

# El populismo penal y su ideal de la (des) constitucionalización del derecho penal

Penal populism and the ideal of the (de) constitutionalization of criminal law

**Josué Andrés Solís Verdugo**

Investigador Independiente, Ecuador

 0009-0001-5328-9288

## Resumen

En el presente trabajo se analiza el fenómeno del populismo penal y sus consecuencias sobre la constitucionalización del derecho penal. Se parte de conceptos como la supremacía constitucional, así como la importancia en el derecho penal de las garantías y principios procesales que nacen de la constitución misma. El derecho penal debe de funcionar como un freno al poder punitivo. No obstante, la retórica política busca impregnar la norma penal con sus ideales; meta que se ha consolidado mediante el discurso de “mano dura” contra la delincuencia, el cual propugna por el aumento de las penas, la proliferación de delitos y la disminución de garantías. Sin embargo, esto no combate la criminalidad verdaderamente; por el contrario, crea un derecho penal simbólico. En este contexto, se analiza la necesidad de protección que debe existir sobre la supremacía constitucional por parte de un órgano independiente del sentimentalismo y ambiciones políticas. De no mejorar esto último, el efecto más grave sería la deslegitimación misma del derecho penal como freno al poder punitivo y como protector de bienes jurídicos. Finalmente, se recalca la importancia de la institucio-



Envío: 23/01/2026 | Aceptación: 28/05/2026 | Publicación: 30/06/2026



132-151



**Forma sugerida de citar:** Solís Verdugo, J. A. (2026). El populismo penal y su ideal de la (des)constitucionalización del derecho penal. *Revista Facultad de Jurisprudencia*, 2026(19), pp. 132-151. <https://doi.org/10.26807/rfj.v1n19.555>

**Derechos de autor:** © 2026, el autor.

nalidad de la Corte Constitucional y de su trabajo de control e interpretación como protector de la Constitución de la República.

Palabras clave: Derecho penal, populismo penal, constitución, supremacía constitucional, Corte Constitucional.

---

## Abstract

This paper examines the phenomenon of penal populism and its ramifications for the constitutionalization of criminal law. It takes as its premise concepts such as constitutional supremacy, alongside the fundamental role within criminal law of procedural guarantees and principles emanating directly from the constitution itself. Criminal law must function as a check on punitive power. Paradoxically, political rhetoric seeks to imbue criminal statutes with its own ideological agendas—an objective consolidated through a tough-on-crime discourse that advocates for harsher sentencing, the proliferation of criminal offenses, and the erosion of legal guarantees. However, far from genuinely combatting criminality, this approach merely engenders a symbolic criminal law. Within this framework, this study analyzes the imperative to safeguard constitutional supremacy through an organ insulated from political sentimentality and ambition. Should the latter fail to improve, the most severe consequence would be the utter delegitimization of criminal law, both as a restraint on punitive power and as a protector of legally protected interests (*bienes jurídicos*). Finally, this paper underscores the vital importance of the Constitutional Court's institutional integrity, emphasizing its role in judicial review and interpretation as the ultimate guardian of the Republic's Constitution.

Keywords: Criminal law, penal populism, constitution, constitutional supremacy, Constitutional Court.

---

## 1. Introducción

El uso del prefijo (des) en el título responde a la lógica de que el populismo penal no elimina de un solo golpe a la constitución en su relación con el derecho penal, sino que hace que este último la abandone progresivamente. En efecto, a través de discursos punitivos y reformas impulsadas por coyunturas políticas, se debilitan los principios, derechos y garantías constitucionales que limitan el poder punitivo del Estado, esto genera un proceso de (des)constitucionalización del derecho penal en la práctica.

En el ordenamiento jurídico la diversidad de las normas son un pilar fundamental para el derecho y estas, por el mismo hecho de ser diferentes, poseen una jerarquía. Dentro de esta cartera de normas se encuentra la constitución como la más importante, o la primera en la lista. Esta es, en otras palabras, la que encabeza la pirámide entre las normas internas de un Estado. La jerarquización normativa no responde únicamente a formalidades sino que cumple una finalidad y función esencial dentro del Estado de derecho, esto permite garantizar la coherencia, unidad y estabilidad del sistema jurídico ecuatoriano.

En este momento se aborda la pregunta clave que ya Ferdinand Lassalle (1862) planteó en el siglo XIX: ¿qué es una constitución? El autor responde que la verdadera constitución es aquella que contiene los factores reales y efectivos de poder que se ajustan a la realidad de un país; es decir, esta no consta de un valor nominal sino real.

Según Oyarte (2007) una constitución es superior a toda manifestación de autoridad, por cuanto es esta misma la que crea o constituye al poder y a la autoridad sino la que organiza al Estado y el poder, la forma de organización, funcionamiento y límites. Por lo tanto, todo el poder se organiza conforme a la constitución. Debido a esto, se entiende que la constitución no solo cumple funciones de organización de poder, su esencia como tal irradia establecer los límites infranqueables para ese poder y esos límites se resumen en los derechos, principios, valores y garantías en ella consagrados.

En ese sentido, queda claro que el resto de las normas inferiores a la constitución tienen un respeto irrestricto a esta última, claro que esto incluye a las normas de carácter penal. Como sostiene Rodríguez (2020): “El Derecho Penal es la manifestación de la tendencia constitucional, a tal punto que se suele llegar a decir que, al tener una nueva Constitución, se requiere un nuevo Código Penal” (p. 122). Como en el caso ecuatoriano, luego de la expedición de la última constitución, años después el derecho penal tuvo un cambio significativo, tanto en lo sustantivo como en lo adjetivo, en la parte ejecutiva del mismo, a partir de la irrupción del Código Orgánico Integral Penal (COIP).

