

Quito, 17 de diciembre de 2019

Señor Doctor:

Mario Melo Cevallos

DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA DE LA PUCE

En su despacho.-

De mi consideración:

Atento a la designación realizada, en mi calidad de director de la disertación intitulada *"Incompatibilidad entre la teoría de los bienes jurídicos protegidos y la teoría del derecho penal del enemigo; análisis dogmático, doctrinal y legislativo del caso ecuatoriano "Los diez de Luluncoto"*, elaborada por la señorita Celina Albarracín Revelo, una vez que he analizado sus resultados, me permito presentar el informe respecto a esta disertación, en los siguientes términos:

La disertación se planteó como finalidad el establecer la incompatibilidad entre la teoría de bienes jurídicos protegidos y la teoría del derecho penal del enemigo, que según la disertante, coexisten bajo la normativa ecuatoriana, hipótesis para la cual, el caso analizado para su corroboración es el proceso denominado "Los diez de Luluncoto".

En el primer capítulo de la disertación se analiza la relación entre la teoría del garantismo penal del autor Luigi Ferrajoli, con la teoría de los bienes jurídicos, la cual ha sido asumida por muchos autores del Derecho Penal, para justificar varios de los niveles del sistema dogmático, es decir, encontramos a la teoría de los bienes jurídicos en los fines del derecho penal, mediante la finalidad de protección a bienes jurídicos; en los principios del derecho penal cuando nos referimos a los principios

de necesidad y lesividad; en la teoría del delito, cuando ubicamos al sujeto pasivo (como titular del bien jurídico), al objeto jurídico, a la antijuridicidad material; e incluso en la relación del bien jurídico con la parte especial del Derecho Penal.

La disertante en esta primera parte de la tesina intenta fundamentar dogmáticamente el por qué se debe considerar al bien jurídico como ese elemento cohesionador de un sistema dogmático penal, al establecer el concepto, fines; sin dejar de lado la visibilización de las críticas que recibe esta teoría, para establecer, en su parte final, cómo se manifiesta la teoría de los bienes jurídicos en la construcción del bien jurídico que se analizará en el caso concreto, este es, la seguridad pública, sobre todo en el caso de la ley penal ecuatoriana.

En el segundo capítulo aparece la teoría a ser confrontada, que corresponde al autor Gunther Jakobs, la del derecho penal del enemigo. Esta teoría, que establece a la finalidad del Derecho Penal la de precautar la vigencia de la norma, mediante la separación de los peligrosos para el conglomerado social.

Bajo esta visión es necesario, para esta teoría, adelantar la punibilidad, incrementar las penas, eliminar garantías procesales, entre otros mecanismos que vengan desde el derecho, para cumplir este fin.

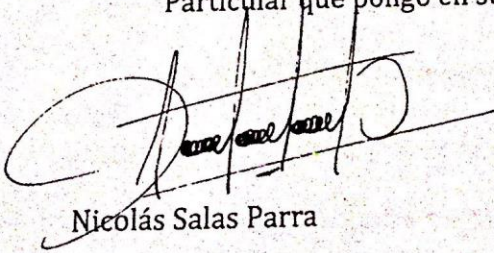
La disertante plantea las visiones en contra y a favor de esta teoría, que intentan esclarecer aquellos malentendidos terminológicos o de otro tipo generados por el nombre de la teoría del derecho penal del enemigo. En la parte más importante de este segundo capítulo encontramos las denominadas "*manifestaciones legislativas actuales de la teoría del derecho penal del enemigo*" donde analiza los delitos de rebelión, grupos subversivos, terrorismo, delincuencia organizada, y asociación ilícita, pues manifiesta que estos delitos tienen características relacionadas con la teoría del derecho penal del enemigo, como el

adelantamiento de la punibilidad, penas desproporcionadas y eliminación de garantías procesales.

Finalmente, en su tercer capítulo la disertante analiza críticamente el caso denominados "Los 10 de Luluncoto", intentando mediante este proceso penal, corroborar su hipótesis inicial, lo cual se logra al analizar momentos cruciales del mismo como la orden de prisión preventiva, el auto de llamamiento a juicio, la negatia de habeas corpus, el juicio y sentencia, sin dejar de analizar el caso desde la visión de la teoría de los bienes jurídicos protegidos, estableciendo sus conclusiones que aportan al conocimiento del tema planteado.

Con estos antecedentes, considero que la investigación se ha realizado dentro de los parámetros establecidos por la Universidad y aquellos solicitados en mi calidad de Director de la investigación. La calificación que consigno respecto a la disertación dirigida es de **9 puntos sobre 10**.

Particular que pongo en su conocimiento para los fines pertinentes.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Nicolás Salas Parra', written over a horizontal line.

Nicolás Salas Parra

Docente

Quito, 3 de abril de 2020

Señor magister
Giovanny Cárdenas Galarza
Secretario de la Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

REF: Informe profesor lector disertación “Incompatibilidad entre la teoría de los bienes jurídicos protegidos y la teoría del derecho penal del enemigo; análisis dogmático, doctrinal y legislativo del caso ecuatoriano Los diez de Luluncoto”

De mi consideración:

El trabajo de disertación elaborado por la alumna de la Facultad de Jurisprudencia, Celina E. Albarracín Revelo, aborda doctrinaria y casuísticamente la aparente incompatibilidad de las teorías de interpretación y concebir al Derecho Penal, por un lado los bienes jurídicos protegidos y por otro el derecho penal del enemigo; esta incompatibilidad se traduce en el análisis del caso conocido como los diez de Luluncoto.

La tesis hace una interesante y correcta introducción sobre el origen de la teoría del bien jurídico protegido y su relación actual con el garantismo penal, cita varias definiciones de las cuales extrae sus conexidades y sus elementos principales todos ellos relacionados en la idea interés social legítimo y que merece la protección del Estado, identificando a sus principales pensadores, así como las características fundamentales como son: la importancia social como fundamento de protección, la necesidad de protección jurídico penal y la función de garantía, unidas a los principios de la alimentan como son el de intervención mínima, de necesidad y de lesividad como presupuesto de la punibilidad.

De la misma manera hace una adecuada aproximación sobre la teoría del derecho penal del enemigo, así como una lectura e interpretación crítica de las posturas del profesor GünterJakobs, mentalizador e ideario, con quien discrepa no en la formulación científica de la teoría, sino, al igual que muchos sobre la construcción y verificación final de objetivo a cumplirse, ya que, considera que por el desarrollo, pluriculturalidad y diversidad que tiene el Ecuador, unido a la constante falta de seguridad jurídica y finalmente a un carente, deficiente, falta de independencia, poco profesional e insipiente preparación jurídica de los operadores de justicia -jueces, fiscales, defensores públicos- conlleva a un aplicación inadecuada y absolutamente peligrosa de los contenidos y finalidades de esta teoría.

Los presenta de manera resumida pero sin vaciar contenido las características fundamentales de la teoría del Derecho penal del enemigo tales como: el amplio adelantamiento de la punibilidad, la desproporcionalidad de las penas impuestas, la relativización o supresión de determinadas garantías procesales.

El trabajo de investigación agrega las posiciones a favor y en contra de las teorías analizadas citando varios autores y tratadistas, siendo interesante su posicionamiento personal, así como la identificación de varios tipos penales a los cuales les otorga un tratamiento de análisis desde la óptica de las dos teorías, concretamente a los delitos de rebelión, grupos subversivos, terrorismo, delincuencia organizada y asociación ilícita, todos ellos que de una u otra manera confluyen en el análisis dogmático, y doctrinal sobre el proceso llevada a cabo en contra de los ciudadanos que fueron detenidos en una reunión realizada el 3 de marzo de 2012 en el barrio Luluncoto de la ciudad de Quito.

Al concluir que nuestra realidad jurídica y más concretamente las instituciones de justicia no se encuentran capacitadas o competentes para aplicar los preceptos teóricos del derecho penal del enemigo, por conllevar un alto grado de subjetividad y abuso en perjuicio de quien en un momento determinado puede ser visto como enemigo del estatus quo, aplicando indebidamente criterios de persecución política o de peligro inminente en aras de una aparente protección de la seguridad del Estado, conlleva a la necesaria concreción del garantismo penal y la teoría de los bienes jurídicos protegidos, a fin de evitar estas distorsiones y arbitrariedades, que lo único que hacen es crear una falta de concientización de respecto a la justicia, y también acerca de la seguridad jurídica que el Estado le debe a su conglomerado social.

Por lo expuesto, el presente trabajo de disertación previa a la obtención del título de abogado, titulado **"Incompatibilidad entre la teoría de los bienes jurídicos protegidos y la teoría del derecho penal del enemigo; análisis dogmático, doctrinal y legislativo del caso ecuatoriano Los diez de Luluncoto"** de autoría de la estudiante **Celina E. Albarracín Revelo**, se lo califica con la nota de **NUEVE sobre DIEZ (9.0/10)**.

Con sentimiento de consideración y estima.

Atentamente,

I E M
Asesoría Integral

Dr. Iván Escandón Montenegro
Profesor Lector
Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Quito, 20 de enero de 2020

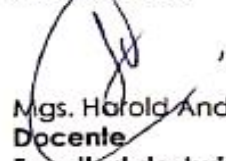
**Doctor
Freddy Proaño Egas
SECRETARIO ABOGADO
Facultad de Jurisprudencia - PUCE
Presente.-**

En mi calidad de profesor lector del trabajo de disertación titulado **"INCOMPATIBILIDAD ENTRE LA TEORIA DE LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS Y LA TEORÍA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO: ANÁLISIS DOGMÁTICO, DOCTRINAL Y LEGISLATIVO DEL CASO ECUATORIANO: LOS DIEZ DE LULUNCOTO"**, elaborado por la estudiante **CELINA ESTEPHANIA ALBARRACÍN REVELO**, para la obtención del título de abogacía, por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, expreso que el documento tiene un buen nivel académico y sigue los parámetros metodológicos previstos para un trabajo de investigación comparativa. Considero además, que el método de análisis de caso ha sido el adecuado para llegar a las conclusiones expuestas, y en su integralidad la disertación es comprensible y lógica. El análisis bibliográfico que sustenta el marco teórico que orienta el trabajo es uniforme y suficiente.

La investigación cumple con las normas vigentes de redacción, sintaxis, ortografía y puntuación, y alcanza el objetivo general respondiendo al problema que se plantea, por lo que el trabajo de la estudiante es apto para ser presentado en defensa oral.

La nota que consigno a esta disertación es la de 10/10.

Atentamente,



**Mgs. Harold Andrés Burbano Villarreal
Docente
Facultad de Jurisprudencia - PUCE**

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO

DE ABOGADA

Incompatibilidad entre la teoría de los bienes jurídicos protegidos y la teoría del derecho penal del enemigo; análisis dogmático, doctrinal y legislativo del caso ecuatoriano “Los diez de Luluncoto”

Autora: Celina E. Albarracín Revelo.

Director: Dr. Nicolás Salas Parra.

QUITO

“Si he logrado ver más lejos, ha sido porque he subido a hombros de gigantes”

(Newton, 1675).

DEDICATORIA

A mis padres, Carlos e Isabel, por ser guías ejemplares en mí camino,
y permitirme ser la gran mujer que hoy en día soy.

A mi hermano, Carlitos Emilio, por ser mi amigo, cómplice y
gigante favorito.

A Juan Pablo, quien ha sido luz de sabiduría, apoyo y amor incondicional
en este proceso de aprendizaje, llamado vida.

A Danita Pierina, por ser motivo de alegría y ternura.

AGRADECIMIENTO

A la distinguida Facultad de Jurisprudencia, por ser cuna de valiosos aprendizajes y ayudar en mi crecimiento personal, académico y profesional.

Al Doctor Nicolás Salas Parra, por su paciencia y dedicación al fomentar a cada uno de sus estudiantes el interés por descubrir el maravilloso mundo de la ciencia penal.

A mi apreciada familia, por su colaboración, sacrificio, entereza y amor en cada una de mis etapas estudiantiles.

TEMA

Incompatibilidad entre la teoría de los bienes jurídicos protegidos y la teoría del derecho penal del enemigo; análisis dogmático, doctrinal y legislativo del caso ecuatoriano “Los diez de Luluncoto”.

RESUMEN

El presente trabajo de disertación se enfoca en al análisis dogmático, doctrinal y legislativo, del caso ecuatoriano “Los diez de Luluncoto”, el estudio realizado, se basa en la incompatibilidad de la teoría de los bienes jurídicos protegidos y la teoría del derecho penal del enemigo, respectivamente. La consideración de los factores que envolvieron el proceso judicial actuado, manifiestan la influencia de un poder estatal desmedido, razón por la cual, surgió la incesante inquietud de evidenciar de qué manera se encuentra posicionada la teoría del derecho penal del enemigo en un sistema que pretende la protección de las garantías fundamentales del ciudadano mediante el Estado de Derecho.

ABSTRACT

This dissertation work is focused on the dogmatic, doctrinal and, legislative analysis of an Ecuadorian case, "The Ten of Luluncoto". The study carried out, was based on the incompatibility of the theory of protected legal property, and the theory of the enemy criminal law. The factors that involved the judicial process, manifests the influence of the excessive state of the power. Because the theory of the criminal law of the enemy is in a system that aims to protect the fundamental guarantees of the citizen through the rule of law, a concern shows up.

Índice:

Introducción	1
Capítulo I.- Teoría de los bienes jurídicos protegidos	
1.1.- Antecedentes.....	4
1.2.- Concepto.....	9
1.3.- Características fundamentales de la teoría de los bienes jurídicos protegidos	
a) La importancia social como fundamento de protección.....	18
b) Necesidad de protección jurídico penal.....	19
c) Función de garantía.....	21
1. Principio de intervención mínima.....	21
2. Principio de necesidad.....	24
3. Principio de lesividad como presupuesto de la punibilidad.....	26
1.4.- Posiciones a favor de la teoría de los bienes jurídicos protegidos.....	28
a) Juan Bustos Ramírez.....	28
b) Hernán Hormazábal Malarée.....	32
c) Santiago Mir Puig.....	35
1.5.- Posiciones en contra de la teoría de los bienes jurídicos protegidos.....	39
a) Günther Jakobs.....	39
b) Hans Welzel	43
1.6.- Posición personal de la autora	46
1.7.- Manifestaciones legislativas de la teoría de los Bienes Jurídicos Protegidos en Ecuador	48
1.6.1. Fundamento de la protección Estatal.....	48
1.6.2. Seguridad (Pública) Interior del Estado.....	49
1.6.3.Importancia de la determinación de bien jurídico protegido: Seguridad Interior del Estado.....	50
1.6.4. Manifestaciones legislativas.....	51
a) Delito de Rebelión	52
b) Grupos subversivos.....	54
c) Terrorismo.....	56
d) Delincuencia organizada.....	59
e) Asociación ilícita.....	60
Capítulo II.- Teoría de los bienes jurídicos	
2.1.- Antecedentes.....	63
2.2.- Concepto.....	66
2.3.- Características fundamentales de la teoría del Derecho penal del enemigo	

a) Amplio adelantamiento de la punibilidad.....	74
b) Las penas impuestas son desproporcionadamente altas.....	75
c) Existen determinadas garantías procesales que son relativizadas o incluso suprimidas.....	76
2.4.- Posiciones a favor de la teoría del Derecho penal del enemigo.....	78
a) Miguel Polaino Orts.....	78
b) Juan Ignacio Piña Rochefort.....	82
c) Felipe Rodríguez Moreno.....	85
2.5.- Posiciones en contra de la teoría del Derecho penal del Enemigo a favor.....	89
a) Alejandro Aponte C.....	89
b) Bernd Schünemann.....	93
c) Eugenio Raúl Zaffaroni.....	95
2.6.- Posición personal de la autora.....	99
2.7.- Manifestaciones legislativas de la teoría del Derecho Penal del Enemigo en Ecuador.....	101
a) Delito de Rebelión.....	102
b) Grupos subversivos.....	104
c) Delito de Terrorismo.....	106
d) Delincuencia organizada.....	108
e) Asociación ilícita.....	110

Capítulo III.- Análisis dogmático, doctrinal y legislativo del caso ecuatoriano “Los 10 de Luluncoto” 113

3.1.- Datos generales.....	113
3.2.- Antecedentes.....	114
3.3.- Día de los hechos.....	116
3.4.- Versión 1: El Estado y sus instituciones.....	117
3.5.- Versión 2: Pronunciamiento de los implicados.....	120
3.6.- Fases relevantes del proceso.....	123
a) Audiencia de formulación de cargos.....	123
b) Auto de llamamiento a juicio.....	126
c) Hábeas Corpus.....	129
d) Casación.	130
3.7.- Análisis crítico del caso desde la perspectiva de la teoría de los Bienes Jurídicos Protegidos en un Derecho Penal Garantista.....	133
3.8.- Análisis crítico del caso desde la perspectiva de la teoría del Derecho Penal del Enemigo	144

Capítulo IV.- Conclusiones

4.1.- Conclusiones.....	156
Referencias bibliográficas.....	161
Anexo CD.....	173

INTRODUCCION

El tema de la presente investigación versa sobre la incompatibilidad entre la teoría de bienes jurídicos protegidos y la teoría del derecho penal del enemigo, ambas en contraposición con sus elementos y su funcionalidad, coexisten bajo la normativa ecuatoriana.

