

## **Perspectivas del Código Orgánico Integral Penal (COIP)**

CARLOS CASTRO RIERA

**Síntesis:** se examinan los antecedentes políticos del COIP, los objetivos que persigue, la doctrina en que se inspira, la naturaleza totalitaria de dicho proyecto, sus implicaciones sociales y políticas.

**Palabras Clave:** Inseguridad, criminalidad, criminalización, protesta social, terrorismo, derecho penal del enemigo, totalitarismo, control político.

### **Nueva vía de desmontaje del Estado Constitucional**

El 20 de Octubre del 2012 cumplió cuatro años de edad la Constitución de Montecristi. Esta niña fue violada a las pocas horas de su nacimiento nada menos y nada más por el propio ente llamado a defenderla y sigue siendo atropellada hasta la presente fecha. En el Ecuador 17 Constituciones han quedado en nada, y al paso que vamos esta nueva Ley Fundamental quedará reducida al papel, con lo cual seguirá la tragedia constitucional de nuestro país.

Ahora, en circunstancias que el país vive una ola de criminalidad e inseguridad, algunos sectores políticos, pretenden utilizar esta coyuntura para acelerar el desmontaje del Estado Constitucional, pretextando que la delincuencia es producto del “garantismo constitucional” y de una supuesta legislación protectora de delincuentes.

Algunos artífices de la Asamblea Constituyente de Montecristi y de la nueva Constitución, se rasgan las vestiduras ante normas constitucionales y penales que han sido resultado de la evolución de la cultura jurídica de la humanidad, y pregonan el endurecimiento de las penas, rebajar las condiciones de imputabilidad de menores, establecer la imputabilidad de personas jurídicas, reducir y limitar las garantías del debido proceso, criminalizar la protesta social y ampliar los delitos de opinión, en fin crear una legislación ultra represiva inspirada en teorías penales totalitarias.

### **Inculpación al garantismo de la delincuencia**

El incremento de la delincuencia no es culpa de las leyes que establecen garantías del debido proceso, de la víctima y del procesado, si aquello fuera cierto, los países más civilizados y democráticos del mundo estuviesen dominados por la criminalidad.

En esta cruzada por desmontar el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, se utiliza la estrategia por una parte de inculpar y golpear a la Constitución calificándola como hipergarantista; y, por otra, la expedición de leyes y reglamentos y en general, de una legislación secundaria que contradice y burla los principios y contenidos de la ley fundamental sin que exista defensa institucional de la misma y quedando todos estos atropellos inconstitucionales en la impunidad.

### **Visión simplista y cínica de la etiología criminal**

Las causas de la criminalidad son más complejas que la visión simplista y politiquera de echar la culpa a una “legislación blanda y garantista”, en circunstancias en que otros

países tienen las mismas garantías procesales penales, y sin embargo tienen niveles de seguridad muy elevados.

Curioso resulta ver, como los beneficiarios de un sistema social despiadado, concentrador de la riqueza y la pobreza, son los más entusiastas por una “legislación sangrienta”, como si los productos destilados por el propio sistema: mendicidad, marginalidad, ignorancia, insalubridad, hambre, desocupación, alcoholismo, drogadicción, condiciones infra humanas de vida, prostitución, violencia machista, migración, pérdida de valores, carencia de vivienda, fuesen culpa de la Constitución o las leyes penales.

Ese coro de “ángeles” que ayer sembraban la violencia, organizando bandas de matones espectaculares, para defender sus intereses y que les escoltaban en sus campañas electorales, ahora hablan de moral, ética, seguridad, combate a la delincuencia, cuando han sido ellos, los protagonistas del mal ejemplo, los negocios turbios, el contrabando, la evasión y elusión tributaria, la doble moral y la doble contabilidad, el soborno, la devastación de bosques y manglares, la apropiación violenta de la tierra, el lenguaje procaz, la violencia, el tráfico de influencias y de la renta de la tierra, los dueños de la justicia, los beneficiarios de la banca cerrada y de la impunidad.

Estos mismos adalides de la seguridad, ante el anuncio del Presidente de la República de convocar a una consulta popular para reformar algunas garantías constitucionales penales, coincidieron desde otros intereses políticos estratégicos, en exigir que se convoque a consulta popular, para allanar el camino del desmantelamiento de las garantías constitucionales y avanzar al endurecimiento de las penas, y para ver “quiénes están a favor de los delincuentes y quiénes a favor de la sociedad”.