Claro está que el control del derecho penal siempre ha sido un objetivo de quienes ostentan el poder. Sin embargo, la constitución actúa como límite al *ius puniendi* dentro de un Estado de derecho y justicia como es el nuestro. Ante esta situación, la solución para el poder de turno ha sido establecer su posición e ideología por encima de las normas de carácter constitucional. De hecho, en muchos casos no sólo ha involucrado reformas constitucionales sino la creación de nuevas constituciones por completo. Lo anterior, se ve reflejado en la cantidad de normas de este tipo que ha tenido el Estado ecuatoriano a lo largo de su vida republicana.

Al existir estos límites constitucionales incómodos para el poder de turno, se evita la práctica frecuente de dominar el derecho penal con discrecionalidad. El medio para convencer a la población de la aceptación de reformas constitucionales o nuevas constituciones es y siempre ha sido el populismo penal. El presente artículo tiene como objetivo demostrar que el populismo punitivo tiene un solo ideal: el retroceso del constitucionalismo del derecho penal.

Con una metodología de tipo cualitativa y un enfoque dogmático-jurídico, con énfasis en fuentes doctrinarias penales y constitucionales, así como normativa y jurisprudencia ecuatorianas, el presente trabajo busca realizar un análisis en relación con el fenómeno del populismo penal y cómo este podría afectar a la constitucionalización del derecho penal. En un primer momento, se analizará de qué forma la constitución de 2008 logró una constitucionalización de las ramas del derecho y, sobre todo, del derecho penal. Asimismo, se explicará qué debemos entender por populismo penal, así como algunos conceptos similares y cuáles son sus objetivos. Además, se examinará cómo este fenómeno se ha reflejado en el Estado ecuatoriano, al pretender en este proceso retroceder. Finalmente, se determinará cómo este fenómeno debería combatirse a través de la institucionalidad de la Corte Constitucional.

## **2. ¿Qué implica la constitucionalización del derecho penal?**

Como indica Comanducci (2005), el término de “constitucionalización” del derecho quiere decir que este se encuentra impregnado, saturado o embebido por la constitución. En este sentido, cuando hablamos de derecho penal constitucionalizado queremos decir que las normas que regulan el *ius puniendi* del Estado tienen su esencia en principios de rango constitucional. Ahora bien, ¿cuál sería la esencia de la constitución?

Conocemos que una constitución generalmente se conforma de lo orgánico y lo dogmático; es decir, lo primero tiene que ver con la organización del poder e instituciones y, lo segundo, con lo dogmático que se centra en determinar

una serie de derechos de los que somos titulares, así como de los principios y su aplicación en los derechos. Oyarte (2019), menciona que “el ejercicio del poder se debe reflejar en la efectiva vigencia de los derechos fundamentales, única forma de configurar lo que se conoce como Estado de Derecho” (p. 139).

Es así como debemos entender que el derecho penal, en lo referente a su aspecto normativo, no funciona como un sistema jurídico autónomo e independiente sino que más bien es un subsistema que depende de la parte dogmática de la constitución. Los derechos fundamentales se vuelven lineamientos internos de validez, racionalidad y legitimidad de las actuaciones penales de un Estado. Podemos aseverar que, si bien el derecho penal se caracteriza por ser eminentemente sancionador, su regulación y vigencia, así como su aplicación, no puede estar fuera de la esfera constitucional de protección de derechos y principios; esto es entonces una constitucionalización del derecho penal, por lo menos para el caso ecuatoriano.

Con la constitución del 2008, el paradigma cambió y el derecho penal se supe- dita integralmente a la constitución (Santacruz y Pachay, 2025). Es por esto por lo que los principios y los valores refuerzan ampliamente la normativa penal, es decir, se impregnan en las normas. El derecho penal ahora es un medio de protección de derechos y de la justicia, por lo menos en sus ideales normati- vos. Esto no es sólo una teoría dogmática sino que ha sido el mismo ordena- miento jurídico el que ha reconocido una jerarquía normativa y, sobre todo, la razón de la obediencia de las normas inferiores a la constitución, esto es la supremacía constitucional. Como menciona Rodríguez (2020), en Ecuador la supremacía de nuestra constitución, así como si se tratara de la pirámide de Kelsen, está regulado en varios artículos, sobre todo en el Art. 425<sup>1</sup> de la Constitución de la República.

Aguirre (2018), al referirse sobre la supremacía constitucional, determina que este principio le atribuye a la constitución el carácter de primer fundamento positivo del orden jurídico y, en atención a ello, depende la validez de las res- tantes normas jurídicas. Entonces, es esencial para que la norma penal sea vá- lida y aplicable que se encuentre en armonía con la normativa constitucional, no sólo al prestar atención a las instituciones y poderes sino a los principios y derechos del garantismo penal.

---

1 Constitución de la República del Ecuador: Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las nor- mas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgá- nicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y re- glamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

Con la Constitución del 2008 se pensó que el Estado de derecho dejaría de existir. Martínez (2019) determina que esta nueva definición del Estado constitucional de derechos y justicia levantó todo tipo de suspicacias y algunos pensaban que esto era solamente un invento del legislador constituyente. El aumento de la “s”, llevó a pensar que esto fue un error de codificación en el texto constitucional (Ávila, 2009). Sin embargo, lo cierto es que ese tan pequeño cambio ortográfico tiene una fuerte carga de principios y valores. Este concepto para Ávila implica, entre varias cosas, que el Estado respete y haga respetar los derechos; en resumidas cuentas, ninguna ley ni ningún acto del poder público puede atentar contra los derechos.

Por todo este antecedente es que el derecho penal actúa en función de cómo se presente la constitución. De poco sirven las reformas legislativas y la creación de nuevas normas de carácter penal si es que estas se encuentran en contra de la norma suprema, ya que estas no tienen validez alguna y su permanencia dentro del ordenamiento jurídico es efímera. Para evitar esto, quien ostenta el poder o quien desea cambios jurídico-penales duraderos, sabe que el medio para alcanzar esto es el cambio de normativa constitucional; justo aquí es en donde irrumpe el populismo penal.