A pesar de la disimilitud entre las dos teorías mencionadas, el estudio realizado, evidencia de qué manera el Estado ecuatoriano, justifica actuaciones contrarias a su ideología garantista. El caso analizado para la corroboración de la hipótesis planteada, es el proceso denominado “Los diez de Luluncoto”.

Las características principales tanto de una teoría, como de la otra, se confrontan en la aplicación de un Derecho Penal Clásico, motivo por el cual, el enfoque del trabajo elaborado, denota qué resultados son favorecedores en el Estado de Derecho y cuáles son sus razones.

Para analizar la problemática que produce la intervención de la teoría del derecho penal del enemigo, en un Estado que legitima la actuación de la teoría contraria, es fundamental visualizar los elementos que engloban el porqué de su implementación dentro del sistema judicial, y qué es lo que faculta su aplicación en los procesos judiciales.

El interés que origino el estudio de esta problemática, fue el de conocer a fondo la modalidad de cada teoría, y cuáles son los aspectos por los que se las considera en cierto tipos de Estados y en otros no.

Ahondar en el análisis de las perspectivas sociológicas, psicológicas, filosóficas y de derecho, que envuelven el tema a desarrollarse, fue un interés académico, ya que la intención a través de la investigación, es proyectar la importancia que tiene el conocimiento de la

dogmática penal detrás de las actuaciones judiciales, pues de ello, dependerá la labor profesional.

El trabajo de disertación realizado, pretende evidenciar las consecuencias del uso de la teoría del derecho penal del enemigo, en los procesos penales ecuatorianos, el trato diferencial que proyecta el manejo de dicha teoría, desestima los principios fundamentales del Derecho Penal y de la norma fundamental.

El empleo de la teoría planteada por el maestro Jakobs, en manos equivocadas, y con una visión de poder desmedido, provocará escenarios difíciles de asimilar en el contexto judicial ecuatoriano. La extralimitación del Ius Punendi por parte del Estado, puede influir en el atropello de la norma en cuanto a la garantía de derechos.

El análisis de cada teoría, ha permitido que se diferencie las posiciones que ambas tienen en el ámbito de la dogmática penal, cuáles son sus ventajas y cuáles son sus posibles desventajas ante la aplicación mal direccionada.

Interpretar la aplicación del derecho penal del enemigo dentro de los procesos penales, ha comprobado las consecuencias devastadores de una teoría descriptiva que carece de normativa legal, sin embargo, se sigue usando como un sistema paralelo al conocido.

En este sentido, la estructura de la presente investigación se encuentra dividida de manera metodológica en cuatro capítulos. En el primer capítulo, se analiza de forma detallada los elementos de la teoría de los bienes jurídicos protegidos; cuáles fueron los antecedentes por los que dicha teoría surge en el estudio penal, cuál es el concepto que engloba el término bien jurídico protegido, las características fundamentales que se deben considerar en el momento de su aplicación, el porqué de los posicionamientos fraccionados de varios autores con sus fundamentos, y un detallado análisis de las manifestaciones legislativas en la normativa ecuatoriana.

En el segundo capítulo, se realiza el planteamiento de los componentes que envuelven la teoría del derecho penal del enemigo; los antecedentes históricos de la teoría descriptiva esbozada por el maestro Günther Jakobs, los factores del concepto, las características elementales con los que la teoría se posiciona en el procedimiento penal, las posturas divergentes de autores a favor y en contra de lo que manifiesta la ideología, y las evidentes manifestaciones legislativas de este tipo de derecho en el Código Orgánico Integral Penal.

En el tercer capítulo se examina de forma estratégica todos los acontecimientos que giraron en torno al caso “Los diez de Luluncoto”; se presentarán los datos generales de la época de gobierno de aquel entonces, los antecedentes, lo que sucedió el día de los hechos, las instancias judiciales por las que atravesó el proceso, y posteriormente el análisis de acuerdo a la perspectiva de cada una de las teorías evaluadas en el primer y segundo capítulo.

Finalmente, se consideran las conclusiones respectivas del proceso de investigación realizado, de acuerdo al análisis de las teorías contrapuestas, evidenciando cuál es el enfoque que se debe tener en cuenta en la aplicación de una teoría y de la otra, en la situación social, política y legislativa ecuatoriana.

CAPITULO I

TEORÍA DE LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS

“El derecho es el conjunto de condiciones que permiten a la libertad de cada uno acomodarse a la libertad de todos” (Immanuel Kant, s.f.).

1.1. Antecedentes.-

Desde inicios de la sociedad humana, las personas se han caracterizado por una latente necesidad de pertenecer a un conglomerado con el que se sientan identificados. Con el fin de regular esta colectividad y, establecer parámetros de convivencia, se dio paso a la creación de instituciones sociales, económicas, jurídicas, entre otras; que ciertamente, regularían los comportamientos emanados por el ser social.

La creación de dichas instituciones, se llevó a cabo después de un arduo trabajo por instaurar normas de estricto cumplimiento para que las personas puedan ser parte de un Estado y con ello, ajustarse a una conducta considerada apropiada para su convivencia en sociedad.

El establecimiento de instituciones jurídicas, con especial énfasis en la rama del Derecho Penal, pretenden encaminar de manera adecuada los comportamientos del ser humano, este derecho, siempre se encuentra alerta a las modificaciones que puedan efectuarse, tanto a causa del dinamismo de la sociedad, como el fuerte interés de luchar contra un poder estatal desmedido.

A lo largo del estudio del Derecho Penal, se han visualizado principios fundamentales dentro de su actuación, y se ha delimitado cuál es la facultad que posee el Estado para

sancionar. Sin embargo, eso no se asemeja a la realidad actual, pues existen diferencias. .entre lo establecido y lo que hace el sistema penal.

Con particular atención en ejercer un control del poder punitivo del Estado, y obedecer a los principios fundamentales de esta rama del Derecho, la dogmática penal ha propuesto la teoría del Garantismo Penal. Los autores partícipes de la misma, aseguran que mediante esta teoría, se evidencia una mejora en el sistema de justicia, fomentando un contraste con la realidad formal y material.

Luigi Fejarroli, es quien a partir de 1989, promulga la teoría del Garantismo Penal, como una solución para el direccionamiento correcto del derecho, dando paso a la limitación del ejercicio normativo.

El garantismo nació en el derecho como una respuesta frente a la gran divergencia existente entre lo que establecen las constituciones y demás normas superiores de los ordenamientos jurídicos, que consagran derechos y garantías ideales para los ciudadanos, y lo que acontece en la realidad, en donde tales derechos y garantías muchas veces no se cumplen. (Ferrajoli. 1989, citado por Rafecas, (s.f.), p. 160)

Lo que asegura Fejarroli (1989), es qué la teoría del Garantismo, se planteó para constatar cuál es la realidad en la cual se desenvuelve el sistema jurídico. El Estado de Derecho, solo consagra derechos, pero no hace garante a sus ciudadanos de los mismos, he aquí el gran dilema.

Desde los albores del Iluminismo, y hasta las primeras décadas del siglo XX, los esfuerzos se concentraron por plasmar los ideales de libertad e igualdad en las normas jurídicas, más se advirtió pronto que esto no era suficiente, que juristas y ciudadanos debían trasladar sus esfuerzos de interpretación (los primeros) y de control (los segundos) a las prácticas de los

gobernantes, al plano de la realidad social a la que dichas normas se dirigían. (Rafecas, s.f., p. 160)

Como se desprende de la cita mencionada, la construcción de un ordenamiento basado en la atribución de roles, es un trabajo que inmiscuye a los ciudadanos como partícipes del aparataje judicial, pues, es necesaria su intervención como vigilantes del cumplimiento de la norma, ya que justamente, nos referimos a una organización social que exige a sus actores una labor diferente, según su campo de acción.

Por consiguiente, se evidencia que es sumamente necesario que todos los actores que integran la sociedad jurídica, directa o indirectamente, sean colaboradores responsables de todo lo que integra la normativa, ya que se trata de una responsabilidad conjunta, tanto de quienes son encargados de la aplicación correcta de la norma, como de aquellos a quienes se dirige la misma.

Es importante considerar que la teoría del Garantismo Penal, ha transcurrido por un largo proceso, tanto de investigación, como de modificaciones realizadas por los estudiosos de la dogmática penal, puesto que, anteriormente se consideraba un único análisis descriptivo de la norma, sin tomar en cuenta cuales eran los factores que se debían evaluar para su aplicación e interpretación.

En consecuencia, en la antigüedad se había considerado que las personas que no se relacionaban directamente con el derecho, no podían tener participación alguna, y más aún, que los jueces, como lo mencionaba Montesquieu (1906), “no son, según sabemos, sino la boca por donde habla la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor” (p. 237), lo que hoy en día, representa algo fuera de contexto, pues la misma aplicación correcta de la norma, depende del enfoque responsables de la justicia que emana la autoridad aludida.

El Derecho Penal, en el lapso de su estudio, se ha considerado por ser una ciencia que abarca varios criterios y teorías, la teoría del Garantismo Penal, constituye un conjunto de principios que promueven los derechos fundamentales como base de la actuación penal, dentro de la misma, se deslinda la teoría de los Bienes Jurídicos Protegidos, la conexión de ambas se encuentra ligada por el objeto de protección.

Por lo tanto, es preciso manifestar el nacimiento de la teoría de los Bienes Jurídicos Protegidos como punto de partida de la presente investigación. La teoría mencionada, surge como un modelo de protección al que se ve ligado la teoría del Garantismo Penal, pues las dos, coexisten bajo los principios clásicos del Derecho Penal.

Es importante destacar que estos principios sustanciales se ven ligados a la intervención penal, misma que significa: “una solución de extrema ratio y, por tanto, está gobernada por los principios de “intervención mínima” y de exclusiva protección de bienes jurídicos” (Fernández, 2004, p. 1).

La creación de la teoría de los Bienes Jurídicos Protegidos, se le atribuye al alemán Franz Birnbaum, quien en principios de la década del siglo XIX, realiza un dedicado estudio acerca de la misma, partiendo del concepto del delito. Abanto (2013), comenta que Birnbaum;

Quería oponerse así a la concepción individualista de la “lesión de derechos” de Paul Johann Anselm FEUERBACH y, al mismo tiempo, ofrecer un concepto natural del delito, o sea uno que fuera independiente del mero concepto positivo. En contra de la concepción de FEUERBACH que identificaba el objeto de protección con los intereses estrictamente privados de la víctima, BIRNBAUM quería resaltar aquello que sería realmente “lesionado” por el delincuente y que iría más allá de la lesión a la víctima concreta, o sea (sobre todo) el interés de toda la colectividad. (Abanto, 2013, p. 3)

Es entonces que Birnbaum, considera que el estudio de los bienes jurídicos penalmente protegidos supone un conjunto amplio de componentes, pues según el autor no se limita meramente al concepto positivo.

Así aparece el bien como producto de esa elección que asigna un valor, independizándose del sujeto que lo elige. Se crea entonces una relación entre la entidad bien y el sujeto, que recibe el nombre de interés. El interés es de carácter individual y social. El interés es recogido por el Derecho para ser asegurado, apareciendo la norma que prohíbe y que manda: el precepto que describe la conducta atentatoria y al mismo tiempo el objeto de protección. Se ha convertido el bien en bien jurídico y penalmente protegido. (Goscilo, s.f., p. 25)

Como se puede notar, la teoría del Bien Jurídico Protegido, versa sobre el valor que se le otorga a un interés digno de precautelar ante cualquier daño que se pueda anticipar, pues, ya no se trata de un concepto descriptivo, sino de una aplicación a la realidad y a la importancia que los mismos poseen dentro una determinada sociedad.

Esta idea de la protección de “bienes jurídicos” como tarea del Derecho penal fue el punto de partida para el desarrollo del llamado principio de “lesividad” u “ofensividad”: el ejercicio de *ius puniendi*, a través del Estado, solamente se vería legitimado a través del objetivo de proteger bienes jurídicos. Bajo el aforismo “*nullum crimen sine injuria*” se llegó a entender que tal “injuria” consistiría en la vulneración de “bienes jurídicos”, concepto que expresaría los “valores más trascendentes para la coexistencia humana en sociedad”; luego, si no se reconocieran y protegieran estos bienes, el Derecho penal carecería de una base sustancial, renunciaría a inspirarse en los principios de justicia y no podría servir para regular la vida humana en sociedad. (Abanto, 2013, p. 4)

En efecto, se argumenta que los bienes jurídicos son aquellos que poseen una gran importancia en el conglomerado social, y por ello, es importante no solo su protección, sino también su garantía dentro del Derecho Penal. Es por esto, que se considera relevante

enfatar en la teoría del Garantismo Penal y la protección de los bienes jurídicos que se tutela.

1.2. Concepto.-

La teoría de los Bienes Jurídicos acuñada por Birnbaum en 1834, ha generado varios criterios respecto a la misma, es por eso, y por la variedad de posiciones que se han efectuado acerca de lo que constituye el ámbito de protección del Derecho Penal, que no se ha podido establecer un solo concepto que identifique en su totalidad a la teoría mencionada.

Según Kierszenbaum (2009) “ha de ser, quizá, el bien jurídico el concepto más difícil de definir en el ámbito de la ciencia penal. Podría decirse que la doctrina ha esbozado tantas definiciones como autores han tratado el tema” (p.188), por ello, es preciso analizar conceptos específicos que puedan proporcionar un enfoque adecuado acerca del tema de investigación.

Ahora bien, surge una problemática respecto a un concepto unánime que pueda estudiosos de la dogmática penal, se ha decidido tomar en cuenta que el bien jurídico pueda hacer referencia a intereses sociales, valores, objetos de protección, y demás, sin embargo, será necesario que la definición que decida otorgársele, tome en cuenta los contextos de cada Estado.

Por eso, una fórmula que tenga en cuenta todo esto debe, por un lado, considerar que los “valores”, “unidades sociales de función”, etc., no pueden ser tomados por sí mismos como datos preexistentes, exentos de crítica, sino solamente como “circunstancias” (Gegebenheiten) que deban estar sometidas a un continuo análisis crítico y puedan cambiar su contenido conforme a los cambios que se produzcan en los objetivos y la autocomprensión de la sociedad jurídica. Y, por otro lado, se deberá buscar el equilibrio entre el interés de “dinamicidad” y el

de “garantía” del concepto “bien jurídico” vinculando a éste con un orden preexistente de valores reconocido en la ley máxima de todo Estado. (Abanto, 2013, p. 5)

En este sentido, se puede evidenciar que es necesario entablar conceptos que contemplen varios aspectos dentro de una misma situación jurídica, ya que será fundamental proponer un análisis conforme a los cambios que se puedan visualizar en cada una de las sociedades debido a la dinamicidad de estas.

A su vez, la posición emanada por Kart Binding desde el positivismo jurídico acerca de la terminología hace referencia a que;

Se trata, fuera de dudas de una concepción harta permisiva para el Estado, una delimitación apenas formal, ya que el bien jurídico surge de un mero juicio del valor del legislador, quien lo califica o categoriza como tal, sin otro límite que su propia consideración valorativa. El bien jurídico no es algo natural, no constituye un ente que vaya más allá del derecho, sino que traduce una pura creación del legislador (Fernández, 2004, p. 5).

Este concepto se enmarca dentro de un pensamiento ligado al positivismo, al considerar que la decisión depende únicamente de la valorización del legislador, ya que su contenido está atado a la razón del mismo, tanto el delito como el bien jurídico dependerán de una autoridad que podría incluso caer en decisiones arbitrarias e individualizadas.

Una posición contraria a la mencionada se emite por parte de Franz Von Liszt, quien posee un perfil totalmente diferente al planteado por Binding, tomando en cuenta otros elementos para la contextualización del bien jurídico, ahondando en la protección del derecho penal. Fernández (2004), interpretando a Liszt establece;

En este sentido Liszt parte de la premisa de que el bien jurídico no es un concepto exclusivamente jurídico, una pura creación del legislador -como lo pretendía BINDING- sino una creación de la vida, un interés vital del individuo o de la comunidad, al cual la protección

del derecho le confiere, precisamente, la categoría de bien jurídico. El enfoque de marras importa pues una concepción trascendente del objeto de tutela penal (p. 5).

Como se puede deducir, Liszt planteo un concepto direccionado al interés vital tanto del individuo como de la sociedad, pues analiza la terminología desde la parte de tutela del Derecho Penal, proporcionando al Estado la responsabilidad de proteger estos intereses bajo los presupuestos de la normativa jurídica, como se evidencia en la cita a continuación:

El bien jurídico es el interés jurídicamente protegido, o sea, las condiciones vitales del individuo o de la sociedad (Lebensbedingungen) amparadas por el derecho. La norma penal y la pena pública (como reacción estatal) tiene por misión la de defender el bien jurídico, de manera que el bien jurídico expresa en el derecho penal la idea de “fin de protección” de los presupuestos del orden social, a la vez que traduce el pensamiento defensista del Estado (Fernández citando a Liszt, 2004, p. 5).

Al parecer Liszt, fundamenta su razonamiento en la protección que debe brindar el Estado a estos bienes. Hace énfasis en que el bien jurídicamente protegido debe ser colocado en una valorización emanada por el Estado, lo que podría asemejarse con el criterio de Binding, ya que ambos, pero desde posturas diferentes atribuyen al Estado la potestad de determinar el bien jurídico según corresponda.

