal Simbólico y dice que este responde a fines políticos, donde el *“resultado es evidente: La definición de la conducta objeto de la incriminación suele ser difusa, abstracta, de difícil concreción”*.<sup>125</sup>

Miguel POLAINO NAVARRETE explica que hablar de la función simbólica del Derecho Penal es ver al Derecho Penal convertido en un mito, ya que ejerce sobre los ciudadanos un efecto psicológico que genera sentimientos varios y contradictorios,

---

<sup>119</sup> *Ibíd.* p. 136.

<sup>120</sup> *Id.*

<sup>121</sup> *Ibíd.* pp. 136 y 137.

<sup>122</sup> *Ibíd.* p. 137.

<sup>123</sup> FELIP i SABORIT, David. *Observaciones a la Expansión, diez años después.* en ROBLES PLANAS, Ricardo (coordinador) y SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (coordinador). *La crisis del Derecho penal contemporáneo.* Editorial Atelier. Barcelona. 2010. pp. 69-76

<sup>124</sup> VAN DE KERCHOVE citado en BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Globalización y Concepciones Del Derecho Penal.* Estudios Penales Y Criminológicos. Op. Cit. p. 19.

<sup>125</sup> BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Globalización y Concepciones Del Derecho Penal.* Estudios Penales y Criminológicos. Op. Cit. p. 19.

entre los cuales pone como ejemplos: tranquilidad, autocomplacencia, congratulación, ilusión, esperanza, etc., en los legisladores, y de desconfianza, desesperanza, desilusión, frustración, etc., en los ciudadanos, pero que en última instancia tiene el objetivo de que la sociedad tenga la convicción de que las normas se aplican.<sup>126</sup>

HASSEMER fue uno de los primeros en reflexionar este Derecho Penal Simbólico<sup>127</sup>, y probablemente quien acuñó el término. Para HASSEMER las siguientes son formas del Derecho Penal Simbólico<sup>128</sup>:

- a. Leyes de declaración de valores: como el delito de aborto, que si bien es inaplicable únicamente busca reafirmar a la sociedad su estatus conservador y pro-vida.
- b. Leyes con carácter de apelación moral: HASSEMER pone como ejemplo el Derecho Penal Ambiental, que busca únicamente crear conciencia ecológica y hacer ver a los electores que el Estado se preocupa por el medio ambiente, cuando en realidad la tipificación de conductas contra el medio ambiente no dan solución alguna. Como ya dije, los tipos Penales no pueden apagar el fuego.
- c. Respuestas sustitutorias del legislador: Es la tipificación de conductas en tiempos de crisis con el único objetivo de crear un falso ambiente de tranquilidad y seguridad. Por ejemplo, tipificar el delito de terrorismo en épocas en que este abunda (en otros lugares del mundo).
- d. Leyes de compromiso: HASSEMER habla de cláusulas Penales generales que únicamente tienen el objetivo de satisfacer la “necesidad de actuar”, pero que en realidad no producen efecto real alguno.

HASSEMER define al Derecho Penal Simbólico como “*el Derecho Penal en*

---

<sup>126</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos científicos del Derecho penal*. Tomo I. 6ta Edición. Editorial Bosch. Barcelona. 2012. p. 143.

<sup>127</sup> HASSEMER. *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*. NSTZ. 1989. pp. 553 y ss. obra citada en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Op. Cit. pp. 155 y 156.

<sup>128</sup> HASSEMER. *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*. NSTZ. 1989. p. 26. obra citada en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Op. Cit. p. 156.

que las funciones latentes predominan sobre las manifiestas”<sup>129</sup>, por lo que “abandona la cáscara liberal donde aún se trataba de asegurar un ‘mínimo ético’ y deviene en instrumento de control de los grandes problemas sociales o estatales.”<sup>130</sup> Por eso HASSEMER cataloga al Derecho Penal Simbólico como un “engaño” o una “pura fanfarronada” que puede hacer que la sociedad pierda la confianza en sus normas<sup>131</sup> (a largo plazo).

POLAINO NAVARRETE sostiene que el Derecho Penal Simbólico pretende originar confianza en la población, haciéndole creer que la sociedad se protege a sí misma y que las normas del Derecho Penal son válidas y despliegan su eficacia, ejerciendo su cometido de proteger bienes jurídicos. Para el catedrático de la Universidad de Sevilla el efecto simbólico está ligado a la teoría de la prevención general positiva como fin de la pena.<sup>132</sup>

El Profesor José Luis DÍEZ RIPOLLÉS no se equivoca cuando asevera que el conocimiento de la política criminal ahora pertenece a la opinión pública, constituida principalmente por los medios populares de comunicación social, también las víctimas y grupos de víctimas y por último “el pueblo llano”.<sup>133</sup>

Por último, el Profesor POLAINO NAVARRETE mantiene que la función simbólica de la pena no es aceptable, por los siguientes motivos:

- a. Incurre en una *contradictio in terminis*, es decir, confunde “efecto” y “función de la pena, siendo el efecto la secuela psicológica, pero no teniendo una función en sí.”<sup>134</sup>
- b. No justifica, ni fundamenta, ni legitima, conjunta o aisladamente, la

---

<sup>129</sup> HASSEMER. *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*. NStZ. 1989. p. 30. obra citada en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Op. Cit. p. 157.

<sup>130</sup> HASSEMER. *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*. NStZ. 1989. p. 34. obra citada en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Op. Cit. p. 157.

<sup>131</sup> HASSEMER. *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*. NStZ. 1989. p. 35. obra citada en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Op. Cit. p. 157.

<sup>132</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos científicos del Derecho penal*. Tomo I. 6ta Edición. Editorial Bosch. Barcelona. 2012. p. 144.

<sup>133</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Op. Cit. p. 80.

<sup>134</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos científicos del Derecho penal*. Tomo I. 6ta Edición. Editorial Bosch. Barcelona. 2012. p. 145.

intervención del Estado a través del Derecho Penal.<sup>135</sup>

c. Se basa en suposiciones y no en hechos reales y constatables.<sup>136</sup>

Con toda la doctrina expuesta ha quedado claro el concepto de Derecho Penal Simbólico. Me adelanto demostrando su gravedad: la política criminal ha quedado en manos del “pueblo llano” y las conductas oportunistas que se tipifican no responden a la realidad y solo pretenden tener un valor simbólico, por lo tanto la norma nunca consigue reafirmarse como vigente, por lo cual, la sociedad actual está viviendo y basando su orientación de conductas hacia expectativas sociales sobre bases meramente simbólicas, que no tienen una aplicación real y que por lo mismo hacen que vivamos una ficción. Si esta expansión del Derecho Penal Simbólico continua la sociedad terminará basando su propia cohesión social y garantía de supervivencia en normas orientadoras invisibles, lo cual crea una falacia que solo permite llegar a una conclusión: el ser humano ya no tiene ninguna motivación real para vivir en sociedad, por lo que el estado de naturaleza nos acecha para que volvamos a él.

Llegar a tener fuentes interminables de Derecho Penal Simbólico conlleva un proceso, el cual una vez constatado demuestra que se legisla sobre puras fanfarronerías, solo con fines populistas, poniendo en peligro la existencia de la sociedad, tal cual fue pensada. Este proceso legislativo lo explicaré en los subcapítulos siguientes.

---

<sup>135</sup> Id.

<sup>136</sup> Id.

### III. TERCER CAPÍTULO

Quien hace las leyes debería tener en cuenta todo: las almas, los hechos, las consecuencias, los objetivos. Y las formas de vida. Un legislador prudente se preocupa de que la gente sea capaz de enfrentarse a guerras y plagas, pero también, y sobre todo, de que pueda vivir en paz y tranquilidad. Lo necesario y lo útil, pero también, y especialmente, lo justo y lo noble.<sup>137</sup>

<Gisbert Haefs>

#### 5. El Derecho Penal Simbólico Normativo

---

<sup>137</sup> HAEFS, Gisbert. *Alejandro Magno, Rey de Macedonia, Unificador de Grecia, Conquistador de Asia*. Editorial Edhasa. Narrativas Históricas. Barcelona. 2005. p. 128.

El Derecho Penal Simbólico no es solamente una teoría filosófica que se la analiza desde la doctrina, sino que es un fenómeno real, existente en nuestros Códigos Penales; se ha explicado desde la doctrina como los legisladores tipifican delitos según y conforme lo disponen los medios de comunicación, creando así tipos Penales que no responden a una estructura dogmática y científica, que pueda representar una aplicación real conforme a la realidad social que vive cada Estado, sino más bien a jugar un rol de placebo social para crear un efecto imaginario de seguridad que no existe.

Pero para que se incorporen normas del Derecho Penal Simbólico es indispensable entender que estas no nacen de la nada (aunque así parecería), sino que existe un procedimiento para que estas sean incorporadas a nuestros Códigos, aunque carente de cualquier noción de política criminal.

Se debe entender que toda ley Penal debe siempre tener un proyecto de política criminal detrás, sino ésta no sirve. Y precisamente como veremos, en la creación de tipos Penales simbólicos no existe sustento de política criminal alguna, otro motivo más por el cual el Derecho Penal Simbólico no cumple con los fines de la pena.

Es común verificar que se confunde la moral con el Derecho Penal. La sociedad cree que si algo no es delito es porque el legislador no lo ha encontrado reprochable, por lo tanto es moral. Este error es muy común.

Pensar que las disyuntivas morales terminan cuando son codificadas es otro error. Ni la moral debe marcar la tendencia del Derecho Penal ni el Derecho Penal convertirse en un referente de moral codificada.

Al Derecho Penal se lo está utilizando como un mecanismo para enviar mensajes, meramente simbólicos, y no se lo utiliza para solucionar aquello que podría. Esto debe cambiar de modo urgente, *so pena* de destruir las pocas razones que nos quedan para mantenernos unidos como sociedad.

A continuación veremos el procedimiento de hecho para promulgar normas pertenecientes al Derecho Penal Simbólico.

## **5.1. Proceso para conseguir legislativamente un Derecho Penal Simbólico**

Como ya se aludió, no porque el Derecho Penal Simbólico carezca por completo de un sustento basado en política criminal y política Penal quiere decir que no tenga un procedimiento, aunque sea de hecho, para llegar a existir. Cada etapa de este proceso será explicado a partir de este momento.

### **5.1.2. Hechos Reales**

Todo empieza cuando surgen acontecimientos o hechos reales, los cuales no dejan de ser reales por ser magnificados. Pongamos un ejemplo: incrementan en el país el número de sicariatos, motivo por el cual la prensa halla la excusa perfecta para incrementar sus ingresos económicos, con títulos amarillistas que producen alarma social; en la mayoría de países matar por precio o recompensa es una circunstancia constitutiva de asesinato, pero no un paratipo Penal de asesinato, motivo por el cual la sociedad, mal informada, cree que el sicariato no está tipificado como delito y se escandaliza, para lo cual, con fines inminentemente políticos, los legisladores deciden crear el tipo Penal autónomo llamado “sicariato”, haciendo sentir a la sociedad que con la tipificación del sicariato, éste dejará de existir.

Así podemos hallar, en Ecuador, acontecimientos como el de la tipificación del secuestro exprés, entre otros.

No se llega a comprender en que momento se perdió la especialidad y la opinión de los expertos dejó de importar, para trasladar la científicidad del Derecho Penal al pueblo llano, quien, sin conocimientos jurídicos, sin ni siquiera poder definir “política criminal”, son quienes opinan, hacen y deshacen y fomentan la creación de nuevos tipos Penales, que muchas veces se repiten, contradicen a otros o son innecesarios. La política criminal ya no es científica, ahora es una aberración y un ejercicio vulgar. Deben ser únicamente los expertos quienes opinen y tengan una facultad creadora, sin embargo, ni siquiera nuestros legisladores tienen esta calidad y nuevamente son pueblo llano. No digo esto de forma peyorativa, lo digo sin máscaras. El día que dejemos de camuflar los conceptos y las opiniones en palabras que sean



*politically correct* y empecemos a llamar a las cosas por su propio nombre entonces enterraremos estos tapujos sociales.

Lo importante es dejar sentado que el Derecho Penal Simbólico no puede iniciar su proceso de elaboración si no existe un hecho real. Es decir, el hecho real es el nacimiento del Derecho Penal Simbólico, pero para sobrevivir y poder seguir evolucionando, necesita de otras etapas, las cuales las veremos a continuación.

### **5.1.3. Marketing de los medios de comunicación**

El hecho real que veíamos en el capítulo anterior marca el nacimiento del Derecho Penal Simbólico pero requiere de marketing para poder alimentarlo hasta que se termine de formar, y ese alimento y marketing no es más que el del uso del amarillismo, la magnificación, la exageración o la reiterada e incesante mención de un hecho, hasta producir miedo para producir mayores ventas con el morbo tan característico del ser humano.