Posterior a la Constitución de Montecristi, las reformas en materia penal debían ser respetuosas a los principios y derechos reconocidos en la misma, sobre todo al debido proceso y al derecho a la libertad. El COIP en su mayoría fue diseñado en atención a los ideales normativos constitucionales. Aunque siempre han existido excepciones, el cambio en comparación a la normativa anterior plantea una mejora significativa. Para decirlo junto a Ávila (2013): “el derecho penal de acto, que es el más consecuente con el principio de igualdad y dignidad, y lo que se juzga y condena son hechos y no a personas: las personas entran dentro de la esfera penal por lo que hacen no por lo que son” (p. 174).

En su primer inciso, el Art. 22 del COIP<sup>2</sup> defiende al derecho penal de acto, sobre todo en su segundo inciso cuando proscribiera al derecho penal de autor y deja claro que no se podrá sancionar a una persona por sus características personales o por su peligrosidad. Lo anterior, consagra el debido proceso previsto en la Constitución de la República (Art. 76) como derecho y principio regulador del *ius puniendi*.

Es significativo así también para el derecho penal que exista un debido proceso constitucionalizado, reglas claras y básicas para que los procesos penales,

2 Código Orgánico Integral Penal: Art. 22.- Conductas penalmente relevantes.-Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables. No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales.

desde su inicio hasta su fin, reflejen una priorización a los derechos y libertades de los ciudadanos. El debido proceso tiene una duplicidad: por un lado, se reconoce como un derecho de todo ciudadano y, por otro, el conjunto de garantías y principios que lo conforman. Ambos aspectos son la guía para garantizar un proceso adecuado en el que el ciudadano acusado conoce que tiene posibilidades de defenderse, frente al poder punitivo y todo el aparato que tiene el Estado.

No se puede omitir la importancia de la presunción de inocencia y su evolución en el derecho penal, a través de un constitucionalismo que le importa más los derechos y libertades como el nuestro. Como mencionan Chica y Saquicela (2023): “En materia probatoria por su parte, consecuencia de la constitucionalización del proceso penal, uno de los principales cambios introducidos ha sido el establecimiento de un alto estándar probatorio que exige para la condena una convicción más allá de toda duda razonable” (p. 258). En este sentido, la presunción de inocencia no solo es una teoría dogmática sino una realidad normativa que exige los más altos estándares probatorios en el proceso penal.

A pesar de la evolución del derecho penal ecuatoriano y su progresiva constitucionalización, recientemente se han observado indicios de regresión normativa; es decir, la aplicación práctica de este marco especializado ha perdido su impulso inicial. Una de las manifestaciones que evidencia este deterioro paulatino es la distorsión del principio de proporcionalidad de las sanciones, debido al incremento punitivo. Aun cuando el aumento de las penas ha demostrado ser ineficaz para contener los índices de criminalidad, esta estrategia persiste como una oferta recurrente en las plataformas electorales de diversos actores políticos. De hecho, las propuestas contemporáneas han trascendido el mero endurecimiento de las penas: durante el periodo 2024-2025, se plantearon iniciativas orientadas a la refundación constitucional integral, la reinstauración de castigos corporales y la eliminación de regímenes especiales de ejecución de la pena. Estas medidas, lejos de constituir soluciones efectivas, configuran expresiones manifiestas de populismo penal.

Antes de profundizar en el populismo penal, es necesario aclarar que cuestionarlo no implica estar en contra de la lucha contra la delincuencia. Todo ciudadano que respeta el pacto social rechaza la criminalidad; sin embargo, dicha lucha no puede desarrollarse en inobservancia de las garantías y derechos alcanzados. Esto tampoco supone autodenominarse garantista penal, pues, como señala Rodríguez (2020), independientemente de la postura doctrinal: garantista, funcionalista o finalista, toda teoría debe orientarse a maximizar las garantías y minimizar las arbitrariedades, en defensa de los derechos humanos y las garantías jurídicas.

### 3. El populismo penal y su afectación a la constitucionalización del derecho penal

El populismo penal debería ser identificado como el lenguaje o forma de actuación política que se inmiscuye en la esfera del derecho penal, con la finalidad de generar una falsa confianza de la población en la norma penal. Esto quiere decir que existe un aprovechamiento de la falta de conocimiento y el sentimentalismo, siempre presente en el contexto social, que busca crear y legitimar normas de carácter punitivo que no tienen un sustento en política criminal ni penal.

En la retórica usada por la política actual, nunca faltarán las iniciativas y propuestas que incluyen el incremento de penas, la creación de nuevos tipos penales, la imprescriptibilidad como solución y hasta las nuevas formas de penas que ya no tienen que ver con la limitación al derecho a la libertad sino más bien con la integridad física y la vida del sentenciado. Sumado a esta posición política, los medios de comunicación hacen su trabajo y difunden rápidamente los discursos de los políticos, tales como: “es necesario incrementar las penas para evitar la impunidad”, “la constitución protege a los delincuentes”, “los jueces que ponen en libertad a delincuentes son corruptos”, entre otros lugares comunes.

Gómez y Proaño (2012) sostienen que el populismo penal se identifica cuando las iniciativas de política criminal se legitiman exclusivamente sobre la base de las demandas, percepciones y demandas emocionales de la opinión pública. En efecto, la dinámica electoral prioriza la captación del respaldo de las mayorías; de este modo, los actores políticos instrumentalizan el desconocimiento normativo, sociológico y criminológico de la sociedad para proponer medidas de corte punitivo que carecen de idoneidad técnica. En consecuencia, estas estrategias resultan ineficaces para resolver de manera estructural la cuestión criminal.

Según Arrieta (2018), el fenómeno del populismo penal surge del término *populism punitiveness*, implementado por primera vez en 1995 por Anthony Bottoms, el cual, según la autora, pretendía explicar por qué los gobiernos adoptan políticas represivas y por qué las mismas son bien recibidas por la población en general. A su vez, la autora determina que esta expresión es implementada por sectores políticos, quienes utilizaban al derecho penal únicamente para efectos electorales, sin tomar en cuenta la efectividad o no de la medida o sus consecuencias, lo que crea nuevos delitos o penas más altas (p. 4).