### **De la reforma penal a la consulta popular y al Proyecto de COIP**

Sin embargo lo que empezó como reformas penales constitucionales y legales, devinieron en la formulación de una propuesta de convocatoria a referéndum y consulta popular de más profunda trascendencia política que no solo miró al ámbito de la inseguridad ciudadana, sino al control político de la justicia y la opinión pública.

Aprobada la consulta popular y el referéndum, hemos pasado a las transformaciones del sistema jurisdiccional y la expedición de leyes que tienen que ver con la aplicación de los resultados de la consulta y es en este contexto que se desarrolla el debate legislativo y ciudadano en torno al Proyecto del Código Orgánico Integral Penal.

La necesidad de nuevas normas penales, procesales penales y de ejecución de penas es de inaplazable solución, siendo necesario participar activamente en este debate. Sin embargo, si bien necesitamos atender urgentemente el tema de la seguridad, debemos estar prevenidos que so pretexto del combate a la delincuencia se apunte más bien al establecimiento de normas de control político con lo que se malograría y desviaría la reforma penal.

Este debate se inició en el país, al presentar y publicar por parte del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, más concretamente de la Subsecretaría de Desarrollo Normativo a cargo del Dr. Ramiro Ávila Santamaría el Anteproyecto de CÓDIGO DE GARANTÍAS PENALES en Diciembre del 2009.

En la exposición de motivos del Anteproyecto -que fue calificado de “pro delincuente” por el Fiscal General del Estado de ese entonces-, se señala que en el país, se han promulgado cinco Códigos Penales 1837, 1871, 1906, 1938 y la Codificación de 1971; y que, desde esta última codificación, se han efectuado cuarenta y cuatro reformas.

En cuanto al Código de Procedimiento Penal se indica que hemos tenido cinco leyes de procedimiento penal, siendo el último código, el del año 2000 que introdujo el sistema acusatorio, y que se lo ha reformado en trece ocasiones.

A su vez el Código de Ejecución de Penas de 1982 ha sufrido nueve reformas, Código que no guarda armonía con las normas penales y procesales penales, dando como resultado un sistema de ejecución inconsistente con los otros Códigos.

Estamos pues ante una legislación penal remedada hasta no más, de conformidad con situaciones coyunturales, para satisfacer el descontento popular del momento, que deja traslucir que se ha actuado con demagogia y populismo penal.

### **La utilización del sentimiento de inseguridad**

En efecto, es más fácil satisfacer el descontento ciudadano, apelando al endurecimiento penal, a sabiendas por la experiencia y la ciencia, que aquello no es remedio para la delincuencia. Eso ya se ha hecho en varias oportunidades en nuestro país, pues suficiente sería en esta nueva ocasión legislativa una reforma que diga algo así como ¡en adelante las penas establecidas en el Código Penal se triplican! y veríamos como la delincuencia desaparece por arte de magia al siguiente día de la promulgación de la reforma draconiana.

### **Garantismo versus derecho penal del enemigo.**

La Constitución vigente, ordena a la Asamblea Nacional y a todo órgano con potestad normativa, *“adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y tratados internacionales”* (art.84), pero en vez de cumplir este mandato constitucional, los “duros” de la penalidad, abogan por aumentar las penas y criminalizar al máximo las anormalidades de la vida social, hasta por irrespeto de una línea de fábrica, pasando por lo tanto de la intervención penal mínima a la intervención penal máxima.

Para todos nosotros es conocido que la Constitución vigente tiene como matriz teórica el neoconstitucionalismo social, y aquello incluye el “garantismo penal”, que no significa garantía al delincuente como afirman con intencionalidad política los que están al acecho de la Constitución, sino la consideración de que la actuación de las autoridades judiciales y no judiciales que intervienen en las instancias penales, deben someter sus actuaciones a la Constitución y la ley y ser responsables por su actos.

En nombre de la delincuencia no podemos volver al “terrorismo de Estado”, donde campean la inseguridad, la criminalización de la pobreza, operativos policiales arbitrarios, la violación de derechos, allanamientos de domicilios, tortura psíquica y física, desapariciones forzadas, autoritarismo policial, mal trato de presos y detenidos, negociados de la libertad, instrumentación del derecho penal para ajuste de cuentas, chantajes, persecuciones políticas, justicia por mano propia, detenciones arbitrarias, incomunicación, autoinculpación, y prisión preventiva como pre pena.