El Derecho Penal es el Derecho con el que más se involucra la sociedad civil, opinan, critican, proponen, lo cual no es adecuado, porque únicamente debe pertenecer a los expertos.

Usualmente la prensa escribe o se pronuncia en temas jurídicos a través de periodistas, sin conocimientos jurídicos y sin asesoría jurídica, por lo cual crean tendencias erróneas sobre la justicia, y más aún cuando tratan temas pertenecientes al Derecho Penal.

Pongamos un ejemplo de la vida real de Ecuador, omitiendo nombres: desaparece una modelo, de estrato económico medio-alto (algo que misteriosamente conmociona a estratos económicos bajos, medios y altos); posteriormente es hallada muerta en una quebrada y en la autopsia se determina que fue violada y reiteradamente golpeada con una roca hasta matarla. Los últimos en haberla visto dicen que se subió a un taxi. ¿Qué efecto produce? Este hecho real es un hecho como tantos otros; docenas de mujeres de estratos económicos bajos desaparecen al año para ser prostitutas o para ser violadas y luego asesinadas, pero el hecho de que la desaparecida en este caso sea una persona “conocida” genera empatía, lo cual hace

que los medios de comunicación, durante seis meses seguidos, publiquen fotos y reportajes sobre la fallecida y hagan un seguimiento completo del proceso Penal que se lleve a cabo, lo cual genera que la sociedad desconfíe de los taxistas, se genere percepciones falsas de inseguridad y que se abra un debate social sobre el femicidio y feminicidio, haciendo que activistas de derechos humanos y de violencia de género se presenten en radios y que toda la sociedad comente el caso. ¿Quién gana? La prensa.

Con esto se consigue que la sociedad se sienta desprotegida porque el femicidio y feminicidio (que no son lo mismo) no son delitos autónomos, los cuales tampoco deben serlo. Más tarde se descubre que fueron sus propios amigos quienes la mataron y violaron, lo que intensifica el discurso de la violencia de género y hace que las mujeres de todo el país se sientan inseguras, porque el femicidio y feminicidio no están tipificados, y por lo mismo el Estado las ha abandonado. Para llegar a esta percepción es indispensable carecer de sentido común y de criterio, pero tristemente parece que estas son características que abundan en nuestro mundo.

Voy a utilizar un ejemplo estadístico para demostrar lo que asevero, pero esta vez utilizando a España. Qué mejor ejemplo que España en el tema de violencia de género, el cual ha generado la promulgación de leyes contra la violencia de género (Ley Orgánica 1/2004), procedimientos especiales y nuevos tipos Penales. Hoy basta con que una mujer haga una llamada telefónica a la policía y anuncie que está siendo maltratada para que el supuesto agresor sea detenido, así sin más.

Sin duda y lamentablemente España es famosa por la violencia de género, país que sale en noticieros de todo el mundo y en la *vox populi* como uno de los países donde más mujeres son maltratadas y asesinadas. Recuerdo muy bien como en el año 2009, la primera vez que viajé a Madrid, me sorprendió ver el Aeropuerto de Barajas atiborrado de banners o carteles con fotografías de mujeres con el rímel corrido y la mirada angustiada, con un slogan que decía “Denúncialo” o “No calles”. Me sorprendió esa forma de recibir a los turistas, pero me sorprendí aún más 4 años después, cuando descubrí que todo era una pantomima.

No niego que existe la violencia de género en España, pero si asevero que la mayoría de ella es inventada por la prensa y por el sector de la sociedad que patrocina este “combate”. Basta con decir que España es uno de los países Europeos donde

menos violencia de género existe, es más, es uno de los más pacíficos en este problema social.

Según el “III Informe Internacional de Violencia contra la mujer en las relaciones de pareja” del *Centro Reina Sofía* y la *Valencian International University*, tenemos las siguientes estadísticas:

Tabla 1. Porcentaje de feminicidas de pareja que consumen alcohol o drogas

Table 1. Percentage of partner femicides in which perpetrators used alcohol or drugs

REGIÓN/REGION	PAÍS/COUNTRY	%	FUENTE/SOURCE
ÁFRICA/AFRICA	Sudáfrica/South Africa	34,2%	Mathews, S.; Abrahams, N.; Martin, L.; Vetten, L.; van der Merwe, L. & Jewkes, R. (2004): “Every Six Hours: A National Study of Female Homicide in South Africa”, <i>Medical Research Council Policy Brief</i> , 5 (June).
AMÉRICA DEL NORTE/ NORTH AMERICA	Estados Unidos/ United States	33,2%	Sharps, P. W.; Campbell, J.; Campbell, D.; Gary, F. & Webster, D. (2001): “The Role of Alcohol Use in Intimate Partner Femicide”, <i>American Journal of Addictions</i> , 10: 122-135.
	Estados Unidos/ United States	51% <sup>7</sup>	Grann, M., Wedin, I. (2002): “Risk Factors for Recidivism among Spousal Assault and Spousal Homicide”, <i>Psychology, Crime and Law</i> , 8: 5-23.
CENTROAMÉRICA/ CENTRAL AMERICA	Costa Rica	50,2%	Centro de Investigación en Estudios de la Mujer, Universidad de Costa Rica (2004): <i>Encuesta Nacional de Violencia contra las Mujeres 2003</i> .
AMÉRICA DEL SUR/ SOUTH AMERICA	Colombia	26,9%	Tuesca, R. y Borda, M. (2002): “Violencia física marital en Barranquilla (Colombia): prevalencia y factores de riesgo”, <i>Gaceta Sanitaria</i> , Departamento de Salud Familiar y Comunitaria, Programa de Medicina, Universidad del Norte.
ASIA	China	21%	Parish, W. L.; Wang, T.; Laumann, E. O.; Pan, S. & Luo, Y. (2004): “Intimate Partner Violence in China”, <i>International Family Planning Perspectives</i> , 30(4): 174-181.
EUROPA/EUROPE	Escocia/Scotland <sup>8</sup>	62%	Scottish Executive Central Research Unit (2002): <i>Domestic Violence: Findings from the 2000 Scottish Crime Survey</i> .
	España/Spain	42,6%	Sociedad Española de Toxicomanías (2004): <i>Estudio Internacional sobre Género, Alcohol y Cultura “Proyecto Genacis”</i> .
	España/Spain	15,8%	Centro Reina Sofía. Femicidios 2001-2005.
	Inglaterra y Gales/ England & Wales	47%	Home Office: British Crime Survey (2005): <i>Alcohol and intimate partner violence: key findings from the research</i> .
	Portugal (Azores) <sup>9</sup>	16%	Gameiro, A. (2000): “Alcohol violence against children and women in Azores”, <i>Global Alcohol Policy Conference</i> , Syracuse, USA.
	Suecia/Sweden	44%	Rying, M. (2001): <i>Acts of lethal violence against women in intimate relationships</i> , National Council for Crime Prevention.
OCEANÍA/OCEANIA	Australia	8%	IVAWS 2002/2003; Australian Institute of Criminology.

<sup>138</sup> “III Informe Internacional de Violencia contra la mujer en las relaciones de pareja” elaborado por el Centro Reina Sofía y la Valencian International University. Responsables: José Sanmartín Esplugues Isabel Iborra Marmolejo Yolanda García Esteve Pilar Martínez Sánchez. <http://www.fundacionluisvives.org/upload/88/18/informe.pdf>. p. 37.

Podemos ver que España en promedio es uno de los países, sin contar con Australia, donde menos feminicidios se producen por consumo de alcohol y drogas.

Por otro lado tenemos los siguientes datos:

Tabla 3. Feminicidios totales (2006)

Table 3. Total femicides (2006)

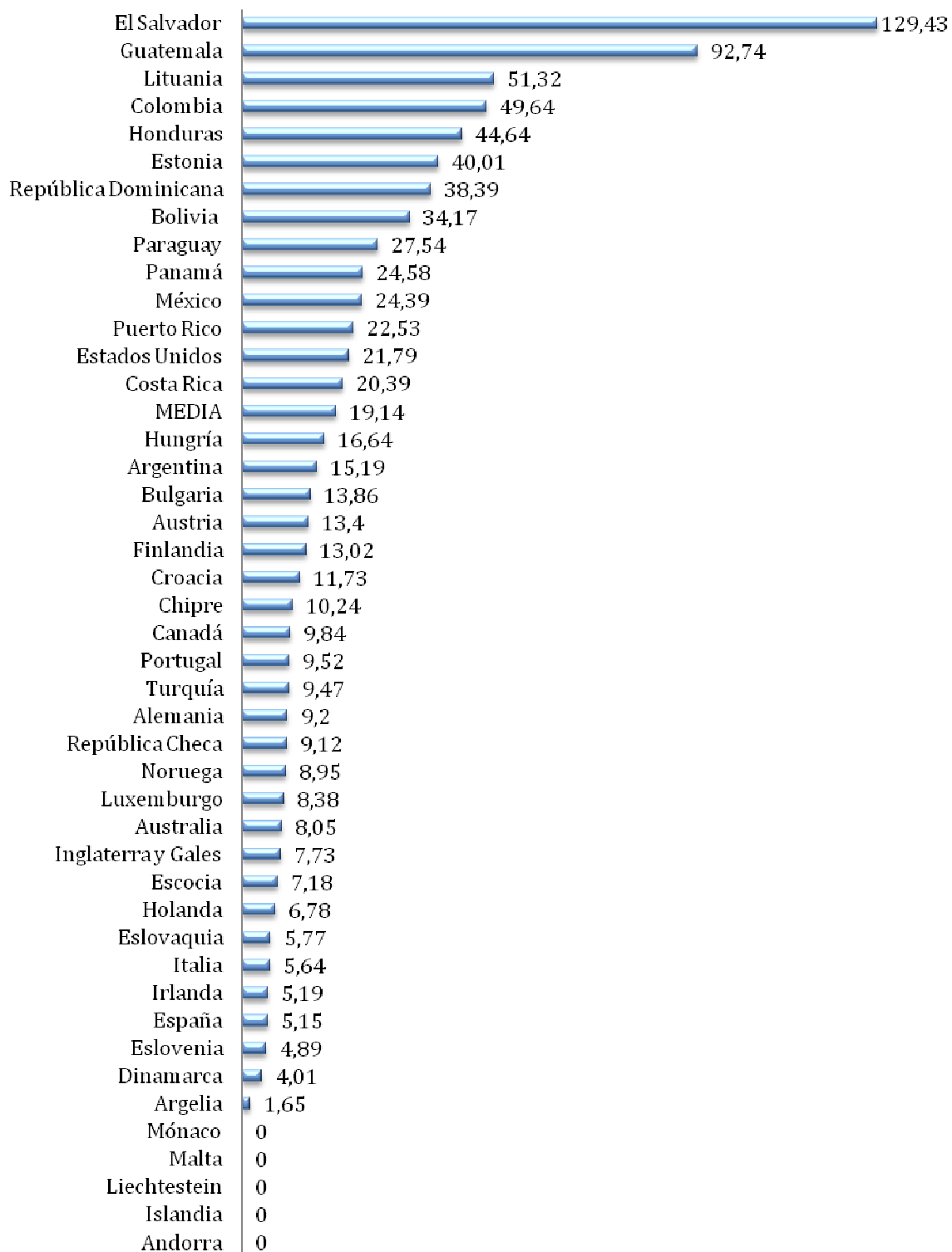
Región/Region	Fuente/Source	País/Country	Incidencia/Incidence	Prevalencia (por millón)/Prevalence (per million)
ÁFRICA/AFRICA		Argelia/Algeria	26	1,65
AMÉRICA/AMERICA	Ministerio de Justicia. Dirección Nacional de Policía Criminal	Argentina	302	15,19
	Policía Técnica Judicial. Policía Nacional	Bolivia	165	34,17
	Homicide Survey. Canadian Centre for Justice Statistics. Statistics Canada	Canadá/Canada	162	9,84
	Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses; Observatorio de Convivencia y Seguridad Ciudadana	Colombia	1.091	49,64
	Sección de Estadística. Poder Judicial de Costa Rica	Costa Rica	45	20,39
	Bureau of Justice Statistics, U.S. Department of Justice	EE.UU./United States	3.277	21,79
	Instituto de Medicina Legal	El Salvador	437	129,43
	Policía Nacional Civil	Guatemala	603	92,74
	Centro de Derechos de Mujeres	Honduras	155	44,64
	Instituto Nacional de Estadística Geográfica e Informática (INEGI)	México/Mexico	1.298	24,39
	Policía Técnica Judicial	Panamá/Panama	40	24,58
	Departamento de Estadística de la Policía Técnica Judicial	Paraguay	71	27,54
	Policía de Puerto Rico. Unidades Especializadas de Violencia Doméstica, Delitos Sexuales y Maltrato a Menores	Puerto Rico	46	22,53
	Procuraduría General de la República	Rep. Dominicana/Dominican Republic	177	38,39
EUROPA/EUROPE	Bundeskriminalamt	Alemania/Germany	387	9,20
	Policia d'Andorra	Andorra	0	0
	Federal Ministry of the Interior. Criminal Intelligence Service Austria	Austria	57	13,40
	National Police Service Directorate	Bulgaria	55	13,86
	NCB Interpol Zagreb. International Police Cooperation Department. Ministry of the Interior	Croacia/Croatia	27	11,73
	Cyprus Police Headquarters	Chipre/Cyprus	4	10,24
	Rigspolitiet	Dinamarca/Denmark	11	4,01
	Communities and Justice Directorate. Scottish Government	Escocia/Scotland	19	7,18
	Prezídium Policajného Zboru	Eslovaquia/Slovakia	16	5,77
	Policija	Eslovenia/Slovenia	5	4,89
	Secretaría de Estado de Seguridad. Ministerio del Interior	España/Spain	115	5,15
	Criminal Policy Department. Ministry of Justice	Estonia	29	40,01
	National Research Institute of Legal Policy (Ministry of Justice)	Finlandia/Finland	35	13,02
	Centraal Bureau voor de Statistiek	Holanda/Netherlands	56	6,78

139

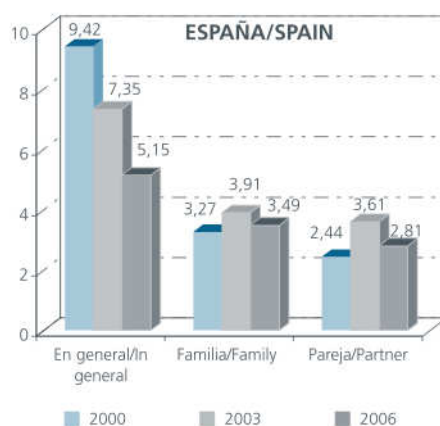
<sup>139</sup> *Ibíd.* p. 67.