Conforme a lo anterior, es importante resaltar que el populismo penal ha implementado un nuevo concepto que es el de derecho penal simbólico. Arrieta

(2018), al hacer una diferenciación de conceptos, indica que este último es resultado del populismo penal, es decir, es la pérdida definitiva del norte de la finalidad del derecho penal. A su vez, Rodríguez (2014) explica que este tipo de normas únicamente crea un placebo social apaciguador, están únicamente cargadas de simbolismo y sus efectos son inexistentes, las denomina normas de *marketing* de ideologías o de seguridad.

Entonces, el populismo penal se encuentra actualmente inmiscuido en la retórica política, a fin de dar paso a la creación de normas simbólicas sin sentido alguno que aprovechan un sentimiento social generalizado de repudio a la criminalidad y el desconocimiento del derecho penal, así como de la especialidad de la criminología. Sin embargo, existe una barrera que el populismo necesita superar para que ese tipo de normas tengan no solo una legitimación social sino también normativa y, sobre todo, que no tenga obstáculo alguno que pondría en duda su validez; esta es la barrera de la supremacía constitucional.

Ejemplifiquemos, si es que la retórica política ofrece que las interceptaciones de comunicaciones se las debería hacer sin orden judicial y sin ningún límite, deben primero resolver cómo esa propuesta no será contraria al debido proceso previsto en nuestra constitución y, por lo tanto, que la norma propuesta sea plenamente válida y legítima.

El *ius puniendi* previsto en las normas sustantivas como adjetivas encuentra sus límites en la constitución y el respeto a principios, valores y derechos esenciales. La forma de que ese poder no tenga límite alguno es un retroceso de la normativa constitucional y, en ese mismo sentido, lo que se ocasiona es la desconstitucionalización del derecho penal, entendido esto como la separación del derecho penal, los valores y principios inspiradores de un Estado democrático, así como el respeto a las libertades e igualdades de los ciudadanos.

Recientemente en Ecuador han dominado las propuestas de reformas constitucionales que luego darían paso a una serie de reformas legales en materia penal, a gusto y antojo de la política. En este sentido, las reformas constitucionales tienen sus propios procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico, lo cual no es de análisis del presente trabajo, pero vale la pena destacar el trabajo de la Corte Constitucional como máximo órgano de protección a la constitución, quienes han rechazado el populismo penal como medio para conseguir cambios normativos significativos en retroceso de las garantías y derechos.

La supremacía constitucional no es solo un ideal y es necesario de mecanismos efectivos de control, vigilancia y corrección normativa. En este sentido, el actuar de la justicia constitucional por parte de la Corte Constitucional se ha convertido en uno de los frenos para que los legisladores no desnaturalicen los

principios del derecho penal y su estricta relación con las garantías y derechos constitucionales.

Ejemplifiquemos, el 5 de febrero de 2025, por parte de la Presidencia de la República se presentó ante la Corte Constitucional un proyecto de modificación a la constitución, mediante reforma parcial, para que sea ese órgano el que realice el respectivo control previo de constitucionalidad y se califique el procedimiento correspondiente. La petición estaba dirigida para que se analice la propuesta de reforma al Art. 77 numerales 1 y 11 de la constitución<sup>3</sup>, con la finalidad de que la prisión preventiva tenga una excepción a ser de *ultima ratio* y tenga la característica de obligatoria “por razones de combate al terrorismo y crimen organizado”.

A primera vista, para la mayoría de los ciudadanos, el hecho de que la prisión preventiva sea la regla general para casos de terrorismo y crimen organizado es un logro para el país. Claro que esto es entendible, pero no es justificado. Es entendible porque el ciudadano ajeno al funcionamiento del derecho no analiza las consecuencias jurídicas del populismo penal, no debate en cuanto a garantías y libertades violentadas por normas que en algunos casos podrían ser eficaces, pero que en otros serán el medio para la arbitrariedad judicial y el irrespeto a principios y valores que rigen un Estado democrático. Por lo tanto, es muy probable que no se obtengan resultados favorables con la implementación de ese tipo de normas, lo cual hace de su aplicabilidad únicamente un simbolismo.

Las garantías procesales y derechos constitucionales no son privilegios para unos pocos, porque están pensados para la generalidad y para todos los ciudadanos. Su limitación o retroceso lo único que genera es minimizar la protección que podría tener cualquier ciudadano a ser víctima de un proceso arbitrario, ilegítimo y que no respeta su libertad.

---

3 Texto de propuesta de reforma: Artículo 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

1. La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena, así como por razones de combate al terrorismo y crimen organizado, según los casos y condiciones que determine la ley; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin formula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley. [...]
11. La jueza o juez aplicará las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley, salvo las situaciones en que, por razones de combate al terrorismo y crimen organizado, según los casos y condiciones que determine la ley, se deba ordenar obligatoriamente la prisión preventiva. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley

La Corte Constitucional examinó la propuesta<sup>4</sup> y determinó que la reforma constitucional a los numerales 1 y 11 del artículo 77 de la constitución, orientada a establecer que “por razones de combate al terrorismo y crimen organizado, según los casos y condiciones que determine la ley, se deba ordenar obligatoriamente la prisión preventiva”, constituye una afectación grave e injustificada a la garantía de presunción de inocencia y al derecho a la libertad de movilidad. Asimismo, señaló que dicha modificación desvirtúa la naturaleza excepcional de la prisión preventiva, al convertirla en una consecuencia automática y anticipada, en lugar de una medida cautelar sujeta a los principios de necesidad y proporcionalidad, esto vulneraría los límites constitucionales que regulan esta figura.