Posicionando el concepto del bien jurídico desde teorías constitucionalistas podemos encontrar varios autores encaminados a esta posición, ya que;

En procura de fijar una noción más clara del bien jurídico, el cual a veces parece inaprehensible, los juristas penales buscan respaldarse en la Constitución; postura que da nacimiento a las *teorías constitucionales del bien jurídico*. La reacción es plausible; demuestra que una adecuada interpretación del *ius poenale* sólo logra sumarse, basándose en el programa penal de la Constitución (Fernández, 2004, p. 10).

Este tipo de teorías, se enfoca al Estado constitucional de Derecho como garante de los bienes jurídicos protegidos, pues se considera que es más efectivo que se logre límites de coacción estatal desde este lineamiento, procurando así el respeto a la dignidad humana.

En este enfoque, Fernández (2004) citando a Pagliaro señala que;

En definitiva, los valores constitucionales que suministran el contenido material a los bienes jurídicos están, incardinados, sin excepción, al aseguramiento de las condiciones esenciales de la vida en común. Ellos apuntan a posibilitar la convivencia social y la autorrealización del hombre en sociedad, lo cual supone, desde luego, no una visión estática y cerrada del plexo de valores enunciados en la Constitución, sino una concepción dinámica del bien jurídico, capaz de absorber y adecuarse al permanente cambio social, a la mutación histórica de los valores generalmente aceptados como merecedores de protección jurídico-penal. (p. 11)

En cuanto al lineamiento constitucional, el autor revela que no solo se regirán a lo que contempla la Constitución, sino que también será primordial visualizar la modificación de estos valores a medida que evoluciona la sociedad, con ello se evidenciará; cuál es el direccionamiento de protección del Derecho Penal en tiempo y espacio.

La determinación constitucional del bien jurídico, pretende gestionar su ámbito de acción desde la norma fundamental, para de esta manera obtener mayor sustentabilidad de los valores que merecen ser tutelados por el sistema jurídico penal, a su vez, tendrá más seguridad en su aplicación al devenir de la normativa Constitucional.

Fernández (2014), se pronuncia acerca de la resolución del valor constitucional del bien jurídico diciendo:

Esta dirección dogmática, por tanto, procura establecer un mayor nivel de garantía. Porque, aun cuando se admita un concepto valorativo-cultural del bien jurídico, o se le adjudique una materialidad de naturaleza social-funcional, lo cierto es que cualquier ambigüedad significará,

fuera de dudas, un debilitamiento de las garantías contra el *ius punendi*, en medida en que – como bien indica GÓMEZ BENITES-, la protección de bienes jurídicos importa, a decir verdad, “una teoría sobre el proceso de criminalización” (p. 11).

Como se menciona en la cita anterior, la dirección que ha decidido tomar la dogmática penal, versa sobre la garantía que proporciona el darle un enfoque constitucional al bien jurídico, independientemente del valor social o cultural de este, lo que se busca es que exista un adecuado límite al *ius punendi*, sin caer en ambigüedades de concepto, ni de aplicación.

Esta óptica de caracterización constitucional del bien jurídico, se distingue entre una función “conservadora” de los valores clásicos, atinentes a los derechos individuales y, al mismo tiempo, la función “promocional” que al derecho penal le compete cumplir en la realización de valores constitucionales de orden colectivo o supraindividual. (Fernández, 2014, p. 11)

La constitucionalización del bien jurídico, pretende legitimar la punición arbitraria de los aparatos estatales, tomando en cuenta los intereses de la función conservadora y promocional, que ciertamente envuelve el ámbito individual y colectivo de la sociedad. Entonces, es justamente el Derecho Penal, el derecho encargado de velar por la protección de estos bienes, con respaldo de la norma fundamental.

Según lo anota HORMAZÁBAL, el modelo del Estado democrático de derecho vigoriza la política criminal como instrumento racionalizador de la coerción penal. La desesperada búsqueda de nuevos fundamentos de racionalización del sistema penal ya no provienen sólo del ámbito de la filosofía, como había sucedido en el pasado, sino que esta vez, la legitimación busca apoyarse en un fundamento sociológico. (Fernández, 2014, p. 11)

Como se desprende de la mención realizada por Hormazábal, la legitimación de las actuaciones penales, aparte de poseer un apoyo del ámbito de la filosofía, hoy también busca una base en la sociología, la cual se hace presente estudiando el comportamiento de las

sociedades humanas, y dotando al Derecho de poder para regular este tipo de conductas dentro de un Estado democrático y participativo de todos sus componentes.

En lo concerniente a la protección de bienes jurídicos, estos tienden a visualizarse como “situaciones” o “estados” de particular valor social, a los cuales deviene imprescindible tutelar penalmente. El bien jurídico pasa a ser apreciado desde una óptica funcional, se “desespiritualiza” y ya no se confunde con el objeto cosificado del derecho, sino con una situación fáctico-real positivamente valorizada. (Fernández, 2014, p. 11)

En este sentido, este tipo de bienes, ya no se encuentran cosificados, sino al contrario, se les ha proporcionado un valor social, valor que merece ser tutelado para asegurar la convivencia del conglomerado social. El bien jurídico se ha de considerar como una situación real, misma que se demuestra a través del comportamiento de las personas inmersas en sociedad.

Las posiciones dogmáticas se vuelven más significativas, al tener fundamento en el valor social, pues la relación establecida entre la sociología y el Derecho, se caracteriza por la dinamicidad presente dentro de los procesos sociológicos, necesarios de una regulación normativa.

Mir Puig, citado por Fernández (2014), se pronuncia desde la dogmática española, visualizando a los bienes jurídicos como:

Aquellas condiciones necesarias de un correcto funcionamiento de los sistemas sociales. Sólo que, para evitar una concepción poco respetuosa del individuo, reclama que estas condiciones “se traduzcan en concretas posibilidades de participación del individuo en los procesos de interacción y comunicación social”. Y aclara que “posibilidad de participación no se entienden aquí solo como posibilidad de incidencia activa en la vida colectiva, sino también como posibilidad de vivir en sociedad confiando en el respeto de la esfera de libertad particular por parte de los demás”. (p. 13)

Este concepto precisa la importancia del individuo dentro de su rol social, pues se habla no solo de una participación de procesos dentro de la vida colectiva, sino también de la interacción que forma parte de la comunidad, en espera de que todos respeten cada una de las esferas individuales y personales de cada uno.

Autores como Von Liszt, se hacen presentes en el estudio de la teoría del bien jurídico, argumentando que se lo puede definir *“como un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico”* (Kierszenbaum, 2009, p.188).

Kierszenbaum (2009), evidencia los tres componentes inmersos en el concepto, ya que de la definición dada se puede concluir que el bien jurídico es 1. un interés vital que se encuentra presente en cada ordenamiento jurídico, pues estos intereses no han sido creados por el derecho, pero es justamente éste el encargado de reconocerlos y darles el valor jurídico que requieren para ser considerados bienes jurídicos protegidos (Núñez, 2017, p. 50); 2. la referencia que hace hacia una sociedad determinada, señala que ese interés que es vital para un determinado conglomerado social, puede no serlo para otro, ya que dependerá del contexto social e histórico de cada colectividad; 3. el reconocimiento dentro del ordenamiento jurídico, puede prestarse para interrogantes acerca de la rama normativa, es decir, cuál es la rama que reconoce estos intereses fundamentales, tal vez el ¿derecho penal?, la respuesta no es afirmativa, pues el derecho penal no crea estos bienes, sino que se encarga de sancionar con penas las conductas que lesionan los mismos. Al decir que estos intereses significativos son reconocidos, se puede entender que es el Derecho Constitucional e Internacional, los encargados de este reconocimiento. (Kierszenbaum, 2009, p. 189)

En efecto, es de vital trascendencia que estos bienes sean reconocidos jurídicamente, y sea la misma sociedad quien determine la importancia de hacerlo o no, ya que justamente son

intereses que no han sido creados por ninguna rama del Derecho, pero son merecedores de su atención para lograr entablar una funcionalidad dentro de cada Estado.

En este sentido, según Kierszenbaum (2009), se puede interpretar que el bien jurídico es el interés que le da vida a la norma, ya que al establecer cuáles son los bienes que merecen protección y una pena impuesta a la lesión de los mismos, se estaría incurriendo en el plano de actuación del Derecho Penal. Al respecto, Bacigalupo (1999) menciona lo siguiente:

El Derecho penal moderno (a partir de Binding) se ha desarrollado desde la idea de protección de bienes jurídicos. De acuerdo con ella, el legislador amenaza con pena las acciones que vulneran (...) determinados intereses de una sociedad determinada. La vida, la libertad, la propiedad, etcétera, son intereses o finalidades de la sociedad que el legislador quiere proteger amenazando a quienes los ataquen con la aplicación de una pena; de esta forma, tales intereses se convierten, a través de su reconocimiento en el orden jurídico positivo, en bienes jurídicos. De la idea de protección de bienes jurídicos se deducen en la teoría límites para el ius puniendi, es decir para el derecho de dictar leyes penales. (citado por Kierszenbaum, 2009, p.194) .

Es así como Bacigalupo (1999), menciona que de cierto modo la teoría de protección de bienes jurídicos tiene como punto de partida la limitación al Ius Punendi del Estado, ya que de cierto modo se frena la actuación del Estado de penar, y del ciudadano de actuar perjudicialmente hacia terceros.

Es así como se genera un aseguramiento de la teoría planteada, a través de dos ramas del Derecho, pues por una parte, se consagra estos intereses jurídicamente dentro una esfera de protección desde la norma fundamental (Constitución), y por otra, se garantiza la protección a través de la pena impuesta, a las personas que atenten en contra de estos bienes desde el Derecho Penal.

Todos los bienes jurídicos —expresa VON LISZT— son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico”. Por ello así como el derecho tiene por objetivo la defensa de los intereses de la vida humana, el derecho penal tiene por objetivo la protección de los intereses necesitados de protección. Así norma y bien jurídico, se constituyen en los conceptos fundamentales del derecho penal. (Liszt 1999, citado por Carrasco, 2015, p. 270)

Según la cita referida por Von Liszt, los conceptos fundamentales del derecho penal, surgen evidentemente de este tipo de teoría, pues en ella se plasman los trasfondos del comportamiento social y los intereses que son menester que el Derecho proteja desde sus mandatos.

Por consiguiente, se ha visualizado que existen varias opiniones referentes al bien jurídico protegido, pero es de vital importancia mencionar que en todas ellas, el Derecho Penal se hace presente desde la sanción propuesta por los posibles daños que pudieran ocasionarse a estos intereses fundamentales para el desarrollo social.

El bien jurídico así, es un concepto político-jurídico que expresa la lucha por un sistema jurídico-penal democrático, y por ende e igualmente, es un concepto crítico de dicho sistema, no sólo por ser deslegitimador de la intervención como límite al poder punitivo, sino que también por ser dialéctico y constante objeto de revisión democrática. (Carrasco, 2015, p. 247)

La relación entre democracia y el concepto de bien jurídico, se fundamenta en un proceso dinámico-participativo por parte de los actores sociales, actores encargados de fomentar un ambiente cultural e ideológico con características particulares, pues es precisamente de las necesidades existentes en cada contexto social, de donde se determinan los bienes vitales; y en donde el Estado, como ente normativo, se hace presente para resguardar la seguridad de sus ciudadanos a través del Derecho.

Se puede decir que, hasta ahora, el consenso mínimo de la doctrina dominante consiste en que el “bien jurídico” es visto como el punto de encuentro entre “injusto” y “política criminal”, de tal manera que el Derecho penal solamente debería tener por tarea proteger “bienes jurídicos” y los tipos penales solamente deberían ser interpretados en este sentido. (Bustos, s.f.; Abanto, 2013, p. 4)

1.3. Características fundamentales de la teoría de Bienes Jurídicos Protegidos.-

La teoría de los Bienes Jurídicos Protegidos, comprende varias características dentro de su funcionalidad, características que han resaltado en la rama del Derecho Penal debido al valor que se le ha otorgado a cada uno de sus componentes.

a) La importancia social como fundamento de protección.-

El carácter proteccionista que se le brinda a los bienes jurídicos, radica esencialmente en la importancia que tienen los mismos dentro del entorno social. Aquellos bienes considerados valiosos para el desarrollo de cada sociedad, son dignos de la esfera de protección que otorga el Derecho.

Los bienes jurídicos que son tutelados, son aquellos intereses aceptados por la mayoría social, ya que constituyen en gran parte, valores de su arraigo cultural y de condiciones determinantes en el desenvolvimiento de cada comunidad. Rudolphi (1975), infiere que la concepción que se da respecto a los bienes jurídicos, es parte de un “rastreo” de los fenómenos sociales que, existiendo como presupuestos de las relaciones sociales en la vida comunitaria, tienden a ser lesionados por comportamientos humanos (p. 339).

La importancia de estos bienes radica en que son necesarios para mantener los procesos de interacción social, según Rudolphi (1975), los procesos de interacción social, que

envuelven las diferentes actuaciones humanas, son fundamentales para la subsistencia y funcionamiento de una sociedad organizada.

Szczaranski (2012), interpretando a Rudolphi, afirma que el autor considera que el Estado al no ser estático, tendrá cambios debido al dinamismo impulsados por fuerzas y situaciones sociales, por lo que, los presupuestos de la vida social, tienen que ser concebidos como unidades funcionales vivientes (p. 1).

Como se menciona con anterioridad, el dinamismo de la sociedad, evidentemente envolverá cambios dentro del comportamiento humano, cambios que deberán ser entendidos como procesos sociales inmanentes dentro de la esfera comunitaria; por ello, mediante un profundo análisis de los bienes relevantes socialmente, le corresponderá a la sociedad establecer cuáles son merecedores de protección estatal.

Maurach (1994), menciona que el Estado únicamente podrá castigar aquellas conductas que alteren la estabilidad de la vida en sociedad, pues este tipo de conductas inciden de manera negativa en el funcionamiento de la vida social, generando dañosidad en las condiciones vitales. (p. 213)

b) Necesidad de protección jurídico penal.-

Una de las características esenciales de los bienes jurídicos, es que requieren protección penal, “o sea que a través de otros medios de defensa que requirieran menos intervención y por tanto fueran menos lesivos no se logre amparar satisfactoriamente el bien” (Díaz, 2012, p. 3).

La necesidad de protección jurídico – penal, precisamente, se deslinda de la característica de importancia social, ya que a pesar de existir bienes jurídicos tutelados por otras ramas del derecho, los denominados bienes jurídicos penalmente protegidos, engloban una categoría

vital dentro de la relación en sociedad. Es así, que el Derecho Penal es el encargado de proteger dentro de su ámbito normativo, aquellos intereses de máxima relevancia social, así como la vulneración del normal funcionamiento de los mismos.

El uso del Derecho Penal dentro de la aplicación de la pena, requiere que la infracción cometida sea igualmente grave, ya que solo los mandatos y prohibiciones que emana este tipo de derecho, merecen el carácter de normas penales, así las infracciones a las mismas, serán denominadas delitos (Mir, 1989, p. 209).

En efecto, el considerar la intervención del Derecho Penal necesaria para la protección de bienes jurídicos, reside en una de sus funciones esenciales, ya que la infracción penal llevará consigo una consecuencia jurídica, que sirve para la reafirmación del ordenamiento, evitando futuros delitos.

Hormazábal (1992), citado por Urquizo (1998) menciona que “En este sentido, los bienes jurídicos expresan necesidades básicas de la persona y los procesos de relación social, de instituciones, sistemas y de su participación” (p. 1).

De manera que, la importancia social de los bienes jurídicos fundamentada a través de una cuestión valorativa de la perspectiva particular de cada sociedad, lleva consigo todos los procesos en los que intervenga el ser social, incluyendo los sistemas e instituciones creadas por él mismo.

c) Función de garantía.-

Se ha tomado en consideración la función de garantía dentro de las características de la teoría de los Bienes Jurídicos Protegidos, para evidenciar cuán importante es la noción de esta facultad dentro de un Estado que, protege bienes jurídicos, consagra derechos fundamentales, y limita el poder sancionador acorde a la ley.

El Estado ecuatoriano como garante de lo reconocido a favor de sus ciudadanos, pretende brindar seguridad jurídica a los mismos, mediante el ejercicio correcto de sus funciones.

Si bien es cierto, los bienes jurídicos no constituyen derechos fundamentales, sí forman parte esencial del orden jurídico normativo y social de cada Estado; es por ello, que se ha tenido en cuenta, los elementos que se evidencian dentro de la esfera de protección penal, vinculados a la función de garantía, para el correcto análisis de la presente investigación.

Es entonces que, mediante la función de garantía que el Estado Constitucional otorga a sus habitantes, se puede hacer efectivo el goce de los bienes reconocidos mediante la norma suprema e instrumentos internacionales que ratifiquen estos bienes jurídicos como fundamentales.

La concepción de los bienes jurídicos, abarca en la función de garantía, principios fundamentales que serán ineludibles al momento de instaurar la protección adecuada para aquellos intereses de primordial importancia dentro del orden social. Inmediatamente se plantearán estos principios de manera sistematizada.