Nuevamente encontramos que España es uno de los países con menos feminicidios del mundo. Esta tabla es aún más extensa, sin embargo se mantiene el mismo patrón. Ahora veamos el promedio en el mundo de feminicidios por cada 100 mil habitantes:

## Feminicidios por cada 100 mil habitantes



España no se encuentra sólo debajo de la media, sino que, según el gráfico anterior<sup>140</sup>, es uno de los países en el mundo con menor promedio de feminicidios por cada 100 mil habitantes. Además, incluso, ha evolucionado positivamente, incluso en violencia de género:



141

He utilizado este ejemplo para demostrar como los hechos pueden ser magnificados de una forma desproporcionada e irreal. Se ha vendido la imagen al mundo de que España es un país donde la violencia de género está en auge, e incluso esto se ha vendido internamente, a tal punto de realizar campañas de prevención y de llegar a que el poder legislativo promulgue nuevas leyes, con la excusa de que el feminicidio es alarmante en España, sin embargo y como las estadísticas lo demuestran, irrefutablemente España es uno de los países donde menos violencia de género existe, por lo mismo tomar medidas legislativas contra la violencia de género puede incluso resultar contraproducente.

En España este es un tema tabú y pobre de aquel que se atreva a decir que su violencia de género es puro simbolismo...bien decía Julio César: *ere libenter homines, id quod volunt, credun*<sup>142</sup>.

Lo expuesto sobre el caso español es un claro ejemplo de Derecho Penal Simbólico, puesto que se hace creer a la ciudadanía que existe un problema y que con nuevas leyes y tipos Penales podrán estar protegidos. En este caso específico, además, los hechos existen pero son absolutamente inferiores a los que se ha hecho creer a todos.

<sup>140</sup> *Ibíd.* p 69.

<sup>141</sup> *Ibíd.* p 105.

<sup>142\*</sup> La gente cree de buena gana lo que quiere.

DÍEZ RIPOLLÉS explica que la sensación en la sociedad de que la prevención de la delincuencia va de mal en peor hace que se proyecte hacia la desconfianza de la efectividad de acción de los poderes públicos. Esto genera, en palabras del catedrático español, que se pongan de moda calificaciones tales como “predador sexual”, “criminal incorregible”, “asesino en serie”, “jóvenes desalmados”, etc., que reflejan un nuevo status social, deshumanizado, del delincuente.<sup>143</sup>

El miedo y preocupación al delito ya no forma parte solamente de los sectores sociales más conscientes o temerosos de la delincuencia, sino que se ha extendido a sectores sociales originariamente distanciados de dichos sentimientos. La preeminencia de los espacios dedicados a la crónica criminal en los medios de comunicación, donde ocupan los primeros titulares, tiene que ver con el eco que tal información suscita en capas amplias de la población.<sup>144</sup>

A continuación veremos los métodos que utiliza la prensa para conseguir su cometido.

### **5.1.3. Incitación al escándalo social mediante difusión lucro-intencionada**

Una vez que la sociedad está alarmada, los medios de comunicación utilizan este factor para intensificarla, utilizando herramientas del marketing y la publicidad para difundir con más potencia la noticia, invitando a penalistas, a expertos, a juristas, a médicos, a mujeres, a políticos, a hablar sobre el tema.

Fotos a color en primera plana, titulares ingeniosos, y utilización de herramientas psicológicas consiguen que el lector entre en un mundo de novela, que día a día lo ate a la noticia en cuestión, incentivándolo a mantenerse al corriente del famoso acontecimiento. Poniendo el ejemplo de la modelo asesinada utilizado en el subcapítulo anterior, ¿qué producen los medios de comunicación y las redes sociales con la consecución del incremento de sus ingresos? Simple: que la sociedad sienta y esté convencida que vive en una sociedad machista, donde se odia a la mujer y donde el hombre aprovecha su superioridad física para maltratarla, humillarla y abusar de

---

<sup>143</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Op. Cit. p. 75.

<sup>144</sup> Id.



ella. La sociedad empieza a sentir que el femicidio y feminicidio son un problema grave y actual, que requiere de una solución urgente. Las mujeres se sienten inseguras, preocupadas, acorraladas. Se exige que el gobierno tome medidas para garantizar la seguridad de las mujeres al utilizar el transporte público, se exige a los legisladores que las salven de los monstruos que viven a su alrededor.

¿Pero esta percepción es real? Definitivamente no, lo único real es el hecho, pero su magnificación lucro-intencionada produce terror, además de calentar los motores del poder legislativo. Pero, una vez constatado el hecho y posteriormente intensificado por los medios de comunicación y las redes sociales, es fundamental un paso medio para alcanzar los niveles legislativos determinantes para el Derecho Penal Simbólico, y este es el patrocino de agentes sociales, lo cual estudiaremos y comprenderemos en el siguiente subcapítulo.

#### **5.1.4. Patrocino de agentes sociales determinados**

Los agentes sociales pueden ser partidos políticos, movimientos sociales, sindicatos, etc., que estén medianamente institucionalizados, con herramientas o el espacio social para llegar a todo o parte del colectivo.

El Derecho Penal contemporáneo ya no es un Derecho de expertos. Hemos alcanzado una figura de conciertos extraordinaria, de representantes políticos manifestando la voluntad del pueblo llano, lo cual usualmente descalifica la opinión de los expertos. Lo penoso es que el pueblo cree que puede, a través de sus representantes, deslegitimar a los expertos.

Cuando se problematiza socialmente un asunto, se generan proyectos de ley, y se los remite al órgano legislativo. Se deben identificar los sectores sociales determinantes y las etapas de estructuración.

En cierto tiempo un agente social consigue determinar e influir en una situación determinada que resulta perturbadora para el colectivo, y la respuesta jurídico-Penal no es la adecuada ante tal disfunción social, por lo que ciertos agentes

sociales deben ser capaces de hacer creer tal cosa. Tendrán como herramientas estadísticas, doctrina, etc., hasta colocarlo el asunto en la "agenda social".

La disfunción puede ser real o aparente, pero es la que permite al agente social entrar en el debate. Por ejemplo, el problema de las drogas es un problema sanitario, que lo convirtieron en un problema Penal, que no está motivado porque responde a intereses económicos de hegemonía en su producción y tráfico y no en proteger a la sociedad.

En los años 30 no existían los analgésicos, por eso existían las droguerías, que buscaban precisamente solucionar sanitariamente dolencias en la salud. Europa no tenía ningún problema con el consumo de drogas (como se lo entiende hoy), y recién las persigue a partir de la década de los setenta por presión de los intereses mercantilistas de los Estados Unidos de América. Este es un ejemplo de una disfunción social aparente que se consiguió que pase a formar parte del Derecho Penal. Curiosamente las estadísticas demostraron que de todas las sentencias en España el 40% eran por drogas, lo que determinó que la decisión respondía a patrones distintos y por lo tanto no fue una decisión cualquiera.<sup>145</sup>

Los asuntos Penales afectan a intereses vitales. Hay que tener en cuenta la utilidad que tiene para un agente social que determinado asunto entre en la agenda social. Ahora bien, lo más difícil es mantenerse en la agenda social (ejemplo ecuatoriano, todo se olvida).

Las disfunciones sociales deben tener una sensibilización cognitiva real y comprobable. Debe producirse una involucración con lo emocional.

Se debe, también, analizar el "miedo o preocupación al delito" (concepto de la criminología). La preocupación por el delito es un miedo general sobre el delito en determinado lugar. Pero el miedo al delito es un miedo a que uno mismo sea víctima de un delito. Esta distinción es fundamental.

---

<sup>145</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Apuntes Máster De Derecho Penal de la Universidad de Sevilla. Materia: Política Legislativa Penal. 23 y 24 de octubre de 2012.

En Ecuador al parecer todos tienen preocupación por el delito pero nadie tiene miedo al delito. Son los medios de comunicación los que activan la preocupación por el delito.

Quiénes más miedo tienen al delito son quienes en la práctica menos delitos han sufrido. Los varones entre 18 y 35 años son los más propensos a ser víctimas no victimarios, sin embargo son los que menos miedo le tienen al delito.<sup>146</sup> En España los nichos del miedo al delito son: mujeres sin educación que han ascendido económicamente en la escala social.<sup>147</sup>; en todo caso, quienes han sufrido un delito toman precauciones para no volverlos a vivir pero tienen menos miedo en comparación de aquellos que no han sufrido ninguno.

Una tercera etapa en esta fase es la aparición de una opinión pública que demanda hacer algo ante determinado problema social. Esto se logra a través de los medios de comunicación. Antes no se problematizaba la violencia de género porque no se había inventado o definido el concepto de "violencia de género".

Hay algo que tiene que quedar muy claro: la opinión pública no es la opinión de la sociedad, es la opinión de quienes manejan la opinión pública.

La cuarta etapa es la elaboración de programas de acción. Es decir, plantear lo que debería hacerse.

Los grupos de presión expertos siempre están presentes, y se caracterizan porque reclaman para sí un conocimiento especializado del tema y consideran que son los que pueden hacer propuestas adecuadas para ello. Efectivamente estos grupos de presión expertos se han constituido para defender intereses específicos, por ejemplo, ecológicos, económicos, culturales, de género, etc., lo cual no los descalifica *per se*. La característica de estos grupos de presión expertos es que se muestran como los "solucionadores". Estos usualmente reclaman una respuesta científico social, es decir, son grupos que de una manera u otra tienen capacidad para incidir sobre quienes

---

<sup>146</sup> Id.

<sup>147</sup> Id.

influyen a activar el proceso legislativo, es decir, tienen el alcance y capacidad de contacto y peso.

Sin perjuicio de lo mencionado –o quizá en perjuicio-, actualmente, los grupos de presión expertos han perdido su peso. Han empezado a surgir grupos de presión con conocimiento lego, vulgar, únicamente con sentido común, y afirman que su posición es más legítima. Estos son grupos de presión plebeyos.

Estos nuevos grupos en gran medida se identifican con grupos de presión de víctimas o de apoyo a víctimas (usualmente son colectivos que apoyan a las víctimas, no de víctimas). Hacen prevalecer su carácter de grupos no expertos, sino "más humanos". No buscan una solución colectiva, sino únicamente un equilibrio emocional perdido o arrebatado por el cometimiento de ciertos delitos. Pretenden únicamente calmar su indignación, mas no dar la solución para toda la sociedad. Podemos decir entonces, en palabras de DÍEZ RIPOLLÉS, que los intereses de las víctimas quedan subsumidos en los intereses públicos<sup>148</sup>.

No es un problema que se oiga a los grupos legos de defensa de víctimas, sino que únicamente se oiga a estos grupos. Los grupos de presión expertos, entonces, cada vez tienen menos peso. Otro problema es que los legisladores ratifiquen el proyecto de ley sin estudiarlo, debatirlo y peor aún motivarlo.