El sentido de cambiar la constitución, con base en el populismo penal, era que luego de ello se podía reforzar en la normativa infra constitucional la noción de la obligatoriedad de la prisión preventiva y, en ese caso, la esencia misma de la constitución irradiada en el derecho penal se perdería. Entonces, el populismo penal ataca a estos ideales normativos, a través de lo que el ciudadano en su generalidad considera como algo bueno.

La Corte Constitucional, órgano creado por la Constitución de la República del Ecuador de 2008, tiene como misión fundamental garantizar la supremacía de la constitución como la norma jurídica suprema, velar por el efectivo y pleno ejercicio de los derechos humanos, actuar como el máximo órgano de interpretación constitucional y ejercer el control y la administración de la justicia constitucional. En virtud de esta misión institucional, su rol no se limita únicamente a conocer y resolver controversias concretas, sino que implica una función activa y permanente de defensa del modelo constitucional de derechos y justicia.

En este contexto, la Corte Constitucional no sólo se enfrenta a eventuales reformas constitucionales que, de manera expresa o implícita, pretendan eliminar, restringir o debilitar derechos, garantías y principios constitucionales sino que también asume la responsabilidad de examinar el respeto a aquellos derechos y garantías ya consagrados frente a reformas, modificaciones o ajustes de la normativa infra constitucional. Muchas de estas iniciativas normativas, lejos de responder a criterios técnicos, constitucionales o de necesidad social real, suelen estar motivadas por discursos coyunturales y tendencias de carácter populista, lo que obliga al órgano de protección constitucional a ejercer un control riguroso y estricto, a fin de evitar regresiones en materia de derechos y garantías en los procesos penales.

En ese ejercicio de mantener un respeto a la supremacía constitucional y a los derechos y garantías en ella consagradas, podemos ejemplificar

4 Corte Constitucional: Dictamen 2-25-RC/25, Juez ponente: Richard Ortiz Ortiz.

con el dictamen No. 5-19-OP/19, en donde la Corte Constitucional analizó “el Proyecto de Ley Orgánica de Registro Ecuatoriano de Violadores, Abusadores y Agresores Sexuales de Niñas, Niños y Adolescentes”. En efecto, en todo su articulado la Asamblea Nacional intentaba crear un registro de personas sentenciadas por delitos sexuales en contra de niños, niñas y adolescentes, con el fin de inhabilitarlos para el ejercicio de profesiones o trabajos. Seguramente, parte de la opinión pública podría apoyar esta iniciativa gubernamental y aceptar dicha propuesta de ley, debido a que resulta atractiva para el ciudadano que busca seguridad para sus hijos. Sin embargo, esta no es consecuente con los preceptos constitucionales o no tiene un fin constitucionalmente válido y, sin duda alguna, no tendría los resultados que se espera.

El poder punitivo tiene que racionalizarse. En este sentido, a primera vista pensamos que el derecho penal es la solución ante la delincuencia, o eso nos hace creer el populismo penal, pero lo cierto es que, como apunta el profesor Jakobs (1997), el derecho penal llega de forma tardía, cuando el delito ya ha sido cometido, cuando el derecho ya se encuentra violentado. Entonces, el populismo punitivo o penal es una forma únicamente de hacer política apalancándose de un uso abusivo del *ius puniendi*. Los efectos siempre son negativos para un Estado, estos producirían hacinamientos carcelarios, procesos penales injustos, aumento de la violencia, centros carcelarios que promueven la asociación a delinquir, entre otras consecuencias desafortunadas.

A pesar de que la Corte Constitucional ha realizado en muchas ocasiones el trabajo de evitar y frenar estos ataques a la constitucionalización del derecho penal, lo que ha causado que sea vista como un adversario político para el gobierno de turno, las innumerables reformas en materia penal cada vez son más engorrosas y pregonan el aumento de penas, así como la creación de nuevos tipos penales, todo esto sin considerar por lo menos un poco a la política criminal y penal.

A fin de ilustrar lo anterior, en el año 2024<sup>5</sup> el COIP sufrió una serie de reformas en varios tipos penales, en donde las penas fueron aumentadas deliberadamente y hasta duplicadas. Pese a ello, el cambio no es palpable, porque simplemente no es la solución para la lucha contra la delincuencia, el aumento de penas no es una política pública que evita el cometimiento del delito, la pena en el rango que se encuentre es para la persona que quiere delinquir y seguirá siendo siempre un riesgo.

En este escenario, la política criminal no se escribe y no se crea con la retórica política, ni mucho menos desde la reacción emocional y sentimental que tiene una parte de la opinión pública frente a la delincuencia, aunque tampoco

5 Ley s/n, R.O. 599-S, 12-VII-2024.

puede apartarse ese parámetro y hacer caso omiso a las demandas de la población. Sin embargo, el derecho penal, por el principio de la mínima intervención penal y sus componentes de fragmentariedad y subsidiariedad, exigen planificaciones racionales que se sustentan en el conocimiento y estudios empíricos que como ciencia social tiene el derecho, en las que se involucra análisis de la dogmática jurídico penal mayoritaria, así como criterios sociológicos y criminológicos.

La retórica política contemporánea ha estructurado un discurso demagógico orientado a señalar de manera reiterada que el marco constitucional protege al infractor, o bien que la judicatura incurre en un exceso de garantismo. Esta narrativa opera como un mecanismo de desvío de atención para encubrir la ineficacia del Estado en el diseño e implementación de políticas públicas preventivas del delito. La consecuencia directa de esta dinámica es la deslegitimación de la norma suprema, lo que fomenta la pretensión de desconstitucionalizar el derecho penal y distorsionar la función de las garantías procesales. Se soslaya así que la vigencia de tales garantías constituye el límite democrático al *ius puniendi*, al impedir la arbitrariedad de los poderes de turno y la instrumentalización de la sanción penal como herramienta de persecución contra adversarios políticos; un fenómeno que, debido a la preeminencia del discurso punitivo, amenaza con desnaturalizar la esencia protectora del derecho penal.