1. Principio de intervención mínima.-

El principio de intervención mínima se basa en la imposición de un límite al ius puniendi estatal que establece la necesidad de fragmentar la acción penal, estimar los bienes jurídicos por proteger, conducir el poder sancionador únicamente hacia el menoscabo de bienes jurídicos y actuar sólo en aquellas situaciones en que las demás herramientas del derecho no hayan sido efectivas para conseguir el objetivo propuesto, siempre con miras a la seguridad jurídica, la libertad tanto individual como colectiva, y la paz (Monroy, 2013, p. 28).

Es preciso enunciar que el funcionamiento real del sistema penal pone en evidencia la incesante lucha entre dos fuerzas desiguales:

El poder punitivo, de un lado, y la teoría penal como sistema de garantías del individuo frente al poder penal, por el otro. Como el poder penal tiende a expandirse permanentemente, la teoría penal de un Estado constitucional de derechos y justicia tiene como objetivo básico el apuntalamiento de un sistema de máximas garantías, al servicio de la mínima intervención punitiva, del menor uso posible de la pena estatal. (Martínez, 2002, pág. 23)

Es por ello, que el principio de mínima intervención penal manifiesta una doble función dentro de su teoría, pues, por una parte pretende limitar la actuación del poder estatal, al instaurar al Derecho Penal dentro del ordenamiento jurídico como última instancia, y por otro, se encuentra comprometido con el sistema de garantías que brinda al colectivo.

Dentro del principio mencionado, se pueden evidenciar elementos de gran relevancia dentro de materia penal, tales como la fragmentariedad, subsidiaridad, y proporcionalidad. A continuación enlazados.

Fragmentariedad: este elemento, según Flores (2015) el derecho penal “solo debe intervenir frente a aquellos comportamientos que atentan a las reglas mínimas de la convivencia social, siempre y cuando, además, dichos comportamientos se llevan a cabo de una forma especialmente graves” (Flores 2015, citado por Núñez 2017, p. 27), el Estado como mandatario, penalizará únicamente las conductas que lesionen bienes jurídicos protegidos, esto, con el fin de lograr conservar el orden y la paz social.

Subsidiariedad: se entiende por tal característica que el Derecho Penal tiene como función la protección de bienes jurídicos, por lo tanto, tendrá que intervenir únicamente cuando otras ramas del Derecho no han sido útiles para satisfacer en su “totalidad a las necesidades de prevención y motivación de la política criminal” (Muñoz, 1993, citado por Núñez, 2017, p. 26), es decir, el Derecho Penal actuará exclusivamente cuando se hayan agotado todos los mecanismos disuasorios de la conducta en proceso.

Proporcionalidad: es proporcional por cuanto debe existir “una consonancia entre el bien jurídico por proteger y la suspensión impuesta al derecho fundamental de la libertad, así como la limitación o condicionamiento al goce de otros derechos fundamentales (Monroy, 2013, p. 28). La aplicación del Derecho Penal en cuanto a la pena, deberá ser proporcional con la conducta delictiva cometida, teniendo en cuenta parámetros de legalidad.

Prieto (2011), afirma que en una esfera en la que constantemente ha existido la tensión entre libertad y poder, entre paz y violencia; en estos momentos en los que se reclama o impone como necesario el expansionismo y la mayor severidad de la respuesta punitiva, es precisamente, la filosofía penal garantista la que plantea todo lo contrario, optando por un modelo de Derecho Penal mínimo, que se define por las garantías formales, sustantivas y procesales, para poder transformar un poder en saber, una voluntad en razón, un decisionismo en cognición (p. 14).

En efecto, lo planteado por el autor Luis Prieto Sanchís (2011), constituye una reflexión acerca de este principio, evidenciando que la filosofía del garantismo, favorece a que la intervención penal garantice la realidad material, promoviendo de esta forma el raciocinio en el actuar penal acorde a sus limitaciones.

Con el principio de intervención mínima se quiere decir que los bienes jurídicos no sólo deben ser protegidos por el Derecho penal, sino también ante el Derecho penal. Es decir, si para el restablecimiento del Orden jurídico violado es suficiente con las medidas civiles o administrativas, son éstas las que deben emplearse y no las penales (Muñoz, 1989, p. 79).

Con el fin de esclarecer la importancia del principio de mínima intervención penal, se ha especificado mediante la cita del párrafo anterior, que este principio busca proteger los bienes jurídicos no solo de agentes externos al Derecho Penal, sino también del mismo, y por ello, es necesario que se realice una profunda observación de cada caso en concreto, para no

lesionar bienes jurídicos de manera innecesaria mediante la intervención arbitraria de un Derecho Penal expansionista.

2. *Principio de necesidad.*-

El principio de necesidad posee una fuerte relación con la teoría de los Bienes Jurídicos Protegidos, ya que la vulneración de estos bienes, tendrá como consecuencia la imposición de una pena. Para que este principio se haga efectivo, primero se evaluará el merecimiento de la pena del acto cometido. Es así que, Schunemann (1978), infiere que el merecimiento de la pena, es la existencia de un menoscabo importante de un bien jurídico protegido (Luzón, 1993, p. 22).

Hassemer (1989), señala respecto del merecimiento de la pena que, si un comportamiento en concreto afecta un bien jurídico, por la gravedad de la lesión y por la relevancia que mantiene el bien dentro del ordenamiento jurídico, debe ser sancionado penalmente (p. 65).

De esta manera, según los criterios de varios autores, el merecimiento se deberá evaluar de manera exhaustiva para plasmar posteriormente la necesidad de una pena adecuada a la infracción penal.

En efecto, el merecimiento de la pena se encarga de verificar la comprobación dogmático – jurídica de la conducta punible, la cual podrá hacer posible que se valore si en el caso específico, es necesaria la imposición o no de una pena al sujeto activo de la conducta, como consecuencia jurídica prevista en la norma (Hernández, Bosigas, Jimenez y Galán, 2008, p. 115)”.

Luzón (1993), citando a Roxin (1973), establece una breve distinción entre ambos conceptos; “el injusto típico y la culpabilidad con el sentido tradicional dan lugar ya al merecimiento de pena, pero la necesidad de pena se comprueba únicamente en la categoría de la responsabilidad (o culpabilidad en sentido amplio)” (p. 24).

Como consecuencia lógica, se entiende al principio de necesidad como exigencia de la culpabilidad, ya que únicamente se pondrá imponer una pena al sujeto activo que haya cometido un acto dañoso hacia los bienes jurídicos tutelados en materia Penal, considerando su responsabilidad y la necesidad de una pena frente al hecho.

Se evidencia entonces que, el principio de necesidad de la pena, cumple dos funciones distintas pero que se adjuntan entre sí, en primer lugar:

Es una garantía a favor del procesado porque solo se le podrá imponer la pena, si de acuerdo con el marco de la prevención, ésta se muestra útil y razonable para evitar la reincidencia, permitir la resocialización, afirmar la vigencia de la forma y “proteger a la sociedad” (Hernández, Bosigas, Jiménez y Galán, 2008, p. 142).

Interpretando la cita, se visualiza que, la necesidad de la pena deberá responder las exigencias de la prevención especial y general del Derecho Penal, determinándola de manera merecida, proporcionada y necesaria, frente al acto punible.

En segundo lugar, “la aplicación real de dicho principio (bien para justificar la imposición o para descartar la asignación de la consecuencia punitiva), legitima la decisión que profiere el operador jurídico, por cuanto permite integrar el concepto de justicia material al quehacer judicial” (Hernández, Bosigas, Jiménez y Galán, 2008, p. 142).

Concluyendo, el principio de necesidad de la pena tiene un fuerte impacto dentro de la decisión racional del operador judicial, pues, es fundamental el estudio de cada caso en concreto, para determinar la necesidad de la misma, atendiendo a elementos exigidos por el contexto social y legal, sin violentar las garantías establecidas en el ordenamiento jurídico.

3. Principio de lesividad como presupuesto de punibilidad.-

El principio de lesividad se define como “la imposibilidad de cualquier derecho de legitimar una intervención punitiva cuando a lo sumo no media un conflicto jurídico, entendido este último como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno” (Torres, 2015, p. 1).

Es así que este principio rector del Derecho Penal, tiene como potestad la imposición de un castigo únicamente cuando se encuentre lesionado un bien jurídico protegido, de modo contrario, no será efectiva su manifestación, ya que si no hay la existencia de un conflicto jurídico-penal, no habrá necesidad de pena.

De forma análoga, se puede vincular en este punto uno de los diez axiomas propuestos por Ferrajoli (1995), donde el autor propone “*Nulla necessitas sine iniuria*”, dando a entender que en un sistema penal garantista, no hay necesidad si no se evidencia de manera concreta un daño ocasionado, fundamentando así el principio de lesividad.

Entonces, el principio en cuestión, versa sobre la existencia de un delito cuando las acciones de un individuo afecten a un bien jurídico protegido; en consecuencia, el principio de lesividad será un presupuesto de punibilidad, donde el Estado se hará presente mediante su imperio.

Zaffaroni (2002) citado por Torres (2013), infiere que;

Derecho Penal como un sistema destinado a contener y reducir el poder punitivo, concebido como un sistema que pretende reducir el poder punitivo, no puede pasar por alto el concepto limitativo de bien jurídico afectado como expresión dogmático del principio de lesividad que viene a requerir también una entidad mínima de afectación, sea por lesión o por peligro, excluyendo así las bagatelas o afectaciones insignificantes. (p. 1-2)

Como señala Zaffaroni (2002), el Derecho Penal deberá hacerse presente de manera idónea dentro de sus parámetros de intervención cuando se produzca un daño veraz de un bien jurídico, constando que no se trate simplemente de bagatelas o peor aún, que no exista dicha afectación.

Ferrajoli (2009), establece que el daño causado a terceros, constituye el fundamento tanto de las prohibiciones como de las penas impuestas por el Derecho Penal, ya que solo de esta manera ambas pueden ser establecidas como herramientas de minimización de la violencia y la protección de los más débiles contra las arbitrariedades de los más fuertes. (p. 466)

Cuando se hace referencia al principio de lesividad, se debe tener en cuenta el menoscabo del bien jurídico protegido, para la imposición de una pena. Como menciona Bustos (1999), “no basta con la presencia de una conducta formalmente típica para fundamentar un castigo, sino que es necesario que esa conducta sea constitutiva de un desvalor (...) para el bien jurídico” (p. 39).

Kierszenbaum (2009), afirma que la noción de bien jurídico dentro del Derecho Penal, contempla el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, lo que tiene como consecuencia que únicamente puede ser legítima aquella norma que se encuentre destinada a la protección de estos intereses, “ello descarta la posibilidad de cualquier tipo de sanción respecto de pensamientos o comportamientos que no dañen a otro” (Kierszenbaum, 2009, p. 194).

Con esta perspectiva del principio de lesividad, queda claro que el Derecho Penal únicamente puede sancionar aquellas conductas fehacientes que produzcan una lesión a uno de sus bienes jurídicos tutelados, pues de modo contrario, la intervención punitiva de este tipo de Derecho no se justificaría y conduciría a una extralimitación del poder estatal.

1.4. Posiciones a favor de la teoría de los Bienes Jurídicos Protegidos.-

Las afirmaciones a continuación, sugieren posiciones a favor de la teoría de los Bienes Jurídicos Protegidos. Autores reconocidos de la dogmática penal, se hacen presentes con elaborados enfoques respecto al concepto propuesto por Franz Birnbaum. Los postulados planteados, posibilitarán el entendimiento del tema de manera trascendente en cuanto a la configuración y operatividad de este tipo de Derecho Penal. La finalidad de los criterios expuestos, es evidenciar la estructura social que conlleva implícita esta teoría entorno a su legitimidad.

a) Juan Bustos Ramírez.-

El penalista y académico chileno Juan Bustos Ramírez, expone una amplia investigación referente a la teoría de los Bienes Jurídicos Protegidos, el autor chileno ha presentado varios trabajos relacionados con el tema, en los que evidencia su criterio y los presupuestos que ha evaluado para dar paso a una posición trascendental acerca del mismo, así como el efecto que genera la hipótesis mencionada en el sistema social bajo la tutela del Derecho Penal.

“Bustos (1978), entiende que el bien jurídico es un punto de unión entre política criminal e injusto, dándole contenido material a lo injusto y determinando su “sustancia” (Carrasco, 2015, p. 244)”, interpretando la concepción abarcada por el académico, se constata la necesidad de que la política criminal considere al bien jurídico como parte sustancial del injusto.

Bustos (1978), es uno de los autores que enfatiza la importancia de la realidad social dentro del concepto de bien jurídico protegido, pues considera que es fundamental encontrar dentro de la dinamicidad social, aquellos intereses que merecen ser tutelados por el sistema penal.

Agrega también, que el estudio indicado de las diversas realidades sociales, puede encaminar al derecho para entender el comportamiento del ciudadano como ser social, la permanente evaluación del sistema normativo, permitirá que el derecho sea una “herramienta para las transformaciones sociales” (Bustos, 1987, p. 154-157).

BUSTOS “indaga” así sobre “las raíces del bien jurídico”, las cuales encuentra, siguiendo a VON LISZT, antes que en la metafísica en la realidad social misma, lo que conduce “al estudio del hombre en cuanto ente social y a su actuación dentro de una realidad social determinada, luego a la concreción, a la inducción, a la constante interacción del hombre y su medio, a la determinación de las estructuras sociales” (Carrasco, 2015, p. 244).

Dentro de este marco, se evidencia la posición del jurista vinculada al estudio de la relación social, dando paso a que el bien jurídico sea considerado como un componente de trasfondo sociológico, pues de esta manera se pretende plasmar la organización social de forma conjunta regulada por el derecho.

Entiende además que se debe distinguir entre el bien jurídico y sus “presupuestos”: el primero es la “fórmula sintética concreta” de lo que se protege, pero la “génesis, significación y legitimidad de lo que se protege” surge de los presupuestos que son las relaciones sociales, la posición que en ella ocupan los individuos, “su intermediación con las cosas y otros entes y la interacción que se produce entre ellos” (Carrasco, 2015, p. 244- 245).

Bustos (1987), hace una clara diferenciación en su análisis, estipulando que el bien jurídico es la fórmula de lo que se protege, y los presupuestos inmersos son la génesis, es

decir, aquella legitimidad que se evidencia a través de las relaciones sociales. Sin duda, se revela la importancia de la posición que tienden los individuos en el conglomerado social.

En efecto, el bien jurídico necesariamente debería contar con una garantía cognitiva, pues de esta manera el comportamiento efectuado por el ser humano como ente social, sería limitado por el sistema normativo, y se conocerían los argumentos de criminalización, en caso de no cumplir con esta denominada garantía.

En el trabajo “Criminología crítica y derecho penal latinoamericano” (1984), se reafirma la misión de protección de los bienes jurídicos. Se expresa como definición formal de bien jurídico el ser “una síntesis concreta normativa de una relación social determinada y dialéctica”. Su ataque se expresa como “afección al ordenamiento jurídico”, es decir, como hecho típico y antijurídico. (Carrasco, 2015, p. 245)

Es así como el penalista hace una extensión de su investigación acerca de las realidades sociales, y detalla que la vulneración del considerado bien jurídico, representa la afectación del sistema normativo, pues, se violentaría el ordenamiento mediante la desobediencia de su protección.

Por otra parte, Bustos (1987) en su vasto estudio acerca de los bienes jurídicos, introduce la clasificación de bienes macrosociales y microsociales;

Entendiendo por los primeros aquellos como la vida, salud individual, libertad; y los segundos, como los bienes jurídicos institucionales que miran al funcionamiento del sistema, tales como el bien jurídico “garantía”, los cuales están al servicio de los microsociales. Los macrosociales deben ser considerados, al igual que los microsociales, en razón de la “complejidad” del Estado moderno. (Carrasco, 2015, p. 246)

En base a esta distinción, se puede esclarecer de qué forma se encuentran organizados los bienes jurídicos según su ámbito de protección, y de este modo se deja ver claramente

que ambos tienen una fuerte relación en sentido de complejidad por parte del Estado, ya que los macrosociales están al servicio de los microsociales, teniendo la misma importancia dentro del contexto social.

Vinculado a lo expuesto con anterioridad, Carrasco (2015), realiza una interpretación exhausta de los postulados propuestos por el académico Juan Bustos Ramírez (1989), y pone a consideración lo siguiente;

Así, la sociedad democrática habría de ser la organización social desde donde se deriva la especificidad conceptual del bien jurídico por encima de cualquier otro tipo de organización social, ya que el bien jurídico tiene su fundamento en la participación y es en este proceso participativo en que se expresa dialécticamente y se manifiesta su dinámica en procesos de tesis, antítesis y síntesis. Es así como el bien jurídico recoge y expresa esta síntesis en un determinado momento histórico, y por ello y en cuanto relación concreta y determinada, absorbe su mundo cultural e ideológico, por los subproductos de la alienación que disfraza la realidad. (p. 247)

Como se evidencia, el autor tiene en cuenta, la relevancia de la participación de los individuos dentro de una sociedad democrática, pretendiendo que mediante este proceso se acopien los intereses de cada sociedad, dependiendo de su contexto vivencial, y entendiendo que lo fundamental de esta dinámica, versa en el bienestar del conglomerado social, sus preocupaciones y necesidades latentes.

b) Hernán Hormazábal Malarée.-

El catedrático chileno de Derecho Penal Hernán Hormazábal Malarée, se ha pronunciado en repetidas ocasiones a lo largo de sus obras plasmadas en la literatura de la dogmática penal, acerca de la teoría del Bien Jurídico Protegido, y comparte su conocimiento

a través de las publicaciones de varios temas relacionados, explicando la estructura que tienen estos bienes, y de qué manera se opta por manejarlos, tanto dentro de la sociedad actual, como de la rama del Derecho Penal.