Es importante que existan grupos de presión burocráticos del gobierno. Es realmente en el Poder Ejecutivo donde las leyes van a adoptar fuerza, por lo menos una fuerza técnicamente real. Pero es un error que cada Ministerio autónomamente elabore un proyecto que únicamente beneficia a su sector. Debe haber un proceso unificado, o por lo menos coordinado. Para esto puede haber una comisión reguladora interministerial.

DÍEZ RIPOLLÉS defiende que una ley o proyecto de ley debe siempre incluir (1. Costes económicos de la promulgación de la ley (con tablas, algoritmos, métodos, fuentes, presupuesto, cálculos matemáticos, etc.); 2. Problema que busca solucionar;

---

<sup>148</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Op. Cit. p. 76.

3. Efectos que se estiman, comprobables y medibles. ¿Qué proyecto de ley ecuatoriano cumple con estos requisitos? Creo que no hace falta responderlo.

La plausible atención a los intereses de las víctimas genera los siguientes problemas: a. Las demandas que guían la política criminal provienen de víctimas reales, potenciales y arquetípicas sin existencia real ni posible; y b. La relación ente víctima y delincuente ha entrado en un juego de suma cero, es decir, cualquier ganancia por parte del delincuente (o simplemente sospechoso o procesado), tal como medidas sustitutivas a la prisión preventiva, beneficios penitenciarios, etc., representa una pérdida para la víctima y una manifestación irreal de impunidad.<sup>149</sup>

Al parecer las opiniones de los realmente expertos están desacreditadas, se desconfía de los jueces y de las autoridades públicas<sup>150</sup>, y es el “pueblo llano”, carente de conocimientos jurídicos, el nuevo protagonista de lo técnico y académico. Los agentes sociales, instaurados como fuerzas políticas, establecen una relación inmediata entre las demandas populares y la configuración del Derecho Penal<sup>151</sup>, al puro estilo de una democracia directa. ¿Cuál es el resultado de esta aberración? *“El manejo excluyente por la plebe y los políticos –en perjuicio de los expertos- del debate político-criminal, ha conducido a un marcado empobrecimiento de sus contenidos.”*<sup>152</sup>

Debe también quedar claro que nunca se debe permitir que una ley Penal se apruebe por referéndum, tal y como lo hizo Rafael Correa en la consulta popular y referéndum de mayo de 2011, en que se preguntó al pueblo sobre su aceptación de nuevos tipos penales, y estos votaron “sí”, cuando difícilmente consiguen deletrear su propio nombre (y sí, no sólo estoy siendo irónico, sino también peyorativo).

En fin, el hecho, una vez reproducido mediante el marketing de la prensa, debe ser utilizado por agentes sociales que permitan que este se convierta en proyecto de ley, para que así llegue al poder legislativo y pueda ser debatido –en el caso

---

<sup>149</sup> *Ibíd.* p. 77.

<sup>150</sup> *Ibíd.* p. 79.

<sup>151</sup> *Ibíd.* p. 81.

<sup>152</sup> *Ibíd.* p. 82.

ecuatoriano los “levantadedos” difícilmente saben lo que “debate” significa- para poder ser promulgado como mero simbolismo.

### **5.1.5. Soluciones legislativas urgentes**

Empecemos hablando de cómo los tipos penales deberían ser elaborados: El objetivo inmediato, es lograr con el Derecho Legislativo Penal, una alternativa, algo racional. Es decir, debemos dejar a un lado la "auto-observación" y aplicar la "observación", es decir, verlo todo desde afuera, y solo así la argumentación de las razones podrá ser docta y dejar de ser lega.

Las leyes deben elaborarse motivadamente en Derecho y con un proceso argumentativo científico, aplicado a una realidad, siempre utilizando como base, soporte y sustento a la política criminal seria, científica, profunda.

El legislador debería motivar sus decisiones incluso con más profundidad y seriedad que el Juez que lo aplica. Por lo tanto debe ser obligatorio que el legislador motive sus decisiones legislativas, utilizando precedentes jurídicos, doctrina, normativa, filosofía, empirismo, etc. No importa si nos gusta o no la fundamentación, lo que importa es que exista a profundidad.

Sólo cuando estemos en la capacidad de derogar una ley porque no está debidamente motivada podremos cambiar las cosas. ¿Pero quién juzgará tal motivación? Ese es el problema al que no le encuentro solución. ¿La Corte Constitucional? ¿La Corte Suprema? Espero que no, cuando son escasos los magistrados doctos y dignos de respeto.

Ahora bien, así no se legisla, lastimosamente, y por eso el legislador deja de actuar en Derecho y pasa a actuar de forma política, legislando de forma “urgente”, con la finalidad de preservar la tranquilidad social y disuadir cualquier sensación de inseguridad. De este modo, crean tipos Penales que únicamente responden a objetivos simbólicos, que no tienen efecto real y aplicación posible, pero que calman a quien en el Derecho Penal busca la panacea de todos sus problemas, pero a la postre, todo

sigue igual, nada ha cambiado, los fines de la pena no se cumplen, la política criminal tiende a desaparecer y sin que nos demos cuenta se rompen todos los lazos sociales y se forman enlaces imaginarios que nos cohesionan como sociedad, sin concientizar que cada vez estamos más cerca de volver al estado de naturaleza y que el contrato social está en una crisis irreversible.

#### **5.1.5.1. La sed política sobre la necesidad del Derecho**

El legislador llega a su cargo gracias a una ardua campaña electoral previa –o en algunos casos simplemente por haber sido futbolistas, cantantes, presentadores de televisión, reinas de belleza, etc.- es decir, llega gracias al voto popular, motivo por el cual son los representantes del pueblo en el Poder Legislativo y a ellos tienen que responder.

DÍEZ RIPOLLÉS es de la tajante opinión de que el afán de los políticos por satisfacer las más superficiales demandas populares, ha metido a los partidos mayoritarios en una atolondrada carrera por demostrar que son los más duros ante el crimen.<sup>153</sup>

Al pueblo se le debe responder con científicidad, responsabilidad, criterio, y en materia Penal: con una intacta y motivada política criminal y política Penal. No hace falta decir que esto es el “debería ser” y no el “es”. Lamentablemente en Ecuador, como en la mayoría de países, los legisladores, con su afán de preservar el curul, el sueldo y los beneficios políticos y sociales que generan los puestos de poder, deben tomar decisiones políticas y no jurídicas, por lo tanto realizan su trabajo de la forma equivocada, convirtiéndolo en una herramienta de generación de satisfacciones y de apoyo popular, en lugar de pensar a largo plazo y garantizar a sus representados un porvenir decente, justo y de esperanza.

---

<sup>153</sup> Id.

¿Pero cómo le puedo pedir a un legislador ex futbolista, que nunca se graduó del colegio, que nunca en su vida ha leído un libro, que reflexione en materia de política criminal? Sería inhumano exigir tanto a quienes pueden ofrecer tan poco.

El legislador tiene sed política, una sed tan insaciable que es la causante de que el Derecho Penal Simbólico sea algo posible, tal y como lo comprobaré en los siguientes subcapítulos.

## **5.6. Normativización del Derecho Penal Simbólico**

Después de los debates y promulgación de la ley, una vez que ya presentada tras la fase pre-legislativa, tenemos por fin diversos nuevos tipos Penales, los cuales más frecuentemente que nunca antes pertenecen al Derecho Penal Simbólico.

Vale decir que los proyectos promovidos por órganos burocráticos gubernamentales usualmente no sufren casi ningún cambio, o por lo menos cambios muy escasos y limitados. Qué mejor ejemplo que el Código Orgánico Penal Integral, presentado por el oficialismo y donde los “levantadados” no hacen más que asentir sin discernir.

## **6. Constatación de delitos imperseguibles**

Cuando se determina que tal o cual ley ya no funciona, debe desaparecer o modificarse, puesto que tal y cómo lo estudiamos en el subcapítulo de los fines de la pena, la norma no ha sido reafirmada como vigente, peor aún como preventiva de forma especial o general.

Esta es una fase en la cual se procede a la evaluación de las leyes, posibilidad que debe ser adoptada por todos los países. Esto debe ser obligatorio pasado determinado tiempo desde su promulgación y debe estar acompañado de un presupuesto para que la evaluación sea integral. Y a fin de cuentas, se exigen



resultados y si cabe habrá que exigir o reclamar por los malos resultados al legislador.<sup>154</sup> Esto es básicamente una rendición de cuentas.

Hay ciertas leyes muy difíciles de evaluar, como por ejemplo las leyes pertenecientes al Derecho Penal Simbólico; puede incluso suceder que no haya nada que evaluar; también podría pasar que se demuestre que el simbolismo dio el efecto de placebo que se pretendía.

También existen leyes sobrelegitimadas que no procede evaluarlas. Puede ser el aborto o cualquier ley aprobada en referéndum, ya que no se le puede decir al pueblo que se ha equivocado (aunque casi siempre se equivoca). Es peligroso que la evaluación se vuelva política.

En este subcapítulo veremos con estadísticas reales qué normas son de Derecho Penal Simbólico en el Ecuador, y del mismo modo veremos brevemente su razón de ser; sin necesidad de extendernos más, empecemos:

Por fines prácticos y didácticos, únicamente citaré estadísticamente aquellos delitos que resultaron ser simbólicos, utilizando la información judicial que existe desde el año 2008 hasta el 2013, determinando así la realidad de estos tipos Penales simbólicos en los últimos 5 años aproximadamente. Aclaro también que las estadísticas que serán expuestas son las estadísticas oficiales del Consejo de la Judicatura y de la Fiscalía General del Estado.

Por otro lado, la información por delito que será incluida es la que terminó judicialmente con algún tipo de resolución, ya sea con sentencia condenatoria o absolutoria, que nos permitirá ver, principalmente, si el delito es perseguible o no, si es o no frecuente su persecución y si es aplicado de forma real o no lo es, para posteriormente analizar los más importantes.

---

<sup>154</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Apuntes Máster De Derecho Penal de la Universidad de Sevilla. Materia: Política Legislativa Penal. 23 y 24 de octubre de 2012.

Del año 2008 hasta el año 2013 encontramos los siguientes tipos Penales puramente simbólicos:

Delito	Causas por Resolver	Resuelto
Atentado contra el pudor	1	0
Abuso de armas	1	0
Abandono de menor	1	0
Aborto preterintencional	1	0
Aborto provocado	4	2
Aborto voluntario	2	0
Delito de impedir el acceso a la información pública	1	0
Acoso sexual de menores de edad	4	1
Administración indebida de drogas y sustancias estupefacientes a otras personas con o sin consentimiento	2	0
Adulteración de Combustible	1	0
Agresión con Armas	1	1
Terrorismo	3	2
Almacenamiento, transportación y comercialización de derivados de hidrocarburos sin autorización	2	0

<b>Delitos contra la actividad judicial</b>	1	1
<b>Alteración de documentación vehicular</b>	4	1
<b>Alteración de documentos públicos</b>	1	1
<b>Alteración del Orden Publico</b>	2	2
<b>Alza ilegal de precios</b>	1	0
<b>Amenazas</b>	15	0
<b>Delitos Ambientales</b>	4	2
<b>Delito de tener cautivos animales silvestres</b>	1	0
<b>Apertura ilegal de correos electrónicos</b>	1	0
<b>Apoderamiento indebido de combustible</b>	1	0
<b>Apología del delito</b>	1	1
<b>Bigamia</b>	25	4
<b>Emisión de billetes falsos</b>	1	0
<b>Tráfico ilegal de flora y fauna</b>	1	0
<b>Celebración de matrimonio ilegal</b>	8	6
<b>Concusión</b>	1	1
<b>Conspiración a discordia</b>	2	2
<b>Delitos contra la propiedad intelectual</b>	3	0
<b>Delitos contra las garantías constitucionales</b>	9	2

<b>Corrupción de menores</b>	12	5
<b>Cultivo de plantas sujetas a fiscalización</b>	1	0
<b>Delitos cometidos en ocasión de actividades turísticas</b>	1	1
<b>Comercialización ilegal de sustancias mineras</b>	1	1
<b>Conservación indebida de explosivos</b>	4	3
<b>Extorsión</b>	4	1
<b>Rufianería</b>	1	0
<b>Delitos relativos a subastas</b>	2	1
<b>Obstaculizar obras públicas</b>	1	0
<b>Enriquecimiento ilícito</b>	3	1
<b>Delitos de radiodifusión</b>	1	0
<b>Delitos de odio</b>	2	1
<b>Delitos contra el patrimonio cultural</b>	5	3
<b>Delitos contra la información protegida</b>	1	1
<b>Denuncia maliciosa</b>	1	0
<b>Destrucción de acueducto</b>	1	0
<b>Destrucción de cercas</b>	1	0

Sin perjuicio de seguir incluyendo más ejemplos de Derecho Penal Simbólico, podemos hacer algunos comentarios sobre los enunciados hasta el momento.