Plantea una seria interrogante determinar si el derecho penal simbólico y el populismo penal poseen la capacidad de erosionar los fundamentos dogmáticos de la materia, al punto de fracturar irreversiblemente su legitimidad, entendida esta última como la validez social y legal del sistema punitivo. La confianza institucional en el aparato penal se desvanece cuando el incremento sistemático y progresivo de las penas no se traduce en una reducción correlativa de los índices de criminalidad. Frente a esta ineficacia, la estrategia discursiva dominante opta por transferir la responsabilidad hacia el catálogo de derechos, principios y valores de raigambre constitucional, esto elude el escrutinio sobre las deficiencias conceptuales y operativas de la gestión política en materia de seguridad.

Otro efecto del populismo punitivo presente ahora en el COIP es el evidente desbalance y desproporcionalidad en las penas, delitos de peligro u otros que prevén un adelantamiento de la punibilidad, establecen penas privativas de libertad que son igual o superior a otros que son de resultado o de lesión. Las consecuencias son evidentes, pero no se reflejan resultados positivos en los niveles de delincuencia, por el mismo hecho de que se ha maniobrado y manoseado en tal medida al derecho penal que su función motivadora en la sociedad está sumamente reducida y limitada.

## 4. Combate al populismo penal

Ferrajoli (2006) señala que el garantismo penal se desarrolló como una teoría y práctica jurídica en oposición a los modelos de legislación fascista y a las tendencias orientadas a reducir el sistema de garantías frente a un poder punitivo arbitrario. Su fundamento radica en la minimización de la violencia derivada de la intervención punitiva, sometiéndola a estrictos límites destinados a precautelar los derechos de las personas.

Estos límites impuestos al poder punitivo buscan evitar la vulneración de derechos y garantías, tanto en el ámbito sustancial como en el procesal. Entre los primeros destacan la legalidad, la taxatividad, la lesividad y la culpabilidad; mientras que, en el ámbito procesal, adquieren especial relevancia principios como la presunción de inocencia y la independencia judicial. Las garantías sustanciales resultan esenciales para restringir el ejercicio arbitrario del poder punitivo, en tanto que las procesales permiten minimizar el error judicial (Ferrajoli, 2006).

Las garantías cumplen, además, una función legitimadora del derecho penal, siempre que las normas se sustenten en principios, valores y en el respeto a los derechos humanos. De allí la importancia de la custodia y vigilancia de las normas constitucionales, pues son estas las que imponen límites al derecho penal. En definitiva, el populismo penal y el derecho penal simbólico siempre encontrarán una barrera jurídica superior en el ordenamiento constitucional y, particularmente, en la supremacía de la constitución. Por ello, resulta fundamental el rol de la Corte Constitucional como órgano encargado de preservar dichos límites y garantizar la vigencia de los derechos y garantías fundamentales.

Por otro lado, si bien las garantías son el freno indispensable para el crecimiento descontrolado del punitivismo, que es lo que busca el populismo penal, deben actuar a su vez la política criminal y penal como instituciones fundamentales para la minimización del derecho penal. Como señala Rodríguez (2020), el análisis de la política criminal y la política penal resulta indispensable para comprender la génesis del derecho penal objetivo y la legitimidad de la privación de la libertad desde la perspectiva de un control social democrático. Por un lado, la política criminal delimita conceptualmente las conductas que revisten la gravedad suficiente para ser tipificadas como delitos dentro de un contexto socio-jurídico específico, como el ecuatoriano. Por otro lado, la política penal determina las modalidades y mecanismos idóneos para sancionar dichos comportamientos. En consecuencia, ambas categorías operan como presupuestos epistemológicos e institucionales sin los cuales el derecho penal carecería de fundamento e idoneidad operativa.

Ahora bien, de lo que hemos tratado en el presente trabajo, es importante destacar que el populismo penal merece ser combatido. Esto con la finalidad de salvaguardar al derecho penal, para que su legitimación se encuentre intacta y exista un resguardo material a los principios y derechos que sustentan al Estado constitucional de derechos y justicia. Frente a la interrogante sobre cómo mitigar el populismo penal, el deber ser institucional sugeriría que el propio legislador, mediante la adecuada articulación de la política criminal y penal, provea un marco normativo dotado de sólida fundamentación técnica, cuya eficacia preserve incólume la legitimidad del sistema y la confianza social. No obstante, la realidad legislativa dista de este modelo ideal y manifiesta a menudo una preocupante carencia de competencias dogmáticas. Si bien dicha formación es imperativa, cobra relevancia la postura de Zaffaroni (2011), quien afirma que atribuir al penalista la autoridad exclusiva sobre el saber científico de la cuestión criminal constituye una apreciación popular mas no epistemológica. En este punto resulta indispensable la intervención de la criminología; disciplina que, al nutrirse de datos empíricos provenientes de la sociología y la antropología, superó el enfoque normativo clásico puesto que demostró que el propio ejercicio del poder punitivo opera, con frecuencia, como un factor criminal y generador de desviaciones.

La contención del populismo penal exige, por lo tanto, el respaldo de conocimientos empíricos y científicos que permitan evaluar el impacto real del poder punitivo. La omisión de estos aportes conduce a políticas criminales ineficaces que fracasan en la prevención del delito; por el contrario, exacerban la delincuencia y perpetúan una lógica de confrontación basada en la ley del más fuerte. Paradójicamente, las dinámicas delictivas contemporáneas muestran un fortalecimiento superior a las previsiones institucionales y consolidan un escenario de hostilidad abierta y sin tregua. Ante esta realidad, los actores políticos agudizan de forma deliberada su retórica con la expectativa de contrarrestar el fenómeno mediante el incremento de las penas, una estrategia que carece de idoneidad y que soslaya la nula capacidad disuasoria que tales reformas ejercen sobre el delincuente.