El autor de temas referentes a esta teoría, anuncia su pleno interés de considerar al Estado democrático como punto de partida de su estudio, pues es justamente en este tipo de Estado, en donde el bien jurídico toma relevancia frente a la sociedad política y las organizaciones civiles.

“Solo en un Estado democrático es posible el bien jurídico, “ya que solo él ofrece las condiciones estructurales necesarias para que se produzca la síntesis dialéctica” (Carrasco, 2015, p. 251)”.

Es entonces, que se puede entender la dirección del jurista Hormazábal hacia este tipo de Estado, pues como menciona Carrasco (2015), al establecer el bien jurídico como fundamento social, se busca deslindar enmascaramientos ideológicos, para de esta manera evidenciar la real necesidad del ciudadano de protección por parte del Estado democrático.

Se vuelve importante establecer dentro de este planteamiento, lo fundamental que es el rol del Estado como ente protector de sus súbditos, teniendo en cuenta, que el bien jurídico merece un adecuado tratamiento dentro de la norma, y una especial atención cuando se trata de demostrar los intereses del conglomerado al que va dirigido.

Hormazábal (1984), citado por Carrasco (2015), menciona que;

Fuera de ser una síntesis normativa, también es un “producto social”, y así se mira desde la sociedad civil, y no solo desde la sociedad política. Por lo que es resultado de la superación de las contradicciones concretas que se “producen” dentro de las relaciones sociales concretas, con carácter histórico. Además el bien jurídico se encuentra “condicionado” por la

forma específica “en que se producen las relaciones sociales, sobre todo por la ideología enmascaradora de la realidad” (p. 251).

Hormazábal (1984), hace esta importante consideración acerca de su postura, estableciendo al bien jurídico protegido como un producto social, ya que no es algo ajeno a la realidad a la que se ve vinculada la comunidad, sino al contrario, parte de un fundamento histórico y sociológico, que permite abordar de manera amplia el campo de interés y necesidad que presenta cada grupo social a través de su contexto y desarrollo.

Por ello y para HORMAZÁBAL, bien jurídico y Estado democrático se encuentran “recíprocamente relacionados”. Esto plantea dos exigencias: a) que el Estado solo penalice conductas que afecten bienes jurídicos; b) que el objeto a proteger sea un requerimiento social real y no ideológicamente condicionado. (Carrasco, 2015, p. 252)

Lo mencionado por el académico chileno referente a la relación de Estado democrático y bien jurídico, cobra sentido en la medida en que el Estado a través del Derecho Penal, castiga los comportamientos que atentan contra los bienes que procura proteger, y estos bienes sean visualizados como un requerimiento real, no meramente ficticio, ni condicionado.

Carrasco (2015), considera que esta previsión se realiza debido a la ideología que transmite la sociedad política desde los rasgos de la sociedad civil, pues es ahí, de donde se generan estos encubrimientos dentro de las relaciones sociales, provocando que el Derecho Penal salvaguarde estos intereses “encubiertos”, por lo tanto, el Ius Punendi estatal no sería del todo democrático. (Hormazábal, 1984, p. 344)

Hormazábal (2006), en su colaboración respecto al bien jurídico, presenta algunas preguntas que deberían envolver al bien jurídico protegido para su constatación. Qué es un bien jurídico, cuál ha sido su origen, y por qué se debe proteger, son las interrogantes que se

hace el autor para consolidar un interés como bien jurídico que deba ser tutelado por el Derecho, y respetado por la sociedad.

La pregunta de qué es el bien jurídico, constituiría el contenido material del bien jurídico, la segunda se encuentra relacionada al origen de este bien, y finalmente la tercera, nos dirige hacia “la razón de la criminalización o la motivación de la decisión política que el autor consigna como un momento “axiológico” (Carrasco, 2015, p. 253).

La tercera interrogante planteada por el autor, tiene un importante rasgo dentro del sistema normativo, pues ese momento axiológico al que se refiere, identificará “el papel que cumplen los valores dentro del contexto social, de cada sociedad. La formación de valores de una sociedad va a determinar la proyección de su sistema de derecho” (Diéguez, 2013).

Para concluir, el jurista Hormazábal (2006), establece vehemente que lo que da pie al bien jurídico, se fundamenta en aquellas necesidades humanas que puedan evidenciarse dentro de los diferentes contextos sociales. Es por ello que el ser humano se vuelve el centro de la protección penal, ya que esta garantía gira en torno al mismo (p. 29).

En base a lo señalado por Hormazábal, el nacimiento y funcionalidad que se le otorga al bien jurídico se fundamenta en las relaciones sociales que mantienen las personas que han decidido adaptarse a un grupo social, es por ello, que su fundamento deberá sostenerse no solo en la relación que le corresponde a cada bien jurídico “sino también a aquella relación social que interfiere con el bien jurídico, porque solo en esta dialéctica se hace posible visualizar el conflicto, juridificarlo y formalmente construir el tipo penal” (Carrasco, 2015, p. 267) .

c) Santiago Mir Puig.-

El jurista y abogado español Santiago Mir, se hace presente con una destacada posición acerca de la teoría de los Bienes Jurídicos Protegidos, afirmando que una de las finalidades del Derecho Penal justamente versa sobre la protección de estos bienes inmersos en sociedad, los cuales dan sentido a la norma y enfatizan su campo de actuación (Mir, 2004, p. 129).

“Entre los límites que hoy suelen imponerse al *Ius Punendi* del Estado ocupa un lugar destacado el expresado por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos” (Mir, 2012, p. 215). Como menciona el jurista español, la manifestación se enmarca dentro de un planteamiento político-criminal, en donde el Derecho Penal debe justificar su esfera de actuación únicamente de manera restrictiva y necesaria.

Mir (2004), expresa que el Derecho Penal debe direccionarse al castigo de conductas que atenten contra los intereses más relevantes de la sociedad, considerados como bienes jurídicos. La protección de estos bienes le corresponderá al Estado, ya que requieren de un amparo especial por su gran contenido social.

Mir (1982) establece que:

Para concretar el contenido del concepto, se debe atender a aquello que en ciertas condiciones es necesario para mantener el funcionamiento de la estructura social; en particular, se deberá atender a aquellos "procesos de interacción social que a corto o largo plazo, son requeridos para la subsistencia o mínimo funcionamiento" de ella. (citado por Szczaranski 2012)

Es así como el catedrático Mir, es otro de los autores que se hace presente a través de un postulado con incidencia en el ámbito social, pues como se evidencia en la cita del párrafo anterior, el concepto que se le otorgue al bien jurídico protegido, dependerá de aquellas condiciones necesarias para la viabilidad de la organización social, tomando en cuenta la importancia que juegan estos procesos para la convivencia y el desarrollo en comunidad.

Mir (1994), señala que en la sociedad democrática la concepción del bien jurídico, debe deslindarse de intereses individuales, ya que la protección penal tiene un enfoque en intereses sociales por ser una rama de Derecho público. Mir (1994) “sostiene que ya que en el Estado social el derecho penal se justifica como sistema de protección social, los intereses puramente morales no pueden ser considerados bienes jurídicos” (citado por Szczaranski, 2012).

Ciertamente, el Estado social debe evaluar de manera consciente, cuales son los valores que merecen ser tutelados dentro de la organización social debido a su importancia, y aunque es necesario razonar acerca del contexto moral de cada sociedad, es menester ponderar los intereses de todo el conglomerado en comunidad, pues de esta manera se logrará consolidar los bienes jurídicos protegidos dentro de cada Estado.

Mir, 1994, citado por Szczaranski, 2012, comenta que; “entender el bien jurídico cómo interés o valor distinto de la realidad en que descansa, supone una espiritualización que conlleva a su evaporación por pérdida de anclaje en objetos concretos, las cuales no tienen capacidad de limitar la creación legislativa” (p. 1).

Los bienes jurídicos tienen que verificarse como intereses de gran relevancia en un contexto social determinado, pues lo que es apreciable para una sociedad, puede no serlo para otra, y es por ello, que se vuelve importante evaluar el entorno en que se consagra en la norma fundamental y es protegido por el Derecho Penal.

Mir (1994), insiste en que el bien jurídico importa al Derecho Penal en lo que concierne a una necesidad social, pues es precisamente esta rama del derecho quién se encarga de intervenir dentro del control social, resguardando los intereses más importantes dentro de cada Estado. Mir (1994) interpreta que:

A efectos de limitar aún más aquello que debe ser considerado bien jurídico, el autor sostiene que se requiere suficiente importancia social y que exista a su respecto necesidad de protección penal, debiendo tratarse de mandatos y prohibiciones fundamentales de la vida social y sin que sea suficiente con que se trate de un bien constitucional. (citado por Szczaranski, 2012, p. 1)

No obstante, Mir concluye que es necesaria la intervención tanto del Derecho Penal, como de la vía Constitucional, ya que la pena puede constituir una lesión de derechos, por lo tanto, es de vital importancia que ambas ramas del Derecho actúen frente a la afectación de este tipo de bienes, adecuando las penas de acuerdo al delito cometido, sin ir más allá de lo que corresponde castigar.

Mir Puig (2002), realiza un comentario acerca del actuar del derecho penal democrático, y asegura que este “debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan” (p. 142), es así que el autor evidencia la necesidad de que las penas tengan una proporcionalidad con el hecho cometido.

Según Mir Puig (2012), existen “dos enfoques posibles en la valoración de los intereses colectivos. Uno es contemplarlos desde el punto de vista de su importancia para el sistema social. Otro, valorarlos en función de su repercusión en los individuos (p. 209).”

La manifestación expresada por Mir (2012), integra dos enfoques, el primero es efectuado por un Estado de carácter autoritario, que posee como finalidad subordinar al individuo; y el segundo es adoptado por el Estado democrático, que prefiere tomar en cuenta intereses colectivos en la medida en que importen a la vida del colectivo.

Recapitulando, es necesaria la importancia social para que un bien deba ser protegido, sin embargo, es preciso que la intervención penal sea considerada dentro del ordenamiento como un instrumento de ultima ratio, debido a que otros medios de tutela como la vía

administrativa o civil, no son suficientes. Únicamente de esta manera se podrá elevar un bien al rango jurídico-penal (Mir, 2012, p. 215).

La idea central del autor, demuestra que el bien jurídico debe tener una trascendencia social para que sea merecedor de protección penal, y por lo tanto, el Derecho Penal actúe bajo el principio de exclusiva protección de los mismos, aplicando penas proporcionales a comportamientos contrarios a lo establecido en la norma, obteniendo así una convivencia social más pacífica y encaminada a la legalidad.

1.5. Posiciones contrarias a la teoría de los Bienes Jurídicos Protegidos.-

A continuación se evidenciarán dos criterios de la doctrina contrarios a la concepción de la teoría de los Bienes Jurídicos Protegidos, como finalidad del Derecho Penal. La posición de los siguientes autores, cuestiona la funcionalidad del concepto y el manejo que se posee acerca del mismo en la sociedad.

a) Günther Jakobs.-

El jurista y catedrático alemán, especializado en ciencias jurídicas y filosofía del derecho, Günter Jakobs, ha dedicado su preparación a la elaboración del postulado acerca del Derecho Penal del Enemigo, por lo que ha revelado su posición contraria a la teoría de los Bienes Jurídicos Protegidos. Es considerado uno de los principales detractores de dicha teoría.

El autor, considera a la sociedad como una institución normativa y por ello es una construcción de un contexto de comunicación (Szczeranski, 2012), “es decir, por medio de normas, las cuales son entendidas como expectativas normativas” (p. 1), que se manejan

dentro de los roles asignados a cada individuo por el simple hecho de pertenecer a una sociedad (Jakobs, 2000, p.76).

Cada individuo corresponde a una entidad determinada por normas, cuyo comportamiento no interesa al Derecho, en tanto conducta que ocasione o no algo, sino como una actuación que contiene un significado, significado que corresponderá desde el punto de vista jurídico-penal, a la vigencia de la norma. (Szczeranski, 2012)

El comportamiento que emana cada persona que convive en una sociedad, según Jakobs, deberá asegurar la expectativa normativa mediante actuaciones apegadas a lo que se ha establecido previamente en la norma, caso contrario, el Derecho actuará por quebrantamiento a la vigencia de la norma, más no por la lesión de un bien jurídico.

El profesor Jakobs, considera que el derecho penal no tiene como función la protección de bienes jurídicos, sino reafirmar la vigencia de la norma (Jakobs 2003), he inicia su propuesta, explicando que el Derecho Penal no protege bienes jurídicos de manera integral, sino que protege a uno, de las actuaciones aberrantes de otro.

Jakobs (2003), asegura que incluyendo a todos los bienes que deberían ser protegidos, se constatará que no todos ellos le interesan al Derecho Penal, y anota un ejemplo.

Jakobs (2003) menciona:

Los seres humanos mueren por las afectaciones que sus órganos presentan inevitablemente al alcanzar una edad avanzada... (...) [S]e dice, entonces, que la relevancia jurídica de los bienes es relativa, referida sólo a una determinada puesta en peligro. (...) [e]l derecho penal ya no garantiza la existencia de los bienes jurídicos en sí, sino sólo que las personas no ataquen esos bienes, y, de manera correspondiente, únicamente en esta medida se tratará de bienes jurídicos, por lo demás, de meros bienes que pueden perecer. (citado por Kierszenbaum, 2009, p. 198)

El autor destaca su postura al mencionar que aquellos bienes que no sean atacados por otras personas, no constituyen bienes jurídicos, sino meros bienes que podrían desaparecer, por lo cual, el Derecho Penal no avala la existencia de estos bienes, pero sí el ataque que pudiera ocurrirle a los mismos.

En efecto Jakobs (2003), anota; “la muerte por senectud es la pérdida de un bien, pero la puñalada del asesino es una lesión de un bien jurídico. El derecho penal no sirve para la protección genérica de bienes que han sido proclamados como bienes jurídicos”, sino para el ataque de los mismos (citado por Kierszenbaum, 2009, p. 198).

Es por ello que según el catedrático de Bonn, el derecho penal protege a los bienes jurídicos del ataque que un individuo pudiera efectuar hacia los mismos, pues de esta manera se estaría reafirmando la vigencia de la norma mediante la pena impuesta, y no aplicando el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, ya que no existe manera de protegerlos de sí mismos. Jakobs (1997), considera que:

Lo que constituye una lesión de un bien jurídico penal no es la causación de una muerte (ésta es simplemente lesión de un bien), sino la oposición a la norma subyacente en el homicidio evitable. El homicidio evitable tiene el sentido de una oposición a la norma subyacente en los delitos de homicidio, porque al autor se le hace responsable, a causa de su conocimiento (dolo) o cognoscibilidad (imprudencia), de haber elegido realizar el comportamiento que acarreará consecuencias en lugar de la alternativa inocua. (Jakobs, 1997, citado por Urquiza, 1998, p.1)

Jakobs (1997), considera que la norma tiene una función orientadora de comportamientos, y por ello, en el momento en que alguien actúa de manera contraria a lo estipulado, está causando un daño imputable, daño que le corresponde al Derecho Penal castigar.

Jakobs (2003) manifiesta lo siguiente: “se percibe que, en lugar de la afirmación de que el derecho penal persigue la protección de bienes jurídicos, también puede plantearse (...) que el derecho penal garantiza la expectativa de que no se produzcan ataques a bienes” (citado por Kierszenbaum, 2009, p. 199).

La línea argumentativa de Jakobs, parece que tiene una fuerte inclinación únicamente por la protección de bienes jurídicos, no obstante, el autor demuestra la existencia de tipos penales que no suponen una lesión de un bien jurídico, sino la falta de cumplimiento de un deber, o como lo denominaría la teoría de Niklas Luhmann, el abandono de un rol (Kierszenbaum, 2009, p. 199).

Kierszenbaum, 2009, interpretando a Jakobs, menciona que hay tipos penales en los cuales el sujeto activo no podría lesionar un bien jurídico, debido a su inexistencia, en todo caso, este sujeto tiene a su cargo su creación, o tal vez ni siquiera deberá crear un bien, sino incumplir con un rol. El autor presenta como ejemplo los delitos de los funcionarios públicos. Jakobs (2002) expresa la siguiente conclusión:

Sólo en un Estado con una administración de justicia segura podrá haber propiedad segura (...). Por ello es necesario proteger a la administración de justicia frente a los cohechos, a las prevaricaciones, etc. Pero cuando un juez comete prevaricación, no ha lesionado un bien existente en perfección e independiente de él con la denominación “correcta administración de justicia” sino que no ha generado aquella administración de justicia que debe existir. (Jakobs, 2002, citando por Kierszenbaum, 2009, p. 200)

Recapitulando, el jurista alemán, considera que el Derecho Penal pueda proteger bienes jurídicos, pero esa no puede ser su finalidad en sentido material, pues la verdadera función de este Derecho constituye en “mantener la confianza y el respeto a las normas esenciales de

convivencia y, así, se protegen los bienes jurídicos como elementos básicos del orden social” (Rodríguez, 2012, citando a Sánchez, 1997, p. 166).