El **atentado contra el pudor** es someter a una persona menor de dieciocho años de edad o con discapacidad, a obligarla a realizar actos de naturaleza sexual, sin que exista acceso carnal. Este es un delito de resultado cortado o anticipado según Arturo DONOSO CASTELLÓN, puesto que no cabe la tentativa de éste ya que lo que se sanciona es el acto lesivo al pudor que no llega al acceso carnal.<sup>155</sup> Este delito fue incorporado a nuestro ordenamiento jurídico en Registro Oficial N° 45 de 23 de junio de 2005 , y hasta hoy sigue vigente. La justificación del mismo es, según nuestros legisladores: “*Que en la actualidad es necesario legislar con la finalidad de incorporar al Código Penal, reformas destinadas a garantizar una adecuada tipificación de los delitos que tienen relación con la explotación sexual de los menores de edad*”<sup>156</sup>.

Si uno verifica ese Registro Oficial, se puede determinar que en él se incorporaron a nuestro Código Penal delitos tales como el del atentado contra el pudor, pornografía infantil, explotación sexual de menores, etc. Esto se debió a un perfecto proceso de formación de Derecho Penal Simbólico: en el año 2003 en Galápagos, se descubrió una red de pornografía infantil administrada por Jorge Burdet Cedeño y su esposa, Concepción Cedeño Aguirre, en la cual se determinó que varias niñas eran obligadas a realizar actos de naturaleza sexual para ser filmadas y estos videos ser vendidos a pedófilos alrededor del globo. La prensa, gracias a este hecho, halló el *target* perfecto para lucrar y durante meses tuvimos titulares como los siguientes: “*Violación y pornografía infantil afecta a Galápagos*”<sup>157</sup>; “*Explotación Sexual de los Menores de Edad*”<sup>158</sup>; “*ECUADOR: Nueva sentencia en caso de pornografía infantil en Galápagos*”<sup>159</sup>; “*Pornografía infantil sigue por Internet*”<sup>160</sup>; y de este modo podemos encontrar más de 200 noticias al respecto.

---

<sup>155</sup> DONOSO CASTELLÓN. Arturo. *Guía para Estudio, Derecho Penal, Parte Especial, Delitos contra las Personas*. Segunda Edición. Editorial Jurídica Cevallos. Quito. 2007. p. 99.

<sup>156</sup> Registro Oficial 45 de 23 de junio de 2005. p. 2.

<sup>157</sup> DIARIO EL UNIVERSO. “Violación y pornografía infantil afecta a Galápagos”. Reportaje de LUQUE, Marcia. Edición de 18 de octubre de 2003. Web. Fecha de acceso: 16 de marzo de 2013, a las 09h26.

<http://www.eluniverso.com/2003/10/18/0001/10/442B51803CD440759A177A4D4E973720.html>.

<sup>158</sup> REVISTA JURÍDICA. “Explotación Sexual de los Menores de Edad”. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Escrito por ALMEIDA VILLACÍS, John. Web. Fecha de acceso: 16 de marzo de 2013 a las 09h30.

[http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=48&Itemid=27](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=48&Itemid=27).

<sup>159</sup> UNIVISIÓN. “ECUADOR: Nueva sentencia en caso de pornografía infantil en Galápagos”. Foros. Por CASTILLO MORÁN, Sandra. Web. Fecha de acceso: 16 de marzo de 2013 a las 09h34.

¿Cuál fue el efecto social de estas noticias? La sociedad dejó de pensar que la pederastia y pedofilia era un problema de Estados Unidos y de los perversos de primer mundo, como se solía pensar, y a partir de ese momento la sociedad se escandalizó; las madres empezaron a temer por la integridad sexual de sus hijos en las guarderías, e incluso si antes era normal que un abuelo nalguee de cariño a su nieta, esto empezó a verse como una perversión. Las madres hoy en día incluso temen que un extraño se acerque a sus hijos y les acaricie la cabeza. Lo que antes era un acto de afecto y buena fe, hoy se lo ve como una perversión que debe ser combatida.

¿Y cuál es la realidad? Que el caso de Galápagos es un caso aislado. Con eso no digo que no exista en realidad un problema de pedofilia y pornografía infantil en el mundo, pero este representa un ínfimo porcentaje del que nos han hecho creer. ¿Y qué pasó en Ecuador? Los agentes sociales empezaron a pedir más control y represión tajante en contra de estos “enfermos”. Las familias empezaron a protestar y pedir que se endurezcan las penas y que se creen delitos específicos contra estos desquiciados que atentan contra la familia y las inocentes criaturas desamparadas.

Por lo explicado el legislador en el año 2005 decidió ser el superhéroe que acabaría con tanto desadaptado sexual y tipificaron este tipo de delitos.

Desde los fines de la pena estudiados, podemos concluir erróneamente que gracias a la tipificación de este delito y de otros afines, se va a prevenir que los niños y niñas de nuestra sociedad sean abusados sexualmente, lo cual a fin de cuentas únicamente puede ser constatado si es que la norma se reafirma como vigente. ¿Y cuál es el resultado? En los últimos 5 años ni una sola persona ha sido condenada por atentado contra el pudor. Esto demuestra que el tipo Penal es puramente simbólico y que entonces no hay nada que impida que alguien atente contra el pudor de un menor de edad.

---

<http://foro.univision.com/t5/Grupo-de-Apoyo-Niños-Perdidos/ECUADOR-Nueva-sentencia-en-caso-de-pornograf%C3%ADa-infantil-en/td-p/83294701>.

<sup>160</sup> DIARIO LA HORA. “Pornografía infantil sigue por Internet”. Edición de 10 de noviembre de 2004. Web. Fecha de Acceso: 16 de marzo de 2013 a las 09h37. [http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1000286201/-1/Pornograf%C3%ADa\\_infantil\\_sigue\\_por\\_Internet.html#.UUSDJaXE\\_IM](http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1000286201/-1/Pornograf%C3%ADa_infantil_sigue_por_Internet.html#.UUSDJaXE_IM)

El **Aborto**, por otro lado, es un polémico ejemplo de Derecho Penal Simbólico. No es importante explicar o ahondar en cuestiones médicas y un tanto religiosas de preguntarnos desde cuándo empieza la vida, y otras determinaciones tan subjetivas, sino entender que el aborto es delito por una simple y llana razón: el poder de la iglesia y la falsa moral que ésta ha creado nos obliga a “proteger la vida”. El aborto no es más que un tipo Penal simbólico que nos recuerda a la sociedad que somos conservadores, casi beatos y que somos tan humanos y morales que nuestra sociedad no permite matar a una criatura indefensa a la que no se le está dando la oportunidad de vivir, todo por culpa de la irresponsabilidad de sus padres, que no supieron recatarse y cumplir a cabalidad los mandamientos de virginidad que impone la biblia.

Aunque uno no sea religioso, en un país como Ecuador la moral de la iglesia es innata para todos. Desde niños nos han enseñado lo que está bien y lo que está mal. ¿Con qué autoridad moral? Es una incógnita.

En Ecuador como en la mayoría de países, en el siglo XXI se intensificó el debate y conflicto entre los “pro-aborto” y los “pro-vida”, y se han escuchado desde argumentos muy racionales hasta los más descabellados, entre los que se encuentran: “solo Dios puede quitar la vida”.

Pero de lo que no se han dado cuenta estos agentes sociales opuestos es que el tipo Penal de aborto es absolutamente simbólico. El aborto es un delito imperseguido, ya que no sólo que en los últimos cinco años nadie ha sido condenado por este delito, sino que nunca nadie lo ha sido. Los únicos que han sido condenados son los que han provocado un aborto, pero no el voluntario y menos el preterintencional. La gente cree que es un delito perseguible precisamente porque si existen casos en que son condenados los médicos o supuestos médicos que en clínicas clandestinas causaron la muerte o lesiones irreparables a la madre en un intento de aborto, ya sea exitoso o fallido en su finalidad.

El aborto es un acto tan íntimo, tan personal, tan secreto, que nadie lo persigue. ¿O es que alguien piensa que si la policía encuentra un feto de 2 meses en un basurero o uno de 3 semanas en una cañería, van a iniciar la investigación y

rastrear a su progenitora? Lo que nos falta como sociedad es dejar de arrodillarnos para esperar milagros y empezar a adquirir sentido común. Lo único que conseguiríamos destipificando el aborto es que desaparezcan las clínicas clandestinas y que las madres dejen de morir en condiciones insalubres.

Ninguna madre ha sido condenada por este delito, por lo mismo el aborto es Derecho Penal Simbólico. No se trata de cruzadas morales, sino de una verificación empírica de que este tipo Penal es ficticio, no soluciona conflicto alguno ni previene acto humano alguno.

Que el aborto sea un delito no hace que el aborto desaparezca, sino que causa aun más muertes. No sólo no previene, sino que tampoco se reafirma como vigente, por lo tanto técnicamente debe ser derogado. La sociedad piensa que están libres del vil crimen del aborto porque está tipificado.... no saben como se equivocan. Esto me recuerda a cuando el adulterio era delito y la sociedad religiosa creía que con su tipificación eliminarían el pecado.

Desde el funcionalismo podemos encontrar la explicación perfecta de lo que intento aseverar en estas líneas: Miguel POLAINO NAVARRETE explica que la teoría imperativista de la norma ya no tiene la fuerza de antaño, puesto que los Estados no pueden imponer conductas a sus súbditos, por lo tanto a la norma se la debe explicar de forma dinámica, es decir, desde su estructura funcional.<sup>161</sup> El autor español explica con simple lógica lo que al parecer muchos se niegan a ver: la norma Penal no prohíbe conductas, ni acciones, ni comportamientos, ni mucho menos alguna personalidad, puesto que si así fuera en realidad, el precepto prohibitivo del homicidio conseguiría que no haya homicidas, lo cual es irrefutablemente falso.<sup>162</sup>

Las finalidades y funciones deben ser reales y constatables, y los tipos penales no son capaces de prohibir realmente conductas, y si lo harían, incluso la pena resultaría innecesaria, puesto que las conductas prohibidas, por estarlo, nunca se ejecutarían.

---

<sup>161</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos científicos del Derecho penal*. Op. Cit. pp. 188 y 189.

<sup>162</sup> *Ibíd.* 189.



Con lo explicado en los párrafos anteriores podemos concluir, tajantemente, que la norma Penal no es ni un mandato ni una prohibición, sino únicamente la descripción de una conducta que asocia una consecuencia jurídica con la realización culpable de la acción u omisión descrita.<sup>163</sup> Por lo mismo podemos decir que la norma debe poderse infringir, en caso contrario no sería real<sup>164</sup>, entonces en el caso del aborto, puede infringirse pero no se persigue por lo mismo también es irreal.

Hasta aquí podemos concluir que el Derecho Penal Simbólico es una institución dogmática verificable para los académicos, pero una panacea para los ilusos.

En cuanto a los **Delitos relativos a hidrocarburos, derivados, gas licuado de petróleo y biocombustibles**, podemos catalogar como otro excelente ejemplo de Derecho Penal Simbólico y que tienen su razón de ser. El 14 de Septiembre de 2007, en el suplemento del Registro Oficial N° 170, se los incorporaron en nueve artículos innumerados, susceptibles de acción popular, y están vigentes hasta el día de hoy. El legislador se esmeró en incorporar tipos en blanco, incluso contradictorios a nuestro sistema procesal penal.

El origen de la aparición de este tipo es justo y evidente. Aparte del *Proyecto de Soberanía Energética*, nace, entre otros, para reprimir atentados como el realizado contra el oleoducto de *AEC Ecuador Ltda.* en el 2005<sup>165</sup>; o el atentado del 2006 contra un ducto del campo Cuyabeno que opera *Petroproducción*, que provocó el derrame de 490 barriles, cifra similar a la sufrida en el atentado contra *Andes Petroleum* en el mismo año<sup>166 167</sup>.

---

<sup>163</sup> Id.

<sup>164</sup> Id.

<sup>165</sup> DIARIO LA HORA. "Atentado Contra Oleoducto Ecuatoriano :: Ecuadorinmediato :: AEC Tuvo Que Aplicar Sistemas De Emergencia / La Hora." *Ecuadorinmediato :: El Periódico Instantáneo Del Ecuador*. Publicado el 04 Oct. 2005. Web. Fecha de acceso: 26 de Febrero de 2011. <[http://www.ecuadorinmediato.com/Noticias/news\\_user\\_view/atentado\\_contra\\_oleoducto\\_ecuatoriano--11973](http://www.ecuadorinmediato.com/Noticias/news_user_view/atentado_contra_oleoducto_ecuatoriano--11973)>.