En este sentido, la competencia intelectual es el primer paso para combatir el populismo penal y, a su vez, la cuestión criminal. Claro está que no existen exigencias mínimas de competencia intelectual para el que pretende crear leyes, refiriéndonos al conocimiento científico y técnico en las ciencias penales; por eso la calidad de legisladores que a diario son los que mantienen la misma retórica populista. La ausencia de requisitos mínimos de formación especializada en ciencias penales y sociales para el candidato a legislador es un escenario adecuado y perfecto para la adopción de medidas simbólicas, orientadas más a satisfacer las demandas sentimentales y emocionales de los votantes que a resolver de manera efectiva la cuestión criminal.

Para evitar el populismo penal y resultados meramente simbólicos, el derecho legislativo prevé fases a superar, previo a la expedición del delito en el ordenamiento jurídico, una fase prelegislativa en donde se inmiscuye un proceso sociológico complejo, esto involucra el identificar una problemática social por parte de la política criminal, y no es suficiente el encontrar la problemática social, sino también de que esta no haya podido ser solucionada por parte de otra rama del derecho. El malestar social y preocupación de la sociedad por estas conductas conduce a la siguiente fase legislativa. Rodríguez (2020), indica:

En la etapa legislativa es en la que precisamente se debe reexaminar a profundidad la política criminal para determinar si la conducta que se pretende tipificar debe o no debe ser delito, considerando su necesidad y relevancia, bajo la luz de los principios de lesividad, interés público, proporcionalidad, lesividad, fragmentariedad, humanidad de las penas, etc. Una vez que en base a la criminología y al conocimiento científico se ha decidido tipificar un delito, se debe pasar a la política penal y decidir cómo sancionar. (p.327)

Cuando quienes tienen en sus manos la capacidad de expedir leyes de carácter penal, no poseen el mínimo respeto a las fases antes mencionadas, y mucho menos a la política criminal y política penal, existe una problemática que es el derecho penal simbólico, y el resultado del populismo penal. Cuando esto sucede, se entiende que existen otros mecanismos para combatir al populismo, pero esto involucra otros actores institucionales. Es entonces en ese punto que entendemos sobre la necesidad de un control por parte de un órgano jurisdiccional superior y que, a su vez, es autónomo e independiente, quien será el encargado de garantizar la armonía normativa con base en la supremacía constitucional, con un criterio que no tiene relación alguna con el sentimentalismo, ideologías personales ni movimientos políticos, es la importancia entonces para el Estado ecuatoriano de la permanencia y la institucionalidad misma de la Corte Constitucional.

Como se mencionó anteriormente, la relación entre la constitución y las distintas ramas del derecho y sus normas especiales, adquiere una relevancia particular, pues no se trata únicamente de una subordinación formal sino de una vinculación sustantiva. Si es que el populismo penal pretende atacar las bases en las que se funda el derecho penal en el caso ecuatoriano, se necesita de un protector que esté dotado de todas las herramientas para cumplir con aquel trabajo y, sobre todo, libre de cualquier amenaza o condicionamientos político como lo es la Corte Constitucional.

Si bien muchas de las sentencias o resoluciones de la Corte Constitucional han recibido fuertes críticas en cuanto a sus interpretaciones en materia constitucional, lo que no es para nada malo, porque la crítica es parte de la democracia, muchas otras también han servido para garantizar la institucionalidad en el Estado, proteger la supremacía constitucional y, sobre todo, en lo que nos corresponde, también para evitar la desnaturalización del derecho penal y el

proceso penal.

Por este freno al populismo, la retórica política últimamente ha presentado a la Corte Constitucional como el enemigo del Estado y se han emitido comentarios adversos a su funcionalidad: “debería ser sujeta a juicio político”; “debería ser parte de la Corte Nacional como una sala más”; “debería reducirse sus facultades”, entre otras cosas más que únicamente buscan afectar la independencia judicial y que no exista control alguno sobre las propuestas normativas que se pretenden expedir. Sobre esto, Oyarte (2019) es claro e indica que:

En la especie, la justicia constitucional se debe asignar a órganos independientes y autónomos respecto de los órganos controlados. Si el órgano que controla es parte del órgano controlado, es decir, no es independiente, el poder no se ha dividido y no existirá control efectivo, ni respeto a la juridicidad, pues, insisto, el poder de control asignado al mismo órgano controlado, destruye la esencia del control: este se someterá, entonces, a la voluntad y capricho del detentador del poder. Que el órgano de control sea autónomo pretende que las decisiones que se tomen en la materia se realicen sin injerencias extrañas al ejercicio de esa potestad, es decir, que su voluntad se superponga a toda influencia: que sus decisiones no sean objeto de la presión o la fuerza (p. 1191).

En consecuencia, la independencia judicial como principio constitucional se consolida como una garantía frente a los propósitos del populismo punitivo, en cuanto realiza un control apegado al derecho y sin aspiraciones políticas. Sin una justicia constitucional independiente y autónoma el derecho penal únicamente es un simbolismo, un instrumento para el poder de turno y un conjunto de normas vacías sin sentido que no tienen legitimidad alguna, orientadas más a satisfacer discursos de seguridad inmediata que a cumplir su función motivadora de protección de bienes jurídicos y de control al *ius puniendi*, lo que implica una grave afectación al Estado constitucional de derechos y justicia.