Es entonces que el autor, plantea que la función del Derecho Penal, versa sobre la vigencia de la norma, pues únicamente de esta manera se puede lograr una sociedad estabilizada y operante dentro de la protección de normas que incluyen el bienestar social como finalidad suprema.

Jakobs (2003), manifiesta que “el Derecho penal debería limitarse a garantizar el “funcionamiento” de una sociedad gobernada por “normas”; o sea, en el Derecho penal estaría en juego, en primer lugar la *protección de normas sociales* y no la protección de “bienes jurídicos”” (citado por Abanto, 2013, p. 27).

b) Hans Welzel.-

El jurista y filósofo de derecho alemán Hans Wezel (1956), se hace presente en el estudio de la teoría de Bienes Jurídicos Protegidos, estableciendo que la protección de estos intereses es un objetivo indirecto del Derecho Penal, y por lo tanto, no constituye mayor importancia dentro de los fundamentos de esta rama del Derecho.

Según Welzel, “La protección mediata de los bienes jurídicos hace que su tutela no se presente frente a cualquier posible lesión, sino sólo frente a determinados modos de acuerdo al orden social” (Restrepo, 2010, p.137).

En efecto, el autor establece que no es posible una protección integral de los bienes jurídicos, pues, el Derecho Penal, no puede abarcar en su imaginario todas las actuaciones posibles que puede o no lesionar un bien, pero si adecuar parámetros de comportamientos mediante el control social, lo que facilitará que se cree un ambiente de respeto por el prójimo.

Es precisamente por esto, que la postura de Welzel, considera que el Derecho Penal está orientado a asignar un rol a cada persona inmersa en sociedad; Welzel (1970) “para el finalismo, la misión del derecho penal es proteger los valores elementales de la vida en comunidad” (citado por Urquiza, 1998, p.1).

“Para Welzel, la lesión de los bienes jurídicos indica sólo el desvalor del resultado, mientras que el desvalor de acción está dado por la lesión de la norma; y es en todo caso este último aspecto el que él privilegia” (Restrepo, 2010, p.137); con el postulado enunciado, el jurista indica que la finalidad del Derecho Penal está ligada con la afectación de la norma como tal, más no con la lesión de un bien.

De acuerdo al lineamiento del autor, el bien jurídico posee un enfoque secundario, ya que lo fundamental en la interacción de los seres en sociedad, son aquellos deberes éticos-sociales, ya que “«sólo asegurando los elementales valores sociales de acción se puede lograr una protección de los bienes jurídicos realmente duradera y eficaz»” (Welzel, 1970, citado por Urquiza, 1998, p.1).

En tal sentido, Welzel señala que al garantizar que los valores fundamentales dentro de la sociedad puedan ser respetados en la convivencia diaria, se estará protegiendo materialmente a los bienes jurídicos, de forma secundaria.

Welzel (1970), menciona que al castigar el Derecho, la inobservancia de los valores fundamentales dentro de la convivencia social con consciencia jurídica, se está protegiendo al mismo tiempo a los bienes jurídicos de acto, y establece un ejemplo:

La fidelidad al Estado está referida al bien del Estado; el respeto a la personalidad, a la vida, a la salud y al honor del prójimo; la honradez, a la propiedad ajena, etc. Sin embargo, la misión primaria del Derecho Penal no es la protección actual de bienes jurídicos. Más esencial que la protección de determinados bienes jurídicos concretos es la misión de asegurar la real

vigencia (observancia) de los valores de acto de conciencia jurídica. (Welzel, 1970, citado por Urquiza, 1998, p.1)

En síntesis, el jurista establece que la observancia de los valores fundamentales de la convivencia social, permite de manera accesoria la protección de bienes jurídicos, pero la misión real del Derecho Penal, consiste en asegurar la vigencia de la norma a través de comportamientos ligados a ella.

Welzel (1956), establece lo siguiente:

El mero amparo de bienes jurídicos sólo tiene una finalidad negativo-preventiva, policial-preventiva. En cambio, el papel más profundo que juega el derecho penal es de naturaleza positivo-ético-social proscribiendo y sancionando el apartamiento realmente manifestado de los valores fundamentales del pensamiento jurídico. (p. 3-4)

La idea central del contenido expuesto por el autor, se fundamenta en que la protección de bienes jurídicos se direcciona a una finalidad negativo-preventiva, cuando la naturaleza de los valores fundamentales, pretende fomentar que estos valores sean considerados de manera ontológica.

Al fomentar el Estado en sus ciudadanos el fortalecimiento del respeto en los valores positivos de acto, el Derecho Penal no asegurará bienes jurídicos mediante la imposición de sanciones por la vulneración de los mismos, sino que evidenciará la permanente fidelidad al derecho (Welzel, 1956, p. 4).

Welzel (1956), infiere que;

El derecho penal presta a esos bienes jurídicos amparo contra las posibles lesiones; no en forma absoluta, por cierto, pues todo bien jurídico forma parte de la vida social, y con ello es puesto en peligro dentro de ciertos límites (es suficiente recordar el grado considerable de lícito peligro para la vida en el tránsito moderno). (p. 6)

Por lo tanto, la protección de los bienes jurídicos solo se puede dar contra cierto tipo de agresiones, ya que el Derecho Penal, no podrá asimilar todas las formas en las que un bien jurídico puede ser lesionado, a pesar de su dinamismo. Es así que el autor, considera que: “los valores del acto de fidelidad, de obediencia, de respeto por la persona, etc., son de mayor aliento y llevan una mayor amplitud de miras que el mero amparo de bienes” (Wezel, 1956, p. 5).

1.6. Posición personal de la autora.-

Una vez analizado el posicionamiento de varios literatos jurídicos acerca de la teoría de los Bienes Jurídicos Protegidos, propuesta por Binding, he considerado oportuno mi pronunciamiento respecto a la misma, respaldando su fundamento desde la perspectiva garantista.

Personalmente pienso que la teoría en cuestión, posee una gran importancia dentro del contexto social. Como se ha evidenciado, los bienes que se pretende resguardar a través del derecho penal, constituyen un valor significativo dentro del desenvolvimiento cotidiano del ser humano.

El bien jurídico protegido, es necesario para que se efectúe de manera adecuada el funcionamiento en sociedad, considerando que la protección de estos intereses vitales, genera armonía y respeto en las relaciones interpersonales, sin dejar de lado al individuo como principal actor dentro esta interacción, ya que de este, y sólo de este se emanarán comportamientos que el derecho deba regular.

Otro de los puntos validos que me parece clave enfatizar, es especificar que los bienes jurídico protegidos dependen del entorno en donde emergen, pues como ya se ha mencionado con antelación, existe una diferencia notoria entre sociedades debido a su contexto histórico,

social, económico, político y cultural, por lo tanto, habrá bienes que merezcan resguardo en una determinada sociedad, y en otra no.

En esta línea, la teoría también puede ser entendida como una garantía frente al poder estatal, pues únicamente se podrá sancionar aquellas conductas que verídicamente lesionen los bienes jurídicos protegidos.

Es entonces que el daño social que se genera mediante la afectación de un interés fundamental para la convivencia social, deberá tener la intervención inmediata de la rama penal, pues al ser considerada una rama de ultima ratio dentro del ordenamiento jurídico, deberá tutelar los bienes de mayor relevancia social, más no intereses particulares malintencionados, como ya se ha visto en algunas ocasiones en Ecuador.

Respecto a la necesidad de la pena en la teoría de los Bienes Jurídicos Protegidos, el operador jurídico, deberá constatar todo lo relacionado con el contexto en que se ha cometido el acto típico, antijurídico y culpable, pues únicamente de esta manera se entenderá la necesidad de la pena dentro de las circunstancias en las que se llevó a cabo el suceso.

Ahora bien, se puede decir que las características que posee esta teoría, tienen como finalidad garantizar los derechos consagrados tanto en la normativa nacional como internacional acerca del trato que merece el ser humano en cuanto al debido proceso sin deslindarlo de su calidad de persona, como propone la teoría contraria.

Comparto el interés de esta teoría, en salvaguardar no solo los bienes jurídicos del colectivo, sino también los derechos fundamentales individuales de cada sujeto, es por eso que la actuación del Derecho Penal, tiene su fundamento en el daño provocado a terceros, pues éste pretende proteger los intereses fundamentales de la sociedad, estableciendo instrumentos adecuados en el direccionamiento de su actuación, evitando el abuso de poder.

Es precisamente, el Derecho Penal, la ciencia que se hace presente mediante estas actuaciones, ya que de esta manera se ve reflejada la competencia que tiene este tipo de Derecho para actuar en torno a la vulneración tanto de la norma, como de los intereses contenidos en ella.

Para finalizar, cuando se realiza la consolidación de un bien jurídico, es fundamental elaborar un análisis exhaustivo del contexto en que este bien será considerado como objeto de protección, pues, si la realidad es diversa a la promulgación del bien, este se desvalorizara y perderá objetividad al momento de ser estimado como tal, por parte del legislador y de la sociedad en cuestión.

1.7. Manifestaciones legislativas de la teoría de los Bienes Jurídicos Protegidos en Ecuador.-

En el siguiente punto a tratarse, se ha elegido la Seguridad Interna del Estado, como manifestación legislativa de la teoría de los bienes jurídicos protegidos dentro del ordenamiento ecuatoriano, esto, debido a la estrecha relación que mantiene este bien para el análisis del caso “Los 10 de Luluncoto”, en la presente investigación.

La protección que se le brinda al Estado, mediante el bien jurídico Seguridad, revela cuales son los componentes por los que existe dicho resguardo, y la verdadera esencia de considerar como bien jurídico a este tipo de seguridad.

1.6.1. Fundamento de la protección Estatal.-

El Estado constituye una organización política, que se ha conformado por la creación de diversas instituciones que ayudan al manejo y regulación de las conductas emanadas por el conglomerado social. Como menciona el jurista ecuatoriano García (1978), el Estado es la

sociedad estructurada política y jurídicamente, dentro de un determinado territorio, bajo una autoridad soberana e independiente.

“Este ser “ficticio” tiene también la calidad de persona jurídica o personalidad jurídica pues es sujeto de derechos, que se distingue de todas las demás personas jurídicas en el poder de imperium, como orden jurídico internamente coactivo” (Sacta, 2013, p. 24). El Estado al ser dotado de personalidad, posee voluntad exclusiva para la toma de decisiones respecto al funcionamiento adecuado de la sociedad bajo la cual rige su poder, por lo cual, requiere una esfera especial de protección.

La categoría de protección que se le brinda al Estado, versa sobre los intereses que posee el colectivo referente a la conservación del mismo, pues el Estado, al representar la entidad encargada de la organización política y jurídica que rige los mecanismos de actuación de cada uno de sus súbditos, se considera como un elemento fundamental para la estructura social y su desenvolvimiento pleno.

1.6.2. Seguridad (Pública) Interior del Estado.-

Dentro del concepto de Seguridad Interior del Estado, se engloban dos aspectos importantes:

Bajo el término Estado, la ley nos indica la persona a quien desea brindar protección y, al mismo tiempo, en parte, los intereses suyos que son objeto de tutela; bajo el término seguridad, se completa la referencia a esos intereses. (Solari y Rodríguez, 2010, p. 213)

El término seguridad, por su parte, posee un componente fundamental, ya que promueve la idea de continuidad de la organización social, siendo precisamente esta idea, la que el Derecho pretende asegurar mediante la protección del ente ficticio denominado Estado.

“La Seguridad es la ausencia de riesgo para la existencia del Estado. Daño que puede surgir tanto por factores externos como por factores internos que deseen atentar a su existencia, su paz y dignidad o a su funcionamiento” (Sacta, 2013, p. 24). Es así, que la seguridad representa la certeza que se le proporciona al Estado para su posible permanencia. El daño que pueda provocarse al Estado, lesionará su estabilidad y continuidad.

El término “seguridad interior alude a la proyección interna del Estado, esto es, a la subsistencia del régimen político y jurídico que se ha dado el grupo humano que sirve de sustento al Estado” (Solari y Rodríguez, 2010, p. 215).

En este sentido, la seguridad interior del Estado hace referencia al lugar de donde proviene la lesión a los bienes estatales que se pretende proteger, pues, el concepto de interior, revela aquellos intereses que el Estado resguarda dentro del funcionamiento interno del mismo.

1.6.3. Importancia de la determinación de bien jurídico protegido: Seguridad (Pública) Interior del Estado.-

La seguridad interior, en cuanto a bienes jurídicos, reconocen al Estado como único titular. En esta calidad, el ente actúa como individuo dotado de personalidad propia, en forma absolutamente independiente del cuerpo social y de las personas que detentan el poder en un momento histórico determinado. (Solari y Rodríguez, 2010, p. 216)

La acotación que realizan los autores Solari y Rodríguez (2010), compone un criterio importante en cuanto a la seguridad interior del Estado, pues, los juristas enfatizan que la consideración de este bien jurídico no deberá depender de los intereses particulares de preservación del gobierno de turno, sino de un contexto social anticipado.

Los autores Solari y Rodríguez (2010), precisan un carácter inmutable dentro de la seguridad del Estado como bien jurídico, ya que consideran que es conveniente que en los Códigos Penales se incluyan medidas que regulen circunstancias de carácter permanente, ya que la tipificación de ciertos comportamientos, no puede depender de personas o colectivos que temporalmente detenten el poder (p. 219).

De esta manera, se puede determinar que, aquellos delitos que se tipifiquen como una vulneración en contra de la seguridad del Estado como bien jurídico protegido, tienen que poseer una connotación de carácter objetivo, enfatizando que lo que se busca proteger mediante el resguardo de la seguridad estatal, son aquellos intereses de fundamental importancia para la preservación social.

Finalmente, es necesario establecer que tampoco pueden pertenecer al ámbito de delitos contra la seguridad interna del Estado, “aquellas conductas en las cuales existe una motivación de orden político” (Solari y Rodríguez, 2010, p. 222), pues como se ha manifestado con anterioridad, se vería distorsionado el principio de lesividad del bien jurídico protegido si se habla de perseguir comportamiento que únicamente le parecen inadecuados al régimen del momento.

1.6.4. Manifestaciones legislativas.-

Acerca de las manifestaciones legislativas, cabe decir que la teoría de Bienes Jurídicos Protegidos busca el resguardo normativo de estos intereses a través de la tipificación de delitos que atenten en su contra, es decir, aquellas conductas típicas antijurídicas y culpables que pretendan menoscabar el bien tutelado; serán consideradas delitos por su carácter punible.

Los tipos penales son una serie de oraciones gramaticales contenidas en normas penales que están ubicadas en la parte especial del Código Penal en la cual se hace la abstracta descripción objetiva y subjetiva de comportamientos vulneradores de bienes jurídicos. (Vega, 2016, p. 56)

El Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, tipifica los delitos de rebelión, grupos subversivos, terrorismo, delincuencia organizada, y asociación ilícita, como conductas atentatorias en contra de la Seguridad del Estado. El análisis de estos comportamientos sancionados a través de la codificación penal, direccionarán el curso del planteamiento legislativo hacia la seguridad interna del Estado como bien jurídico protegido, y a su importancia dentro del caso “Los 10 de Luluncoto”.

a) *Delito de rebelión.-*

El delito de rebelión es considerado como la acción “contra el orden público, penado por la ley (...), consistente en el levantamiento público y en cierta hostilidad contra los poderes del Estado, con el fin de derrocarlos” (RAE.es, 2019). El objetivo de este tipo de comportamientos violentos, se encuentra en perjudicar el orden constitucional previamente establecido.

El Código Orgánico Integral Penal (2014), establece en su artículo 336, el siguiente delito en relación con la rebelión;

Art. 336.- Rebelión.- La persona que se alce o realice acciones violentas que tengan por objeto el desconocimiento de la Constitución de la República o el derrocamiento del gobierno legítimamente constituido, sin que ello afecte el legítimo derecho a la resistencia, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La persona que realice uno o varios de los siguientes actos, será sancionado con pena privativa de libertad de siete a diez años.

1. Se levante en armas, para derrocar al gobierno o dificultar el ejercicio de sus atribuciones.
2. Impida la reunión de la Asamblea Nacional o la disolución.
3. Impida las elecciones convocadas.
4. Promueva, ayude o sostenga cualquier movimiento armado para alterar la paz del Estado.

(COIP, 2014, art. 336)

- Bien jurídico protegido: Seguridad pública (interior).
- Objeto material fenomenológico: Constitución de la República, Gobierno Legítimo, Asamblea Nacional, Estado.
- Verbo rector compuesto disyuntivo: Alzar o realizar.
- Verbo rector complementario: Desconocer, derrocar, levantar, impedir, promover.

Bajo la concepción de la teoría de los bienes jurídicos protegidos, el mencionado artículo precautela la seguridad pública del Estado, mediante la tipificación de conductas que atenten contra la organización preestablecida del mismo. Se trata de una protección específica acerca de ciertos componentes fundamentales para el desarrollo del Estado Democrático, mismos que se podrían ver afectados por el cometimiento del delito. Es por eso, que se ha decidido visualizar el objeto material fenomenológico del tipo penal.