<sup>166</sup> BUSINESS NEWS AMERICAS. "Atentado a Oleoducto Provoca Derrame de 490b." Publicado el 23 de Agosto de 2006. Web. Fecha de acceso: 26 de febrero de 2011. <[http://www.bnamericas.com/news/petroleoygas/Atentado\\_a\\_oleoducto\\_provoca\\_derrame\\_de\\_490b](http://www.bnamericas.com/news/petroleoygas/Atentado_a_oleoducto_provoca_derrame_de_490b)>.

Lo que sucede es que el primer ingreso económico del Ecuador proviene del petróleo, y empezaron grupos de vándalos, rebeldes y de ambientalistas desubicados a atentar contra los cimientos petroleros y las empresas extractoras, no sólo causando un perjuicio económico irreparable al Estado, sino también dañando la naturaleza de forma irreversible. Además se intentó sancionar de este modo a quienes ilegalmente transportaban combustibles subsidiados a Colombia o a Perú, para venderlos a un precio mucho mayor, en perjuicio del Estado ecuatoriano, a tal punto que se impusieron penas de multa que superan los setecientos mil dólares, todo por causar un perjuicio de menos de 50 dólares (por actividad delictiva), creyendo que dicha desproporcional multa sería simbolismo suficiente para evitar el delito.

Estos hechos reales, aunque aislados y extraordinarios, generaron gran preocupación en la sociedad, lo cual llevó a la prensa a escandalizar los atentados contra la economía, futuro y prosperidad de nuestro país, lo que guió a agentes sociales, principalmente económicos, a presionar a nuestros legisladores para que tipifiquen estos delitos y así salvaguardar la economía de determinados agentes sociales. ¿Y qué consiguieron? Incrementar la munición del Derecho Penal Simbólico; en total cero sentencias condenatorias. Esto sucede cuando se administrativiza al Derecho Penal, pero eso sí, podemos estar seguros de que esos grupos económicos hoy se sienten seguros y piensan que jamás volverán a ser víctimas de actos que perjudiquen sus ingresos, solo porque han sido tipificadas algunas conductas que perjudicaban sus bolsillos.

Una vez mencionados como ejemplos estos tres delitos, continuemos con la lista de estadísticas que determinan la existencia real del Derecho Penal Simbólico:

Delito	Causas por Resolver	Resuelto
Destrucción de Sellos	1	0
Destrucción de sembríos	1	0

<sup>167</sup> RODRÍGUEZ MORENO, Felipe. *Los delitos relativos a los hidrocarburos, sus derivados, gas licuado de petróleo y biocombustibles*. Revista Novedades Jurídicas. Derecho Penal. Año VIII, número 59. Edición de mayo de 2011. p. 66.

<b>Vender la caja de banano a un precio menor al fijado por acuerdo ministerial vigente</b>	0	0
<b>Escándalo en la vía pública</b>	1	0
<b>Ofensa a un cadáver</b>	0	0
<b>Impedimento al Derecho de petición</b>	3	1
<b>Muerte de animal doméstico</b>	1	0
<b>Propagación de noticias falsas</b>	1	1
<b>Publicación y distribución de escritos anónimos o sin pie de imprenta.</b>	2	0
<b>Servicios de telecomunicaciones sin autorización</b>	3	1
<b>Descortezamiento de árboles</b>	3	0
<b>Tenencia de billetes falsos</b>	1	0
<b>Uso dolosos de timbres falsos</b>	1	0
<b>Uso doloso de pasaporte falso</b>	1	0
<b>Delito de ser vagos y mendigos</b>	2	1
<b>Bestialismo</b>	4	1
<b>Delitos de juegos y rifas</b>	0	0

prohibidas		
Piratería	0	0
Genocidio	0	0
Etnocidio	0	0
Infanticidio	0	0
Secuestro exprés	0	0
Delito relativo a no aceptar moneda de circulación nacional	0	0

Cómicamente existe un delito de **vender la caja de banano a un precio inferior al fijado por acuerdo ministerial vigente**, que sin duda será derogado próximamente. Este si bien es un delito simbólico, no tuvo el procedimiento usual que hemos estudiado, sino más bien se trata de lo siguiente: El PRIAN, partido político de Álvaro Noboa, uno de los hombres más ricos del país cuya industria bananera es su fuente de ingreso principal, consiguió en los noventa mayoría de escaños en el Congreso Nacional, motivo por el cual, con el afán de proteger las finanzas e intereses de su líder, se tipificó este delito, que como vemos nunca ha sido aplicado. Además de ser un delito penal en blanco es absolutamente abierto y peligroso, porque depende del acuerdo ministerial vigente. ¿Qué mejor ejemplo que éste para derogarlo por no reafirmar su vigencia?

¿**Ofensa a un cadáver?** Esto es un delito “vago” según JIMÉNEZ DE ASÚA, puesto que se tipifica una conducta cuando no se puede afectar de modo alguno (peor aún identificar) a algún bien jurídico protegido. Por eso tenemos cero condenas por este delito.

El **etnocidio** es un delito muy interesante y sin duda uno de los grandes ejemplos del Derecho Penal Simbólico. El etnocidio es irrespetar la autodeterminación de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, o su voluntad de

permanecer en aislamiento voluntario. También comete etnocidio quien realiza actos tendientes a influir, alterar, o de cualquier manera cambiar la cultura, forma de vida o identidad de los pueblos en aislamiento voluntario. El etnocidio apareció como delito en el Ecuador en Registro Oficial Suplemento N° 578 de 27 de abril del 2009.

Este delito no es más que la respuesta de los legisladores influenciados por los activistas de derechos humanos (agente social) para que las petroleras multinacionales no modifiquen de forma alguna las costumbres y cultura de nuestros grupos aborígenes ancestrales que viven aislados de nuestra civilización; una forma de cometer genocidio es, por ejemplo, enseñarles español u otro idioma a estas tribus, o enseñarles a jugar fútbol o historia universal.

¿Y cuántas condenas existen por el cometimiento de etnocidio? Por supuesto que ni una sola.

¿**Genocidio**? Este delito está tipificado única y exclusivamente para responder proactivamente a las recomendaciones de organismos internacionales y para que principalmente las minorías étnicas se sientan protegidas de algún desadaptado que quiera eliminarlas. Más y más simbolismos, inaplicables, que nos hacen creer que estamos protegidos y que el contrato social funciona.

Por último se debe mencionar al **secuestro exprés**, que es un patético tipo Penal que sanciona la privación de libertad ambulatoria, utilizando el vehículo de la víctima para usarlo de herramienta para cometer otros delitos, por ejemplo: 1. “plagiarlo” por algunas horas para que en un cajero automático le entregue todo el dinero al agresor; o, 2. Utilizar el auto de quien se encuentra atado en la cajuela (baúl) para asaltar un banco.

Este delito fue incluido en nuestra legislación en Registro Oficial N° 154 de 28 de noviembre del 2005 ya que desde el año 2004 apareció este nuevo *modus operandi* de la delincuencia, que no es más que robo y plagio en concurso real.

Llegó a ser tan frecuente que en el Guayas es uno de los delitos más comunes y cada vez sigue incrementando<sup>168</sup>. Este normalmente es un delito “al azar”, es decir, es víctima quien estuvo a la hora determinada en el lugar determinado de forma fortuita. En el 2009 hubo 408 secuestros exprés en Guayaquil y en el 2010 hubo 894<sup>169</sup>. Aumentaron en un solo año en más del 100%.

Podemos decir entonces que aquí si tenemos hechos reales que no requieren de ser magnificados por la prensa, sin embargo, es un delito que puede ser perfectamente juzgado sin la necesidad de crear un tipo Penal autónomo, no obstante, la ciudadanía se imaginó -quién sabe porqué- que como no estaba expresamente tipificado entonces estaban a la intemperie de la criminalidad. Esto impulsó a grupos sociales a protestar por más seguridad y a que se cree este nuevo e inaplicable tipo Penal, que estadísticamente resultó ser simbólico, pero que sin embargo hace que la sociedad se sienta segura gracias al altruismo y profesionalismo de nuestros iletrados legisladores. ¿Cómo puede subsistir la sociedad si su único piso y cimientos son las ilusiones? ¿Cuánto más puede durar una sociedad que depende de la ficción y no tiene hechos y estructuras reales sobre las cuales apoyarse?

Por último es importante analizar el problema de los **delitos ambientales**, los cuales son la emanación de la presión de agentes sociales ambientalistas que creyeron que tipificando conductas que dañan el medio ambiente conseguirían salvar la naturaleza.

Juan Antonio MARTOS NÚÑEZ define al Derecho Penal Ambiental como “*el conjunto de normas que regulan los atentados contra el medio ambiente y sus consecuencias jurídicas*”.<sup>170</sup>

El Derecho Penal Ambiental apareció como una respuesta ante la ineficacia del Derecho Administrativo de contrarrestar los daños ambientales, por lo que, por

---

<sup>168</sup> DIARIO EL COMERCIO. “El Secuestro Exprés repuntó en Guayaquil”. Redacción. Seguridad. Primera Sección. Edición: 01 de Agosto de 2011. p. 5.

<sup>169</sup> DIARIO EL COMERCIO. Redacción. Testimonio. Primera Sección. Edición: 24 de Febrero de 2011. p. 2. Y DIARIO EL COMERCIO. “7 secuestros exprés, en una semana en Guayaquil”. Redacción. Seguridad. Edición: 4 de Febrero de 2011. p. 2.

<sup>170</sup> MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. *Derecho Penal Ambiental*. Manuales de Medio Ambiente. Exlibris Ediciones. Madrid. 2006. p. 17.

tanto escándalo mediático (aunque real), el legislador ecuatoriano decidió que el Derecho Penal era la panacea que solucionaría los conflictos entre el hombre y la naturaleza, y que así podrían poner fin a actos u omisiones que menoscabaran al medio ambiente.

En cuanto a la eficacia, mantengo lo dicho en el ejemplo de los delitos de incendios forestales mencionados previamente en esta obra: el tipo Penal que sanciona estas conductas no es extintor del fuego, sino puro simbolismo. Hasta hoy, en la mayoría de países, se ha comprobado que el Derecho Penal Ambiental puede resultar tan ineficaz como el Derecho Administrativo para combatirlo, precisamente porque el Derecho Penal Simbólico carece de la consecuencia real del fin de la norma Penal: reafirmar (o asegurar) la vigencia real de la norma.

Además, si verificamos que la norma no está vigente porque no se la aplica, entonces la prevención general y especial tampoco se manifiesta como un hecho real y certero.

CANCIO MELIÁ es de la idea de que el Derecho Penal Ambiental es el mejor ejemplo del Derecho Penal de Riesgo, sin embargo mantiene que no se puede prohibir afectar el medio ambiente porque nuestra mera existencia ya la afecta.<sup>171</sup>

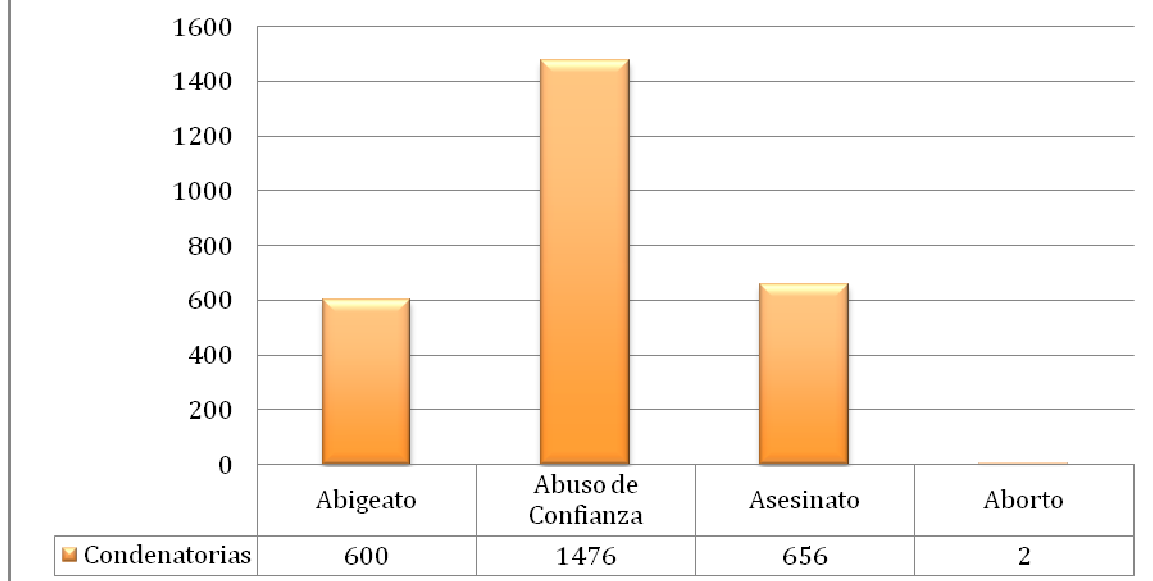
El listado de delitos pertenecientes la Derecho Penal Simbólico incluido y el análisis de algunos pocos delitos únicamente como ejercicio descriptivo-explicativo es una mínima parte de la realidad que vive el Ecuador en materia de Derecho Penal Simbólico. Lo grave es que esto no es sólo una pandemia de mi país, sino una realidad expansiva en todo el mundo.