## 5. Conclusiones

A partir del desarrollo en el presente trabajo, en el análisis teórico y crítico, es posible identificar un par de conclusiones que permiten resumir los argumentos esgrimidos a lo largo del texto, y que abordan principalmente la importancia de la supremacía constitucional, la constitucionalización del derecho penal, por qué y cómo combatir al populismo penal:

1. El populismo penal constituye una de las principales amenazas contemporáneas para lo que hemos definido como la constitucionalización del derecho penal, por cuanto promueve la expansión del poder punitivo mediante discursos políticos que se basan únicamente en el miedo social, la inseguridad y la exigencia de supuestas respuestas inmediatas frente a la delincuencia, aprovecha el desconocimiento en general de la población sobre derecho penal, política criminal, criminología, etc. En ese contexto, las garantías y los derechos constitucionales dejan de percibirse como

- límites legítimos al poder estatal y comienzan a ser presentadas como obstáculos para la seguridad pública.
2. La constitucionalización del derecho penal implica que el ejercicio del *ius puniendi* se encuentre subordinado a valores, principios, derechos y garantías reconocidos en la constitución, tales como la legalidad, la proporcionalidad, la presunción de inocencia, el debido proceso y la excepcionalidad del derecho penal. Por ello, cualquier intento de flexibilizar o restringir dichas garantías representa un retroceso del modelo de Estado constitucional de derechos y justicia.
  3. El populismo penal genera derecho penal simbólico, por cuanto crea normas que no son una respuesta efectiva a la criminalidad sino un falso símbolo de seguridad y justicia. La creación de delitos, el incremento de penas y la ampliación de facultades coercitivas suelen responder más a necesidades de legitimación política y presión mediáticas y no a criterios de política criminal sustentados en evidencia empírica o criminológica. En consecuencia, muchas reformas penales terminan siendo medidas vacías de sentido y con escasa eficacia real frente al fenómeno delictivo.
  4. En el caso ecuatoriano, las recientes propuestas de endurecimiento penal y de reforma constitucional evidencian una tensión constante entre seguridad y constitucionalismo. Particularmente, iniciativas orientadas a convertir al derecho penal en una rama *prima ratio*, reflejan cómo el discurso punitivo puede intentar debilitar garantías fundamentales bajo argumentos de combate a la criminalidad organizada, terrorismo, etc.
  5. La Corte Constitucional de Ecuador cumple un rol esencial como órgano de control frente a los excesos del poder punitivo y los intentos de creación de derecho penal simbólico. Su función no se limita únicamente a la interpretación de la constitución, sino que también implica la protección material de los derechos y garantías que limitan la intervención penal del Estado. En este sentido, la justicia constitucional se convierte en un mecanismo indispensable para evitar procesos de regresividad en materia de derechos fundamentales.
  6. La lucha contra la delincuencia no puede construirse sobre el debilitamiento de las garantías constitucionales, ni sobre respuestas meramente emocionales o coyunturales. Un derecho penal legítimo requiere racionalidad, proporcionalidad y respeto irrestricto a los derechos humanos. Por ello, las políticas criminales deben formularse a partir de estudios técnicos, criminológicos y sociales, esto evita que el miedo y la rentabilidad política se conviertan en los principales motores de producción normativa penal.
  7. Finalmente, la defensa de un derecho penal constitucionalizado no implica tolerancia frente al delito sino la preservación de los límites democráticos al ejercicio del poder punitivo, esto garantiza un derecho penal de acto y que este no sea utilizado como una herramienta por el poder político de turno. La legitimidad del sistema penal depende de que el Estado combata la criminalidad, dentro de los márgenes constitucionales y no mediante la erosión progresiva de las garantías que sustentan el Estado constitucional de derechos y justicia.

## Referencias

- Aguirre, G. (2018). *Derecho Constitucional Ecuatoriano*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Arrieta, Y. (2018). Populismo punitivo y Derecho Penal Simbólico. *Inciso*, 20(1), 37–45. <https://doi.org/10.18634/incj.20v.1i.857>
- Asamblea Constituyente del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2024). *Ley Orgánica Reformativa al Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial Suplemento No. 599 de 12 de julio de 2024.
- Ávila, R. (2009). Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 775–793. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r23550.pdf>
- Ávila, R. (2013). *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos: Una mirada desde el garantismo penal*. Universidad Andina Simón Bolívar. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5925/1/Avila%2c%20R-CON-011-La%20injusticia.pdf>
- Chica, K., y Saquicela, I. (2023). La Constitución como límite al ius puniendi en un estado constitucional de derecho. *Revista Debate Jurídico Ecuador*, 6(3), 250–266. <https://www.doi.org/10.61154/dje.v6i3.3240>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2019). *Dictamen No. 5-19-OP/19 [Proyecto de Ley Orgánica de Registro Ecuatoriano de Violadores, Abusadores y Agresores Sexuales de Niñas, Niños y Adolescentes]*.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2025). *Dictamen No. 2-25-RC/25 [Control previo de constitucionalidad de propuesta de reforma parcial al artículo 77 de la Constitución de la República del Ecuador]*.
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo Penal*. Estudios Jurídicos.
- Gómez, A., y Proaño, F. (2014). Entrevista a Máximo Sozzo: ¿Qué es el populismo penal? *URVIO. Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, (11), 117–122. <https://doi.org/10.17141/urvio.11.2012.1162>
- Jakobs, G. (1977). *Derecho Penal Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Lassalle, F. (2001). *¿Qué es una Constitución?* Editorial Ariel. (Obra original publicada en 1862).
- Martínez, A. (2018). La configuración del Estado a partir de la Constitución de 2008: Aciertos y discurso del entramado jurídico político. En *Tensiones y Contradicciones de la democracia ecuatoriana* (1.ª ed., pp. 15–58). Universidad de Cuenca.
- Oyarte, R. (2007). *Curso de Derecho Constitucional: Tomo 1. Fuentes del Derecho Constitucional, Poder Constituyente, Derechos Políticos*. Fondo Editorial Fundación Andrade & Asociados.

- Oyarte, R. (2019). *Derecho Constitucional*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Rodríguez, F. (2014). *La bipolaridad del derecho penal*. Cevallos Editora Jurídica.
- Rodríguez, F. (2020). *Curso de Derecho Penal Parte General: Tomo I*. Cevallos Editora Jurídica.
- Santacruz, E., y Pachay, J. (2025). La constitucionalización del derecho penal en Ecuador. *Revista Reciamuc*, 493–504. <https://reciamuc.com/index.php/RECIAMUC/article/view/1679>
- Zaffaroni, E. (2011). *La cuestión criminal* (M. Rep, ilustr.). Editorial Planeta.