El objeto que hace referencia a la Constitución de la República, al Gobierno Legítimo, a la Asamblea Nacional y al Estado, es considerado como “aquel fenómeno jurídico, natural o social sobre el cual se concreta la violación del interés jurídicamente protegido y al que se refiere la acción u omisión del sujeto activo” (Reyes, 1981, citado por Vega, 2016, p.61).

Con respecto a la conducta típica del delito de rebelión, se estructura sobre la base del verbo rector “alzarse” (...), que según Muñoz Conde “equivale a levantarse, desobedeciendo o resistiendo colectivamente a alguien, en este caso al Poder legítimamente constituido. (Muñoz 1996, citado por Ocrospoma, 2008, p.8)

Es así que el enfoque de esta teoría propone la constatación a cabalidad de la conducta alzarse en contra del gobierno legítimo, para proceder con la intervención penal respectiva, de otra manera no se estaría cumpliendo con los estándares propuestos para su debida aplicación.

Al igual que la mínima intervención penal, otra de las características con la que cuenta la teoría de los bienes jurídicos, es verificar el nexo causal existente entre la acción y el daño producido al bien jurídico, pues solo así, se corroborará la existencia del principio de lesividad como presupuesto de la punibilidad.

Para la imposición necesaria de la pena, peculiaridad también de la teoría en cuestión, se deberá comprobar de forma sólida que han existido todos los elementos estructurales del tipo, tales como; el sujeto pasivo afectado, el bien jurídico tutelado, y los verbos rectores alzar, realizar, desconocer, derrocar, levantar, impedir o promover.

El Estado ecuatoriano, como ente democrático de derechos y justicia, deberá ser partícipe de manera adecuada en el momento de garantizar el cumplimiento del proceso penal, pues si no se encuentra justificación alguna para la aplicabilidad de una sanción, se habrá entorpecido el funcionamiento del aparataje judicial.

b) *Grupos Subversivos.*-

Se denomina como grupos subversivos, al conjunto de personas que persiguen como fin subvertir la institucionalidad de un Estado tomando como recurso el uso de la fuerza y violencia. “La actividad subversiva consiste en ofrecer ayuda y apoyo moral a grupos, individuos u organizaciones que incentiven el derrocamiento de gobiernos constitucionales” (Ucha, 2010, p. 1).

El artículo 349 del Código Orgánico Integral Penal (2014), describe el tipo de grupos subversivos;

Art. 349.- Grupos subversivos.- La persona que promueva, dirija o participe en organizaciones armadas, comandos, grupos de combate, grupos o células terroristas, destinadas a subvertir el orden público, sustituir las fuerzas armadas y policía nacional, atacarlas o interferir su normal desempeño, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. (COIP, 2014, art. 349)

- Bien jurídico protegido: Seguridad pública (interior).
- Objeto material fenomenológico: Orden público, Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
- Verbo rector compuesto disyuntivo: Promover, dirigir o participar.
- Verbo rector complementario: Subvertir, sustituir, atacar, interferir.

De acuerdo a la teoría de los bienes jurídicos protegidos, la protección de los bienes valiosos para la estabilidad y funcionamiento social, en este caso la seguridad pública del Estado, se vuelve una tarea necesaria para el Derecho Penal. Como menciona el catedrático Mir (1989), “la importancia del bien merecedor de tutela jurídico – penal ha de estar en consonancia con la gravedad de las consecuencias propias del Derecho penal (p. 209)”.

Precisamente, el bien jurídico al que se hace mención, constituye la seguridad del conglomerado social, pues la subversión del orden público perjudica el ambiente de todo un Estado, por ende, la pena deberá tener “consonancia” con los comportamientos desafiantes de los grupos delictivos.

Al respecto, las características de esta teoría deberán cumplirse reflejando la pertinente armonía que requiere el nexo causal de lo cometido, tomando en cuenta los elementos estructurales del tipo y las garantías de un Estado de Derecho.

c) *Delito de Terrorismo.*-

En la actualidad no se ha logrado concretar una definición unánime de lo que constituye el terrorismo. Sin embargo, con el fin de acordar significados, se ha tomado en cuenta la siguiente designación.

Según Calduch (2001), el terrorismo es;

Una estrategia de relación política basada en el uso de la violencia y de las amenazas de violencia por un grupo organizado, con objeto de inducir un sentimiento de terror o inseguridad extrema en una colectividad humana no beligerante y facilitar así el logro de sus demandas. (Calduch, 2001, citado por Kreibohm, 2002, p. 3)

Es decir, se trata de una organización previa al cometimiento del delito, ya que mediante el uso de la violencia planificada, determinado grupo pretende infundir malestar y terror en la población.

El Código Orgánico Integral Penal (2014), menciona en su artículo 366, el siguiente delito en relación con el terrorismo;

Artículo 366.- Terrorismo.- La persona que individualmente o formando asociaciones armadas, provoque o mantenga en estado de terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o pongan en peligro las edificaciones, medios de comunicación, transporte, valiéndose de medios capaces de causar estragos, será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años, en especial si: (COIP, 2014, art. 366)

Numeral 9. La persona que entregue, coloque, arroje o detone un artefacto o sustancia explosiva u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura, con

el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales a las personas o con el fin de causar una destrucción material significativa. (COIP, 2014, art. 366)

- Bien jurídico protegido: Seguridad pública (interior).
- Objeto material fenomenológico: Vida, integridad física, libertad.
- Verbo rector compuesto disyuntivo: Provocar, mantener, entregar, colocar, arrojar, o detonar.
- Verbo rector complementario: Poner, causar.

En esta línea, el jurista Gustavo Pérez Ramírez (2013), se pronuncia respecto a la definición del tipo penal terrorismo en Ecuador.

Una definición demasiado amplia puede llevar a la creación de un estado de excepción permanente, lo que constituye un peligro para la democracia y daño moral que se hace a las personas por una utilización inadecuada de los conceptos, con consecuencias psicológicas y sociales graves. (Pérez, 2013, citado por Enríquez, 2014, p. 13)

Es decir, la tipificación de conductas que no constituyan una concepción clara y precisa del tipo delictivo, da pie para falsas interpretaciones, provocando inseguridad jurídica, y deteriorando la relación Estado – persona, pues el daño moral que puede ocasionarse por la amplitud de definiciones, no representa la protección de bienes jurídicos, sino un uso ilimitado de las facultades estatales.

El pensamiento al que se direcciona la teoría de los bienes jurídicos protegidos, radica en la esfera de protección que se le brinda a un interés fundamental para el desarrollo de la sociedad, pero también se enmarca en los parámetros de legalidad que deben cumplirse en el momento de la sanción, acordando de manera precisa el tipo penal y el contexto social.

Se puede observar dentro de la estructura del delito en relación con el terrorismo, que el bien que se protege mediante la sanción de conductas atentatorias, es la seguridad del

Estado. Estableciendo que los sujetos que aspiren a realizar cualquier tipo de acto delictivo contra la seguridad colectiva de las personas, grupos humanos, o sus bienes, tendrá como medida condenatoria la pena privativa, y la imposición de un pago pecuniario.

En efecto, se evidencia como a través de un enfoque proteccionista por parte del Estado, se busca precautelar su seguridad, instituyendo varias conductas que pueden llegar a manifestarse como una vulneración ante el poder estatal. La persona que individualmente o conformando organizaciones busque quebrantar el orden establecido, poniendo en peligro la vida, la integridad física o la libertad de la comunidad, será sancionada.

La naturaleza política del terrorismo no resulta, sólo o primordialmente, de sus móviles u objetivos, sino del hecho mismo de que constituye una forma de relación; relación que está destinada a alterar, sustantivamente, el orden de la convivencia y de las normas básicas de la conducta social y que, por lo tanto, afecta a la esencia misma de la política, cuya función última es la instauración y el mantenimiento de una determinada organización de la sociedad. (Kreibohm, 2002, p. 3-4)

Como lo menciona la autora Kreibohm (2002), efectivamente, el cometimiento de este delito tiene como objetivo alterar el orden y la normas previstas como correctas dentro del parámetro social, lo que genera una afectación directa a la institucionalización organizada del Estado.

Finalmente, para la correcta aplicación del tipo, como ya se ha mencionado, será primordial evaluar de qué manera se ha concretado el delito terrorismo, y cómo se ha provocado estado de terror en la sociedad mediante los comportamientos violentos descritos. La mínima intervención penal, la lesividad y la necesidad de la pena, deberán tomarse en cuenta en el momento de considerar la teoría de bienes jurídicos, dentro del Estado de Derecho, pues, estas características facilitarán la evidencia respecto a la afectación concreta del bien en cuestión.

d) *Delincuencia organizada.*-

La delincuencia organizada, es considerada como, “toda organización creada con la finalidad expresa de obtener y acumular beneficios económicos a través de su implicación continuada en actividades predominantemente ilícitas y que asegure su supervivencia en diligencias, funcionamiento y protección mediante el recurso de la violencia (...)” (Corte Ibañez, 2010, citado por Sosa, 2015).

Como se puede deslindar de la definición acotada, la delincuencia organizada tiene como finalidad la obtención de beneficios mediante el cometimiento de actividades delictivas. En Ecuador, el Código Orgánico Integral Penal (2014), detalla la delincuencia organizada en su artículo 369;

Art. 369.- Delincuencia Organizada.- La persona que mediante acuerdo o concertación forme un grupo estructurado de dos o más personas que, de forma permanente o reiterada, financien de cualquier forma, ejerzan el mando o dirección o planifiquen las actividades de una organización delictiva, con el propósito de cometer uno o más delitos sancionados con pena privativa de libertad de más de cinco años, que tenga como objetivo final la obtención de beneficios económicos u otros de orden material, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años. (COIP, 2014, art. 369)

- Bien jurídico protegido: Seguridad pública (interior).
- Verbo rector compuesto disyuntivo: Formar, financiar, ejercer, o planificar.
- Verbo rector complementario: Acordar, concertar, cometer.

Es entonces, que la delincuencia organizada, se encuentra configurada por un tipo de jerarquía que dirige a las personas inmersas en la planificación de actividades ilícitas. Constituyendo una “organización con una fuerte cohesión interna” (Chauca, 2019, p. 28).

Al considerar la teoría de los bienes jurídicos como una categoría de importancia dentro de la vida social, el legislador contempla la necesidad de establecer parámetros de actuación al ser social, orientando esta actuación a la no lesión de los bienes jurídicos, pues a través de esta manera el Estado mediante su imperio de poder decide cuales son las leyes optimas que se deben implementar en el caso de la lesión del bien jurídico protegido.

Desde esta perspectiva, si se ha constatado la lesión del bien jurídico protegido seguridad pública del Estado, mediante el cometimiento de delitos “sancionados con una pena privativa de libertad de más de cinco años, que tenga como objetivo final la obtención de beneficios económicos u otros de orden material” (COIP, 2014, art. 369), por parte de una organización delictiva; la consecuencia de esta afectación será la intervención inmediata del Derecho Penal con la aplicación de una pena conforme a los parámetros del debido proceso.

e) *Asociación ilícita.*-

El delito de asociación ilícita es considerado de manera imprecisa, ya que conlleva a la confusión con diversas nominaciones en el ámbito jurídico penal. Esta se visualiza con frecuencia dentro de los procesos judiciales, “siendo un delito al que se suele acudir en forma indiscriminada para juzgar todos los casos en los cuales no está claro el tipo penal que ha cometido el infractor”. (Chauca, 2019, p. 66)

A pesar de las varias definiciones que se le han otorgado a este delito dentro de la dogmática penal, se ha considerado como acertada la siguiente;

Cuando tres o más personas se ponen de acuerdo, en forma organizada y permanente, para cometer delitos, y dicha organización tiene carácter estable, existiendo además un vínculo de comunidad y pertenencia entre sus miembros, se está en presencia de una asociación ilícita. (Cornejo, 2001, citado por Chauca, 2019, p. 67)

Sin embargo, la tipificación de este tipo penal en la legislación ecuatoriana, denota simplicidad en la categorización de la infracción, es por eso que surgen las posibles confusiones al momento de aplicar el artículo. El Código Orgánico Integral Penal (2014), manifiesta en su artículo 370, la descripción de asociación ilícita.

Art. 370.- Asociación Ilícita.- Cuando dos o más personas se asocien con el fin de cometer delitos, sancionados con pena privativa de libertad de menos de cinco años, cada una de ellas será sancionada, por el solo hecho de la asociación, con pena privativa de libertad de tres a cinco años. (COIP, 2014, art. 370)

- Bien jurídico protegido: Seguridad pública (interior).
- Verbo rector compuesto: Asociar, cometer.

Uno de los principales fundamentos que versan dentro de la teoría de los bienes jurídicos protegidos, es precisamente la de establecer con claridad cuál es el bien jurídico que se pretende proteger, determinando los elementos de su posible lesión para instaurar de manera concreta el tipo delictivo.

El bien jurídico tendría un principio de garantía cognitiva, ya que a través de él todos debieran saber qué es lo que el sistema jurídico protege y ese conocimiento posibilita que el bien jurídico sea crítico, porque así es posible revisar los fundamentos de la criminalización. (Carrasco, 2015, p. 245)

Se ha entendido como bien jurídico afectado la seguridad pública del Estado, ya que, la asociación ilícita está presente dentro de los delitos contra la estructura del estado constitucional del Capítulo Sexto del Código Orgánico Integral Penal. La participación en una asociación para la comisión de delitos “sancionados con pena privativa de libertad de menos de cinco años” (COIP, 2014, art. 370), obtendrá como resultado la pena privativa de libertad.

De acuerdo con la teoría de los bienes jurídicos protegidos, la intervención penal deberá ser sumamente minuciosa al momento de catalogar la infracción que se ha cometido dentro de la

participación criminal, justamente para evidenciar cual sería la afectación al bien jurídico, y si cabe o no la imposición de una pena.

Es preciso mencionar que en este delito en específico, el legislador no ha procurado detallar cuáles son los elementos estructurales del tipo, dejando así un peligroso vacío dentro de la normativa penal. La problemática se presenta por la indeterminación de la conducta delictiva, lo que podría dar trámite para que se realice una manipulación a la hora de administrar justicia, algo que se ha evidenciado en Ecuador.

En concordancia, para finalizar este tema, se puede manifestar que lo protegido en este tipo de delitos, es la permanencia del Estado como entidad suprema. Al considerar el bien jurídico Seguridad Pública del Estado como un producto social, este dependerá de aquellas realidades sociales, económicas y políticas por las que atraviere el mismo, ya que podría surgir “la injusticia del derecho penal, que se produce cuando las posiciones dogmáticas encubren ideológicamente el objeto de protección” (Carrasco, 2015, p. 246).

Es entonces, que los bienes jurídicos podrían ser como se pretende realidades sociales, o intereses particulares en donde se forjaría la discusión.

CAPÍTULO II

TEORÍA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

“El observador lego supone ingenuamente que el mundo es exactamente como lo ve.

Acepta el testimonio de la percepción visual sin criticarlo. No reconoce que su percepción visual esta mediada por sistemas de deducción indirectos”

Campbell y Herskovitz

2.1. Antecedentes.-

A través de la historia, desde el inicio de la sociedad, el ser humano se ha distinguido por la necesidad de agrupación dentro de un mismo entorno, conglomerado que con el paso del tiempo, regularía los comportamientos de los integrantes mediante el control social, dando paso a que se generen instituciones jurídicas, políticas, económicas y sociales, que adviertan el camino adecuado de dicho comportamiento.

Las conductas, la costumbre, y las prácticas que son adoptadas por los seres que habitan en sociedad, se encuentran comprometidas en mantener el orden dentro de los parámetros establecidos. El interés de las personas inmiscuidas en este orden, se basa en adoptar un comportamiento dirigido a la supervivencia, los parámetros que se imponen en cada una de las sociedades pueden estar condicionados a normas, leyes, deberes, valores, y creencias.

A pesar de que cada Estado pueda tener una percepción distinta acerca de las actuaciones que sus súbditos deben tener para pertenecer al mismo, es necesaria la instauración de instituciones jurídicas fundamentales para el desarrollo en sociedad.

Una de las instituciones jurídicas conocidas a lo largo de los años por comprometerse con el fortalecimiento de la sociedad, vigilando el comportamiento de la persona, es el Derecho Penal. Esta rama del derecho expresa mediante su ordenamiento el alcance de las conductas emanadas por el ser humano, teniendo como principal finalidad mantener la vigencia de la norma, importante para preservar el control social.

Luhman, define al control social como:

La condición básica de la vida social, pues a través de él se asegura el cumplimiento de las expectativas de conducta y los intereses contenidos en las normas que rigen la convivencia, confirmándolas y estabilizándolas contrafácticamente, en caso de su fluctuación o incumplimiento, con la respectiva sanción impuesta en una determinada forma o procedimiento. (citado por Muñoz Conde, 1999, p. 36)

Se puede evidenciar dentro del concepto seleccionado, que el cumplimiento de las conductas que se espera de una persona que vive en un entorno social, asegure la convivencia, y que cualquier tipo de incumplimiento frente a la norma tendrá una sanción respectiva. Por ello, es importante que las personas que se encuentran sometidas a un ordenamiento jurídico determinado, tengan en cuenta que existen ciertos actos que quebrantan la vigencia de la norma y que al hacerlo en seguida el derecho actuará.