Estamos conscientes que hay una sociedad desesperada por el aumento de la criminalidad, pero ese sentimiento no puede ser manipulado con fines perversos, pues la defensa social no puede desconocer la Constitución e implantar el terrorismo penal. Facilísimo sería frenar la delincuencia, multiplicando las penas por diez o simplemente aumentando policías y militares en las calles armados hasta los dientes y dispuestos a matar al menor sospechoso.

En el ámbito punitivo, el Estado Constitucional, incluye la concepción del “derecho penal mínimo” opuesto al “derecho penal del enemigo” (“totalitarismo penal”).

El garantismo penal se enmarca en la concepción del neoconstitucionalismo que inspira a nuestra Carta Magna, puede sintetizarse en el predominio de los principios sobre las reglas, la proporcionalidad y la ponderación en la aplicación de los derechos, la presencia relevante y activa de los jueces frente a los legisladores, el pluralismo valorativo en oposición a la homogeneidad ideológica, el constitucionalismo invasivo que penetra en todas las áreas del Derecho, la rigidez constitucional, la garantía jurisdiccional de la Constitución (su fuerza vinculante y la aplicación directa de las normas constitucionales por los jueces), la reconstitución de la unidad del Derecho con la Moral y de la validez jurídica con la justicia.

Por lo tanto el garantismo se basa en el respeto absoluto a los derechos de las personas; la limitación de derechos debe ser discutida en juicio y con procedimientos que garanticen el debate, la contradicción de pruebas, el derecho a la defensa técnica; la mínima discrecionalidad de autoridades judiciales y no judiciales en el proceso penal, obligación de justificar sus actos y ser responsables de los mismos; los actos que limiten derechos deben ser controlados judicialmente; la intervención penal debe ser la mínima necesaria para evitar la impunidad y proteger a la víctima.

En cambio en el derecho penal del enemigo, subyacen conceptos como: la sociedad se divide en no desviados a los que hay que proteger y desviados que deben ser perseguidos y sancionados preventivamente (“cazarlos como pavos en la víspera”); los “enemigos” de la sociedad, son individuos que se han apartado del derecho presumiblemente de un modo duradero y no solo accidental, y se han excluido del ámbito de las personas, son “animales peligrosos”; por lo tanto cabe el adelantamiento de la punibilidad y el rechazo a la reducción proporcional de penas; debilitamiento o supresión de garantías penales, (el enemigo no tiene dignidad); endurecimiento de las penas; diferenciación entre el “delincuente ciudadano” que puede tener un desliz (alzarse con los depósitos bancarios por ejemplo) y el “delincuente enemigo” (reincidente, habitual, profesional delictivo, integrado a organizaciones del crimen); el derecho excluye al enemigo, pero en forma y modo que vincula a los ciudadanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la invocación de la peligrosidad para imponer mayor pena “sustituye el Derecho Penal del acto propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal del autor, que abre la puerta al autoritarismo en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía... Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos”.

### **Transparentar la matriz ideológica que inspira al proyecto de COIP**

La expedición del Código Orgánico Integral Penal no está al margen de la influencia de estas grandes tendencias penales de la actualidad: la democrática y la totalitaria y por ello hay que analizar su matriz ideológica y teórica, siendo este un deber ineludible de la Asamblea Nacional, que no puede verse amenazada en el sentido de que si no se respeta el proyecto original todas las reformas que se introduzcan serán vetadas. Para qué sirve entonces el órgano legislativo del país.

A la inseguridad y a la delincuencia hay que combatirlos todos los días, pero con la Constitución y la ley en la mano, siendo implacables con su aplicación, con policías preparados para ser ejemplo de ciudadanía, fiscales que no se presten a la manipulación política, jueces independientes, preparados y probos, ciudadanos cumplidores de su palabra, sus deberes y compromisos, pro activos de la no violencia, con autoridades que dejen la campaña electoral permanente, gasten menos en imagen y hablen más con su vida, obra y testimonio; funcionarios y empleados con mística de servicio, no prepotentes y abusivos, con participación ciudadana organizada, inversión en laboratorios de criminalística, creación de una verdadera policía judicial técnica e independiente, preparación de servidores judiciales, campañas de educación cívica y de valores, depuración del sistema policial, del poder acusatorio, del sistema judicial y del sistema de resocialización.