En todo caso y para comparar la diferencia de frecuencia entre el Derecho Penal Simbólico, es decir, aquel que nunca o casi nunca se reafirma como vigente, y el Derecho Penal Real, es decir, aquel que está vigente porque así se ha reafirmado, veamos unos cuadros comparativos al azar:

---

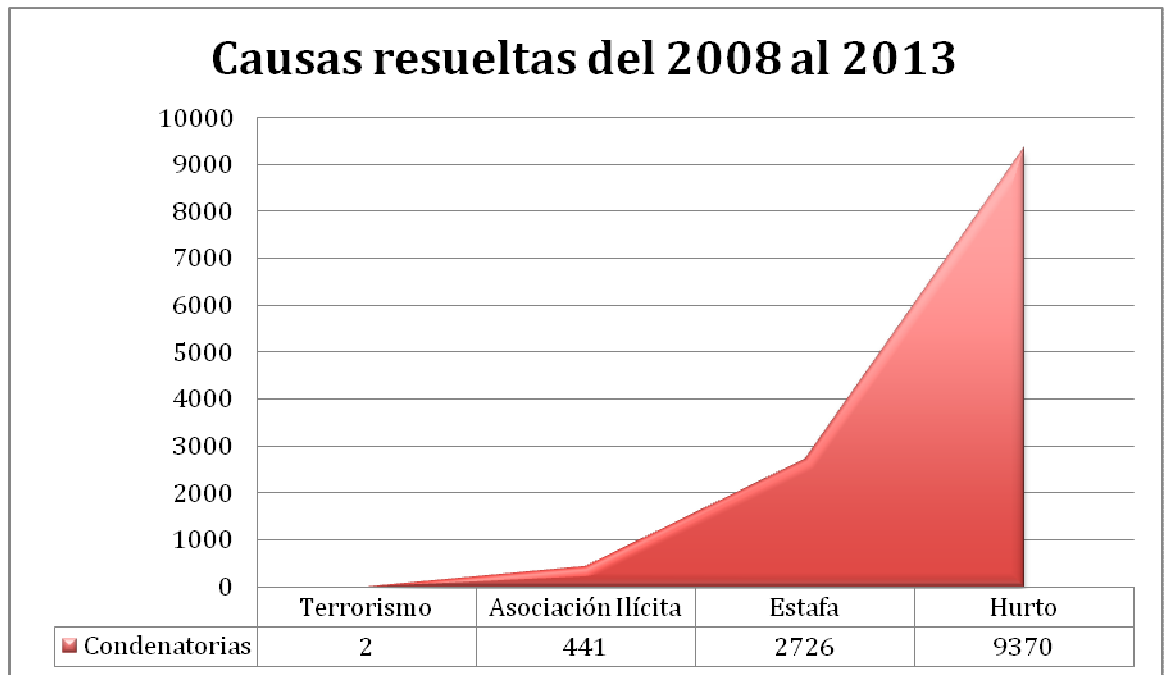
<sup>171</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. *Apuntes de Manuel Cancio Meliá*. Máster de Derecho Penal – Universidad de Sevilla. Módulo: La política criminal en Occidente: expansión del Derecho penal y Derecho penal del enemigo. 10 y 11 de noviembre de 2009.

## Causas resueltas del 2008 al 2013



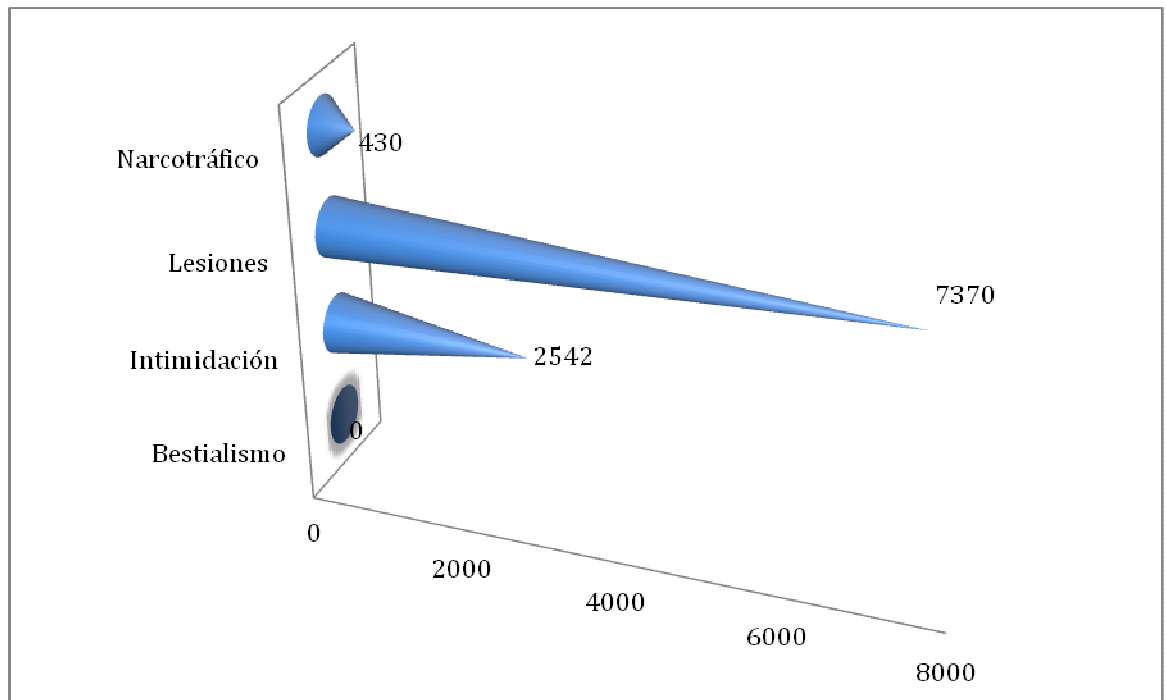
Podemos ver que el abigeato, un delito tan común en un país agrícola, se reafirma constantemente y por lo tanto está vigente, lo que demuestra que es un tipo penal que cumple con los fines de la pena y que por lo tanto no es simbólico. Lo mismo sucede con el abuso de confianza y el asesinato, pero no con el aborto, el cual fácilmente puede ser derogado por imperseguido y no aplicado.





Este gráfico deja más que demostrado que tipos Penales como el terrorismo no sólo son simbólicos en el Ecuador, sino también cómicos; este tipo Penal se creó para prevenir ataques terroristas tras verificar los atentados en Madrid, Londres y Nueva York, pero los legisladores se olvidaron de verificar si existen o no casos de terrorismo en el Ecuador. Los pocos casos que existen, tales como el de “Los diez de Luluncoto”, son casos donde se utilizaron chivos expiatorios, como estriega ejemplificadora, lo cual no quiere decir que realmente el terrorismo sea un tipo Penal reafirmado y que por lo tanto sea vigente ¿Para qué mantenerlo tipificado?

Veamos otro gráfico:



El delito de bestialismo es el de mantener relaciones sexuales con animales, más conocido como zoofilia, y en este gráfico se constata que en los últimos 5 años ni una sola persona ha sido condenada por este delito. Sin embargo hay quienes piensan que nuestra moral está salvada porque está penada tan execrable conducta, cuando no importa que esté penada, ya que este delito no se persigue.

De este modo podría seguir poniendo mil y un ejemplos más de el contraste de causas reales entre el Derecho Penal y el Derecho Penal Simbólico, sin embargo considero que la idea ha quedado clara: El Derecho Penal Simbólico es un fenómeno real, material, comprobable, no un mero enunciado dogmático.

## 8. Conclusiones

Desde el colegio se enseña a los estudiantes que los seres humanos somos por naturaleza seres sociales, sin embargo esta aseveración carece, en mi opinión, de veracidad y científicidad. Los seres humanos somos únicamente por necesidad sociales. El contrato social, si bien es un instrumento filosófico, es la existencia real

de un nexo entre seres humanos que nos obligó a unirnos, especializarnos y trabajar juntos, no sólo para ser más productivos, sino para sobrevivir de nuestro predador más peligroso: nuestra misma especie.

Hoy, gracias a la existencia del Derecho, los Estados pueden manifestarse como una entelequia constatable que funciona. Aquello de ceder parte de nuestra libertad para que un sistema de gobierno la administre y nos de certeza, más conocida como seguridad jurídica, es el éxito de que nuestra convivencia sea en la medida de lo posible armónica.

Milenios atrás, gracias a la implantación de un ordenamiento jurídico –sin perjuicio de que inicialmente no haya estado escrito o hubiere respondido exclusivamente a patrones religiosos- se consiguió unir a los seres humanos y educarlos –educación que relativamente dura por costumbre hasta ahora- a seguir ciertas reglas básicas, así y de este modo no se viola a la mujer transeúnte porque se respeta su integridad sexual, no se roba el pan sino que se lo compra, no se mata al rival sino que se compite con él, y todo esto gracias a la influencia psicológica del miedo al castigo y por el conocimiento inducido de que el respeto de la libertad es el único modo posible de que haya reciprocidad hacia la nuestra. Inicialmente era miedo al castigo divino, posteriormente al castigo Estatal. Hoy podemos decir que se tiene ambos miedos, pero el verdaderamente intimidante es el Estatal. Este efecto se consigue gracias a que somos la única especie animal capaz de razonar, y razonando concluimos que nos conviene y que no, y gracias al Derecho Penal, podemos caminar todos juntos en una misma dirección.

El *ius puniendi*, como vimos, es el Derecho punitivo del Estado, es decir la facultad del Estado de castigar, atribución otorgada por los ciudadanos en consecución de seguridad y certeza. Por eso se afirmó tajantemente en esta obra que la sociedad podría subsistir sin Derecho Civil, sin Derecho Administrativo, sin Derecho Tributario, pero claudicaría inmediatamente sin el Derecho Penal.

Nuestra naturaleza animal –que algunos creen erróneamente olvidada- nos impulsa a obtener arbitrariamente lo que deseamos, pero el Derecho Penal nos reprime; ese Derecho Penal es –o por lo menos debería ser- producto de estudio

pormenorizado, lo cual se llama política criminal. Tal y como vimos, es impensable la tipificación de una conducta sin este análisis previo, el cual le compete en última instancia a nuestro legislador.

El nuevo tipo Penal creado debe contar con una pena, puesto que sin ella, peca de ser un mero enunciado sin eficacia material ni aplicabilidad real. Sin perjuicio de la corriente de la Teoría de la Prueba que uno maneje, se debe apegar la pena a uno de sus fines, para así buscar eficacia, eficiencia e incluso utilidad si se quiere.

Definitivamente el Derecho Penal y mucho menos su pena, protegen bienes jurídicos, precisamente porque el Derecho Penal por su naturaleza es represivo, y sanciona hechos pasados que efectivamente lesionaron un bien jurídico protegido.

La retribución si bien no puede ser justificada como una finalidad de la pena, es un hecho constatable innegable. Es decir, la retribución no es un fin que debe ser defendido *per se* pero si un resultado que no puede ser negado. La pena duele, y debe doler, pero no únicamente por eso debe ser aplicada.

La pena si previene de forma general para que no se cometan delitos, es por eso que asevero que el Derecho Penal es la rama del Derecho que nos cohesiona y hace posible a la sociedad, pero esta prevención no es absoluta, porque si lo fuera, la pena nunca se aplicaría. Es precisamente la aplicación de la pena la que hace que los ciudadanos en su mayoría se abstengan de delinquir, pero a fin de cuentas se corrobora que para eso son necesarios ciertos infractores que sirvan de ejemplo y a quienes se les aplique la pena, por lo mismo, en ellos la pena no fue preventiva.

En cuanto a la prevención especial se comprueba que es efectiva mientras dura la condena privativa de libertad, es decir, mientras el penado está encerrado y alejado de la sociedad. Por supuesto que en estos casos hay prevención especial negativa, justamente porque mientras se lo tiene aislado no puede volver a delinquir.

Ahora bien, he aseverado que la pena si cumple con la finalidad de prevención especial negativa, pero únicamente mientras ésta dure, y esto se da ciertamente porque la prevención especial positiva no existe, es una farsa, una falacia defendida

por pocos. La prevención especial positiva no es más que la idea utópica de la rehabilitación, defendida por aquellos que desde sus escritorios opinan, pero que nunca han pisado una cárcel. ¿Centros de Rehabilitación Social? Hasta el nombre por irónico ofende.

La pena no rehabilita, sino que pervierte, empeora, aísla, aniquila el *anima* del ser humano. Toda esta explicación ha sido expuesta con lógica y detenimiento en el subcapítulo correspondiente. El submundo de la cárcel es el inframundo, una realidad que pocos conocen y a la que después de entrar a formar parte activa en ella difícilmente se la puede abandonar.