Pensar en el endurecimiento de las penas en el actual sistema de ejecución de las mismas, es reforzar el nivel de postgrado delincencial y permitir que avancen del nivel profesional al nivel de la especialización más refinada. Nuestras cárceles son verdaderas escuelas de perfeccionamiento delincencial

Por supuesto que hay que cambiar la legislación penal, pero en forma integral con un cuerpo normativo unitario, sistemático, coherente y completo vertebrado según los mandatos rectores de la Constitución vigente, recogiendo la experiencia acumulada de nuestro país y sobre todo con un plan con políticas y estrategias serias.

Igualmente es necesario distinguir la delincuencia común, callejera, de la delincuencia organizada o institucionalizada o como se dice del crimen organizado a nivel nacional e internacional, para estructurar una política de defensa o seguridad ciudadana, que sea por una parte eficaz y por otra que no quebrante el régimen democrático en nombre del combate a la criminalidad, pues bien sabemos por las experiencias históricas como en dichos ambientes policíacos y militaristas, antes de disminuir los niveles de inseguridad, se incrementa la represión social y se termina criminalizando la protesta social y la pobreza, lesionando seriamente el ordenamiento jurídico democrático, creándose situaciones de regresividad hacia épocas ya superadas donde los derechos humanos han quedado como meras declaraciones de papel.

Con el Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, que está tramitándose en la Asamblea Nacional, se deja atrás y archivado el Anteproyecto de Código de Garantías Penales coordinado por Ramiro Ávila Santamaría, y que contó con la asesoría de juristas de la talla de Eugenio Raúl Zaffaroni y Máximo Pavarini.

Néstor Árbito Chica, Ministro de Justicia de ese entonces, en la presentación de dicho Anteproyecto, manifestó: "Pretendemos construir un Código que determine con claridad las conductas que tienen sanción penal, los procedimientos en función de la gravedad

del daño y un sistema de ejecución de penas que no sea un espacio de profesionalización de la delincuencia...el ideal que ningún inocente sea enjuiciado y condenado, que las víctimas de los delitos sean adecuadamente atendidas y reparadas y que las personas que han cometido infracciones tengan todos los derechos durante el juicio y cumplan penas útiles y proporcionales a la infracción que cometieron”.

En su lugar se tramita, hoy en la Asamblea, un proyecto de Código Penal, cuyo espíritu al menos en su versión original es contrario a la Constitución de Montecristi y está contagiado por la doctrina de los “animales peligrosos”.

### **Control delincinencial o control político**

En efecto, el Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, contiene tipos penales abiertos (“talla única”, a manera de “grandes embudos”) que permiten las interpretaciones más diversas según el interés social o político que se lo quiera dar, con lo que se atenta gravemente a la garantía de la seguridad jurídica, y aunque se lo quiera negar criminaliza la protesta social y aparece más dirigido al control político que al control delincinencial.

Dicho proyecto penal en nombre del “buen vivir” criminaliza conductas que no merecen un tratamiento penal, incluyendo aspectos relacionados con la libertad de información y expresión, incorpora subrepticamente la famosa “responsabilidad coadyuvante” de los propietarios de los medios de comunicación social y en algunos casos, se establecen sanciones penales menores para delitos mayores y viceversa. Se violentan entonces otros principios como el de la intervención penal mínima y el de proporcionalidad entre infracciones y sanciones penales.

Lo rescatable del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, es que se pretenda superar la dispersión de la tipificación de conductas penales constantes en diversos códigos y leyes, que se unifiquen y guarden coherencia normas penales sustantivas, adjetivas y de ejecución de penas y la universalización de la oralidad.

Existen temas que son realmente controversiales como la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y a donde apunta dicha innovación, aspecto que en otros países -dada su propia realidad- tiene otras connotaciones, quedando claro que en nuestro país hasta el momento las personas jurídicas no son sujetos de responsabilidad, debate que ya se dio a propósito de la querrela contra directivos del diario El Universo.

Esperemos que este proyecto penal sea analizado profundamente por profesores y estudiantes de derecho, servidores judiciales y abogados y en general por todos quienes nos interesamos en la necesidad de la reforma jurídica profunda de nuestro país y que al final contemos con un instrumento jurídico al servicio de la seguridad ciudadana.