Desde la perspectiva funcionalista la función de la pena es reafirmar o asegurar la vigencia real de la norma, y sin duda es la función más relevante de la pena; si es sólo el Derecho Penal el capaz de reprimir nuestro estado de naturaleza y permitir que respetemos en la medida de lo posible la armonía social, entonces es indispensable que las normas Penales se reafirmen como vigentes, caso contrario, no cumplen su función y por lo mismo, no tenemos razón legal para ser sociales y no volver a nuestro estado de naturaleza.

El Derecho Penal Simbólico rompe con la estructura y razón de ser del Derecho Penal. Un tipo Penal simbólico no cumple su cometido, por lo tanto quizá si previene de forma general, pero lo que no saben los “cohibidos” es que pueden actuar libremente, porque la norma no se aplica.

Además, el Derecho Penal Simbólico nunca se reafirma, y si lo hace, lo hace como estrategia ejemplificadora del Estado. El Derecho Penal Simbólico es un placebo social y a fin de cuentas, mero simbolismo.

Lo grave además es que, para que el Derecho Penal Simbólico exista, no se requiere de política criminal alguna, sino únicamente de antojos políticos, demandas sociales y estrategias mediáticas para crearlo.

Hechos magnificados, actividad lucrativa de la prensa, agentes sociales malintencionados o mal informados, son los que consiguen que el legislador

devengue su sueldo y promulgue, sin ningún análisis previo, nuevos tipos Penales, que nunca se aplicarán.

¿Qué nos cohesionan como sociedad entonces? Sólo el Derecho Penal, pero me atrevo a decir que cada vez menos. Para que la sociedad subsista debemos hacerlo dentro de márgenes reales, constatables, aplicables, donde la certeza y las consecuencias jurídicas sean verídicas.

Quien vive sobre símbolos invisibles tarde o temprano cae al abismo. Por su puesto que no espero que esto lo comprendan nuestros legisladores, de quienes hoy nada espero.

No me cansaré de siempre terminar con la misma reflexión: “*Una sociedad no ilustrada y un Derecho penal ilustrado no van juntos*”.<sup>172</sup>

## BIBLIOGRAFÍA

ALBÁN GÓMEZ, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte General*. Sexta edición. Editorial Ediciones Legales. Colección Profesional Ecuatoriana. Quito. 2008.

ALLER, Germán. *El Derecho Penal del Enemigo y La Sociedad del Conflicto*. en *Derecho Penal Del Enemigo: El Discurso Penal De La Exclusión*. Vol. 1. Montevideo: B De F. 2006.

AMBOS, Kai. *Derecho Penal del Enemigo*. en *Derecho Penal Del Enemigo: El Discurso Penal De La Exclusión*. Vol. 1. Montevideo: B De F, 2006.

---

<sup>172</sup> JAKOBS. citado por CANCIO MELIÁ, Manuel. *De Nuevo ¿ "Derecho Penal" del Enemigo?*. en *Derecho Penal Del Enemigo: El Discurso Penal De La Exclusión*. Vol. 1. Montevideo: B De F, 2006. p. 382.

ANTOLISEI, Francesco. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Editorial UTEHA. Buenos Aires. 1960.

BARATTA, Alessandro. *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: Una Discusión en la Perspectiva de la Criminología Crítica*. en AA.VV. “Pena y Estado”. Editorial Jurídica Cono-Sur. Santiago de Chile. 1995.

BECCARIA, Cesare. *De Los Delitos y de las Penas*. Tercera edición. Editorial Temis. S.A. Bogotá. 2006.

BENTHAM, Jeremy. *Théorie des peines et des récompenses*. en “Oeuvres” de Jeremy Bentham. Vol. 2. Bruselas. 1940.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Globalización y Concepciones Del Derecho Penal*. Estudios Penales Y Criminológicos. Yyty. Separata. Universidad de Santiago de Compostela. Texto en PDF.

BURCKHARDT, Björn. *Strafrechtswissenschaft*. en ESER / HASSEMER / BURKHARDT.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Derecho Penal. Parte General*. Obras Completas. Volumen I. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito. 2008.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *De Nuevo ¿"Derecho Penal" del Enemigo?*. en Derecho Penal Del Enemigo: El Discurso Penal De La Exclusión. Vol. 1. Montevideo: B De F, 2006.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*. en JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conferencias sobre temas penales*. Universidad Nacional del Litoral. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Rubinzal – Culzoni. Santa Fe. 2000.

CESANO, José Daniel. *La política criminal y la emergencia, (Entre el simbolismo y el resurgimiento punitivo)*. Derecho Penal Contemporáneo. Editorial Mediterránea. Serie Azul. Córdoba. 2004.

COBO DEL ROSAL, Manuel; y, VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho Penal. Parte General*. Cuarta Edición. Editorial Tirant lo Blanch libros. Valencia. 1996.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal español, Parte General*. 3ra Edición. Madrid. 2002.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Estudios y Debates en Derecho Penal. Editorial B de F. Buenos Aires. 2007.

DONOSO CASTELLÓN. Arturo. *Guía para Estudio, Derecho Penal, Parte Especial, Delitos contra las Personas*. Segunda Edición. Editorial Jurídica Cevallos. Quito. 2007.

FELIP i SABORIT, David. *Observaciones a la Expansión, diez años después*. en ROBLES PLANAS, Ricardo (coordinador) y SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (coordinador). *La crisis del Derecho penal contemporáneo*. Editorial Atelier. Barcelona. 2010.

FERREIRA DELGADO, Francisco. *Teoría General del Delito*. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1988.

GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. *¡No entienden la realidad de nuestras cárceles!* Columnista. Editorial. Diario el Universo de Ecuador. Guayaquil. Edición de 18 de febrero de 2013.

HASSEMER. *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*. NSTZ. 1989.

HAEFS, Gisbert. *Alejandro Magno, Rey de Macedonia, Unificador de Grecia, Conquistador de Asia*. Editorial Edhasa. Narrativas Históricas. Barcelona. 2005.

HOBBS, Thomas. *Leviatán*. Biblioteca del Político. INEP AC. PDF.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal. Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia y Legislación Penal Comparada*. Segunda Edición. Tomo I. Editorial Losada S.A. Buenos Aires. 1956.

KLEINSCHROD, Gallus Aloys. *Von den italiänischen Schriftellern über das peinliche Recht und die Criminalpolitik*, en *Archiv der Criminalrechts*. Volumen I. 1799.



LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal*. 6ta edición. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Colección de Estudios Jurídicos y Sociales. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1972.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima. 2004.

MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. 5ta edición. Editorial Aranzadi S.A. Civitas / Thomson Reuters. Navarra. 2011.

MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. *Derecho Penal Ambiental*. Manuales de Medio Ambiente. Exlibris Ediciones. Madrid. 2006.

MORENO, Julio E. *Pensamiento Filosófico Social*. Corporación Editora Nacional. Banco Central del Ecuador. Quito. 1979.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos científicos del Derecho penal*. Tomo I. 6ta Edición. Editorial Bosch. Barcelona. 2012.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Derecho Penal. Parte General*. 6ta edición. Universidad Externado de Colombia. 1979.

ROBLES PLANAS, Ricardo. *La construcción del Sistema del Delito a la Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. en ROBLES PLANAS, Ricardo (coordinador) y SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (coordinador). *La crisis del Derecho penal contemporáneo*. Editorial Atelier. Barcelona. 2010.

RODRÍGUEZ MORENO, Felipe. *Los delitos relativos a los hidrocarburos, sus derivados, gas licuado de petróleo y biocombustibles*. Revista Novedades Jurídicas. Derecho Penal. Año VIII, número 59. Edición de mayo de 2011.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *El Contrato Social* o *Principios de Derecho Político*. Editorial elaleph.com. Libro en PDF.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. *La Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, veinte años después: los fines del Derecho Penal*. en ROBLES PLANAS, Ricardo (coordinador) y SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (coordinador). *La crisis del Derecho penal contemporáneo*. Editorial Atelier. Barcelona. 2010.

SCARROW, Simon. *Las Garras del Águila, Libro III de Quinto Licinio Cato, un optio contra los bárbaros británicos*. Editorial Edhasa. Pocket. Barcelona. 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Editorial J.M. Bosch. Barcelona. 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Reimpreso. Editorial Bosch. Sevilla. 2002.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal. Parte General. Segunda Edición*. Editorial EDIAR. Buenos Aires. 2006.

ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. *La Pena. Parte General*. Tomo I. Editorial EQ. Guayaquil. 1986.

#### LEGISLACIÓN:

Código Penal. Ecuador.

Código Penal. España.

Constitución de la Republica del Ecuador.

Ley Orgánica 1/2004. España.

Registro Oficial 45 de 23 de junio de 2005. Ecuador.

Registro Oficial 154 de 28 de noviembre del 2005. Ecuador.

Registro Oficial 170 de 14 de septiembre de 2007. Ecuador.

Registro Oficial Suplemento 578 de 27 de abril del 2009. Ecuador.

#### WEB:

“III Informe Internacional de Violencia contra la mujer en las relaciones de pareja” elaborado por el Centro Reina Sofía y la Valencian International University. Responsables: José Sanmartín Esplugues, Isabel Iborra Marmolejo, Yolanda García Esteve, y Pilar Martínez Sánchez. <http://www.fundacionluisvives.org/upload/88/18/informe.pdf>.

BUSINESS NEWS AMERICAS. "Atentado a Oleoducto Provoca Derrame de 490b." Publicado el 23 de Agosto de 2006. Web. <[http://www.bnamericas.com/news/petroleoygas/Atentado\\_a\\_oleoducto\\_provoca\\_derrame\\_de\\_490b](http://www.bnamericas.com/news/petroleoygas/Atentado_a_oleoducto_provoca_derrame_de_490b)>.

DIARIO EL UNIVERSO. “Violación y pornografía infantil afecta a Galápagos”. Reportaje de LUQUE, Marcia. Edición de 18 de octubre de 2003. Web. <http://www.eluniverso.com/2003/10/18/0001/10/442B51803CD440759A177A4D4E973720.html>.

DIARIO LA HORA. "Atentado Contra Oleoducto Ecuatoriano :: Ecuadorinmediato :: AEC Tuvo Que Aplicar Sistemas De Emergencia / La Hora." *Ecuadorinmediato :: El Periódico Instantáneo Del Ecuador*. Publicado el 04 Oct. 2005. Web. <[http://www.ecuatorinmediato.com/Noticias/news\\_user\\_view/atentado\\_contra\\_oleoducto\\_ecuatoriano--11973](http://www.ecuatorinmediato.com/Noticias/news_user_view/atentado_contra_oleoducto_ecuatoriano--11973)>.

DIARIO LA HORA. “Pornografía infantil sigue por Internet”. Edición de 10 de noviembre de 2004. Web. [http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1000286201/-1/Pornograf%C3%ADa\\_infantil\\_sigue\\_por\\_Internet.html#.UUSDJaXE\\_IM](http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1000286201/-1/Pornograf%C3%ADa_infantil_sigue_por_Internet.html#.UUSDJaXE_IM)

REVISTA JURÍDICA. “Explotación Sexual de los Menores de Edad”. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Escrito por ALMEIDA VILLACÍS, John. Web. [http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=48&Itemid=27](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=48&Itemid=27).

UNIVISIÓN. “ECUADOR: Nueva sentencia en caso de pornografía infantil en Galápagos”. Foros. Por CASTILLO MORÁN, Sandra. Web. <http://foro.univision.com/t5/Grupo-de-Apoyo-Niños-Perdidos/ECUADOR-Nueva-sentencia-en-caso-de-pornograf%C3%ADa-infantil-en/td-p/83294701>.

PRENSA ESCRITA:

DIARIO EL COMERCIO. “7 secuestros exprés, en una semana en Guayaquil”. Redacción. Seguridad. Edición: 4 de Febrero de 2011.

DIARIO EL COMERCIO. Redacción. Testimonio. Primera Sección. Edición: 24 de Febrero de 2011.

DIARIO EL COMERCIO. “El Secuestro Exprés repuntó en Guayaquil”. Redacción. Seguridad. Primera Sección. Edición: 01 de Agosto de 2011.

OTROS:

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Apuntes Máster De Derecho Penal de la Universidad de Sevilla. Materia: Interculturalidad y Derecho Penal. Sevilla. 29 de octubre de 2012.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Apuntes de Manuel Cancio Meliá*. Máster de Derecho Penal – Universidad de Sevilla. Módulo: La política criminal en Occidente: expansión del Derecho penal y Derecho penal del enemigo. 10 y 11 de noviembre de 2009.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. Apuntes Máster De Derecho Penal de la Universidad de Sevilla. Materia: Política Legislativa.