A lo largo de los años el Derecho Penal se ha caracterizado por ser un foco de estudio bastante amplio, se ha llegado a considerar que dentro de este mismo derecho coexisten varias teorías, una de ellas y del cual se desprende el presente capítulo es, el Derecho penal del enemigo.

La teoría del Derecho Penal del enemigo surge para evidenciar las divisiones ocultas del derecho penal, esta teoría y su concepto particular fue emitido por el catedrático y jurista alemán Günther Jakobs (1985), el autor señala que a partir de estudios y análisis acerca de la

aplicación de ordenamientos jurídicos que gobernaban en la época, pudo reflejar que dentro de los regímenes penales se encontraban inmersas dos claras distinciones, un trato para ciudadanos y otro distinto para los considerados enemigos.

Jakobs, (citado por Rodríguez, 2014), menciona que, estamos frente a un enemigo cuando hablamos de: “aquel que en forma presuntamente verdadera ha abandonado el derecho, que no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva de su comportamiento personal, y que lo manifiesta explícitamente con su conducta” (p. 17).

Se concluye entonces que, los llamados enemigos son considerados fuente de peligro para el derecho debido a un comportamiento que pretende desestabilizar la norma, y por lo mismo, este tipo de personas han decidido autoexcluirse de la sociedad a través de conductas negligentes.

Pese a que el estudio y razonamiento de Jakobs dio un giro en la concepción del Derecho penal, anteriormente varios conocidos autores habían evidenciado levemente que dentro de una misma sociedad existían dos clases de personas que la conformaban, aquellos que cumplen la norma, y aquellos que la transgreden, y por ello, es necesaria su eliminación. Santo Tomás de Aquino menciona algo al respecto.

Todo poder correctivo y sancionario proviene de Dios, quien lo delega a la sociedad de hombres; por lo cual el poder público está facultado como representante divino, para imponer toda clase de sanciones jurídicas debidamente instituidas con el objeto de defender la salud de la sociedad. De la misma manera que es conveniente y lícito amputar un miembro putrefacto para salvar la salud del resto del cuerpo, de la misma manera lo es también eliminar al criminal mediante la pena de muerte para salvar al resto de la sociedad. (Aquino, 1978, p. 448-449)

Lo expuesto por Santo Tomás de Aquino permite realizar una vinculación con lo manifestado por el jurista Jakobs acerca de los denominados enemigos, ciertamente se pretende distinguir entre ciudadanos y sujetos que dejan de pertenecer a la sociedad a causa de una actitud errónea.

En este sentido, se puede establecer que los llamados enemigos deciden abandonar el derecho porque sus actuaciones no garantizan ningún tipo de seguridad cognitiva en el entorno en el que se encuentran. Los enemigos con el paso del tiempo se han ido visualizando de manera más imponente, de cierto modo, se pueden identificar en la historia antecedentes existentes de la teoría del derecho penal del enemigo, no obstante, en la actualidad también se vislumbra una cara del derecho penal que no está expuesta al cien por ciento, ya que se esconde entre las grandes garantías del Estado de Derecho.

Es importante destacar que los antecedentes enunciados acerca de la teoría del derecho penal del enemigo, visualizan la latente necesidad de la sociedad por generar un desarrollo en cada una de las instituciones jurídicas penales, mismas que colaboran para la evolución tanto del ser humano como de su entorno.

Justamente el Derecho Penal se ha ido manifestado a través del tiempo con cambios en cuanto al dinamismo del ser social, y la teoría mencionada, ha estado presente como una tendencia en su aplicación para combatir la peligrosidad.

2.2. Concepto.-

La teoría del Derecho Penal del enemigo impulsada por el catedrático Günther Jakobs, manifiesta la presencia de dos polos del derecho penal, el del ciudadano, y el del enemigo. Mediante un estudio descriptivo de varios ordenamientos jurídicos, el autor

comenta que no existe una normativa particular para enemigos y otra para ciudadanos, pero delimita por qué ambas teorías se encuentran plasmadas en el Derecho Penal.

A lo largo de los años esta teoría se ha ido construyendo desde una posición más dominante en base a criterios, comentarios, y análisis de personas allegadas al derecho. A continuación, analizaré varias observaciones emanadas por conocedores del tema, las cuales expresan el concepto en el que se enmarca el enemigo, mismo que transitó inicialmente por la calidad de ciudadano.

Según la descripción de Jakobs enemigos:

Son aquellos individuos que con su actitud, su vida económica o mediante su incorporación a una organización delictiva, de manera permanente, se han apartado del Derecho en General y del Penal en particular; por lo que no garantizan la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento conforme a derecho. (Gracia, 2005, p. 7)

El autor hace una explícita advertencia acerca de los individuos denominados enemigos, que a causa de una conducta que transgredió el derecho, se han apartado del mismo, lo que evidencia, que carecen de seguridad cognitiva, misma que ha sido reflejada a través de su comportamiento desafiante, y potencialmente criminal.

Este tipo de individuos que vulneran la seguridad del derecho, no pueden ser considerados ciudadanos, ya que las personas que pertenecen a un Estado, están conscientes de lo importante que es asegurar la vigencia de la norma mediante su adecuada conducta en sociedad, por lo expuesto, se puede visualizar que este problema no se podrá dirimir por el derecho penal tradicional o del ciudadano, sino por la caracterización de un derecho penal del enemigo.

El Derecho penal del enemigo es Derecho en otro sentido. Ciertamente, el Estado tiene derecho a procurarse seguridad frente a individuos que reinciden persistentemente en la

comisión de delitos; a fin de cuentas, la custodia de seguridad es una institución jurídica. Más aún: los ciudadanos tienen derecho a exigir del Estado que tome las medidas adecuadas, es decir, tienen un derecho a la seguridad. (Jakobs y Cancio, 2003, p. 32)

Según lo expuesto en el párrafo anterior, se puede demostrar que el uso del derecho penal del enemigo, es una “facultad potestativa” del Estado, en caso de sentirse amenazado por el cometimiento reiterativo de delitos por parte de individuos peligrosos. De esta forma se puede decir que, el derecho penal del enemigo pretende ser un derecho autónomo, y no está del todo alejado del Derecho penal tradicional en cuanto a la vigilancia y cumplimiento de la norma, pero actúa de manera radical para que ese tipo de actos no se vuelvan a cometer, imponiendo una pena rigurosa al enemigo.

De igual manera se menciona que los ciudadanos inmersos en un Estado de Derecho, deben demandar al mismo para que tome las medidas necesarias con el fin de asegurar su protección, teniendo en cuenta, que las personas que se rigen bajo los parámetros normativos, poseen la calidad de ciudadanos, y por ende, sus deberes y derechos son totalmente exigibles.

Es menester indicar, que varios autores sostienen que enemigo, es aquel que ha incumplido con el contrato social, contrato al que determinado grupo ha decidido someterse, y que tiene como finalidad dejar de lado ciertas libertades para poder pertenecer a un Estado, mismo que exigirá derechos y obligaciones por parte de los contrayentes.

Rousseau (1978), menciona que la esencia del pacto o contrato social se da porque “cada cual pone en común su persona y su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro es considerado como parte indivisible del todo” (p.55).

La convivencia en sociedad, radica en el interés común. Sus habitantes se sienten comprometidos en mantener un comportamiento que se adecue a las leyes de cada Estado, este tipo de normativa busca encaminar al ser humano para su desarrollo. El sometimiento

hacia las normas que cada régimen maneja, se orientan a la conveniencia general, por ello, cuando el denominado enemigo quebranta la norma, el Estado, en su afán de protección procede con la aplicación de una pena.

Elías Neuman (2004), reflexiona respecto al incumplimiento del contrato social, y menciona que los hombres que delinquen, lo hacen porque no se sienten en una condición de igualdad frente a los demás, por ello, realizan actos moralmente reprochables, y jurídicamente sancionables.

De esta manera se hace posible el cuestionamiento acerca del alcance del poder Estatal para combatir el peligro en casos necesarios, claramente se puede hablar de diferentes características en el accionar de cada enemigo, pero surge la duda; ¿estos individuos son enemigos innatos, o el Estado les ha privado de un contrato social en igualdad de condiciones?.

Sin embargo, Rosseau (1978), comenta que;

Cada individuo puede, como hombre, tener una voluntad contraria o desigual a la voluntad general que le distingue como ciudadano. Su propio interés puede aconsejarle de manera completamente distinta de la que le indica el interés común; su existencia absoluta y naturalmente independiente puede colocarle en franca oposición con lo que debe a la causa común. (Rosseau, 1978, p.59)

Lo expuesto por Rosseau, demuestra que, cualquier persona puede en algún momento actuar fuera de la causa común si su pensamiento es contrario a lo establecido, por ende, dependerá de su decisión el seguir perteneciendo a un Estado.

Cuando el individuo decide por cuenta propia, a pesar de lo reglado por el Derecho, ir en contra del bienestar de toda una sociedad, tendrá que asumir las consecuencias de

deslindarse del pacto social, y según la teoría del Derecho penal del enemigo su calidad dejará de ser la de un ciudadano porque ha delinquido.

La caracterización del delincuente en vinculación con la sociedad se expresa por medio de esta cita proporcionada por Jakobs: “el delincuente infringe el contrato, de manera que ya no participa de los beneficios de este; a partir de este momento, ya no vive con los demás dentro de una relación jurídica” (Jakobs y Cancio, 2003, p. 26).

En el momento en que el individuo perteneciente a un entorno donde se exige el cumplimiento de ciertas conductas para ser parte del mismo, incumple lo pactado, se desprende automáticamente de los beneficios que dicho contrato pudo haberle proporcionado.

Es de suma importancia visualizar varios puntos de vista acerca del concepto del Derecho penal del enemigo, porque únicamente de esta manera, se puede comprender, cuál es la esencia del denominado enemigo y revelar el trasfondo de su comportamiento carente de seguridad cognitiva.

Según Hans Kelsen (1960), un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas (p. 25).

Kelsen propone que solo aquellos que tienen una conducta que se encuadra a las normas propuestas por un orden, se encuentran sometidos. También el autor comenta acerca de la eficacia de la norma, por lo que se entiende que una norma cumple con el parámetro de eficaz siempre y cuando sea obedecida, y aplicada por las personas que integran una misma sociedad.

Entonces, el concepto puede dar a entender que los individuos que no se conforman con las normas preestablecidas, pueden ser considerados enemigos, ya que no desean acatar lo estipulado por el Derecho, ni pensar en la satisfacción común.

Es preciso mencionar que el término enemigo no debe interpretarse de manera peyorativa, según Jakobs, quien menciona que “un Derecho Penal del enemigo al menos implica un comportamiento desarrollado con base en reglas, en lugar de una conducta espontánea e impulsiva” (Jakobs y Cancio, 2003, p.32).

Jakobs dice, que cuando se habla de delincuentes, se puede divisar dos clases; aquellas personas que contravienen la norma porque cometieron un error, o individuos que debido a su peligrosidad pueden terminar destruyendo el ordenamiento, en la segunda clase, es necesario usar la coacción frente a una posible desautorización del Derecho.

En este sentido, se puede descartar que la primera clase de personas, sean tratadas como ciudadanos porque tienen la capacidad de brindar una seguridad cognitiva en su comportamiento personal, como ya se enunció, han cometido un error. La segunda clase al contrario, son individuos que carecen de seguridad cognitiva, y por lo tanto, pueden poner en peligro la construcción de un ordenamiento.

En este punto, es importante observar la diferencia existente entre derecho penal del enemigo, y derecho penal del autor. A pesar de que pueda prestarse a malas interpretaciones en ciertos casos, se hace referencia a dos modelos distintos. El primer derecho penal concierne a un individuo que debido a sus actos se ha declarado enemigo de la norma, y en el segundo, se hace alusión a una personalidad peligrosa.

Rodríguez (2014), hace una breve, pero concisa descripción, acerca de la diferencia entre ambos modelos de derecho penal:

En el Derecho Penal de Autor se trata como “autor” precisamente a quien se lo considera como tal por encarnar la figura misma de autor. Pero se lo considera autor tal cual lo es en el Derecho Penal: responsable de antemano, sin verificar sus actos o conductas. Mientras tanto, en el Derecho Penal del Enemigo, al enemigo no se lo considera autor, por lo tanto responsable, sino que simplemente se lo considera peligroso. (p. 169)

La institución del Derecho Penal del enemigo hace énfasis en la peligrosidad del sujeto, su intención es visualizar de manera futura, cuáles pueden ser las medidas correspondientes para evitar que se produzca un daño en la norma y por ende, en el entorno en el que se encuentra sumergido el denominado enemigo.

Jakobs (2006), considera la necesidad del Estado de imponer un castigo a las personas potencialmente peligrosas, es decir, no se cometía un delito sino que se prevenía su cometimiento.

Analizar cómo el estado puede determinar qué tipo de personas pueden ser potencialmente temerarios en sociedad, es un tema interesante. Jakobs (2003), dice que “el ordenamiento jurídico reacciona frente a ese tipo de criminalidad, no compensando un daño a la vigencia de la norma, sino eliminando un peligro” (citado por Landaverde, 2015).

Dentro del análisis, se comienza a manifestar que la finalidad de este tipo de Derecho, es precautelar la vigencia de la norma mediante la eliminación de individuos peligrosos que dejan de lado la seguridad y el bienestar del conglomerado social.

Al parecer la teoría del Derecho penal del enemigo, es una norma de carácter especial, porque engloba varios criterios para constatar que el sujeto que se menciona, es necesariamente un enemigo social, varios autores señalan que la manera correcta de encaminar a estos individuos, es la coacción del Derecho.

Cuando se presenta una desautorización de la norma, enseguida es fundamental la aplicación de una pena, de otra manera, nadie estaría obligado a cumplirla. “Se denomina Derecho al vínculo entre personas que son a su vez titulares de derechos y deberes, mientras que la relación con un enemigo no se determina por el Derecho, sino por la coacción” (Jakobs y Cancio, 2003, p. 25-26).

Se comenta que la coacción puede ser más imponente dentro del Derecho penal, porque somete, vigila y protege al ciudadano que busca cumplir a cabalidad lo que engloba el Derecho, el método de ejercer coacción deriva de la preocupación ante la latente inseguridad proporcionada por los denominados enemigos, que con su actuar pueden arrasar con lo implementado bajo normativa.

El enemigo rechaza la legalidad de la norma, por ello actúa de la forma en la que lo hace, no tiene un sentido de pertenencia con el conglomerado que lo ha acogido, pues no respeta la regulación que se ha elegido para la convivencia. El Derecho mediante la teoría penal del enemigo busca combatir peligros.

Polaino- Orts (2006) comenta que “la norma existe como norma precisamente porque existe la esperanza, la expectativa que los ciudadanos se comporten como “personas en Derecho” y respeten la norma como patrón de conductas socialmente permitidas” (citado por Palacios, 2016, p. 32).

El Estado, con miras a proteger a las personas que lo conforman, de aquellas que buscan su deterioro mediante el peligro, considera pertinente ejercer su facultad sancionadora en el caso de la posible comisión de un delito que atente contra uno de sus protegidos, de esta manera garantiza el cumplimiento de la norma, y visualiza cuáles son las falencias que presenta la sociedad para que ciertos delitos sean cometidos por los denominados enemigos.

No todas las personas pueden tener calidad de ciudadanos si atentan contra el Estado de manera reiterativa, por ello, es necesario analizar las características de la teoría del Derecho Penal del enemigo, de esta manera se puede entender cuál es el mecanismo de actuación de dicha teoría, y su fundamento en cuanto a la calidad de enemigos.

2.3. Características fundamentales de la teoría del Derecho Penal del enemigo.-

La teoría del Derecho Penal del enemigo, se ha caracterizado por tener tres elementos sistematizados que lo convierten en un derecho penal auténtico con distinción del derecho penal ordinario. A continuación mencionaré las características que engloba esta teoría.

a) Amplio adelantamiento de la punibilidad.-

El adelantamiento de la punibilidad se da de manera anticipada al cometimiento de un delito, esta acción, busca incriminar actos preparatorios, es decir, se precautela la lesión del bien jurídico. Esta característica tiene una importante relevancia en cuanto a una visualización prospectiva, ya que su contenido no sanciona el delito, sino las conductas motivadas de peligrosidad.

La anticipación de las barreras punitivas de protección que, por obra del legislador, se operaba en determinados tipos delictivos podía justificarse, en el caso concreto, por la especial peligrosidad de la conducta, que compromete bienes jurídicos como la paz pública, la seguridad jurídica, el clima favorable al Derecho, etc (Polaino, 2009, p. 52).

Entonces, no hay un acto punible todavía, pero se considera que los acontecimientos previos pueden violentar el ordenamiento jurídico de forma drástica. Si bien es cierto, el principio de punibilidad se rige debido al acto que es merecedor de un castigo, de una pena,

en el adelantamiento lo que se pretende a través de su excepcional aplicación, es asegurar la vigencia de la norma, y con ello a los ciudadanos que la cumplen.

Asúa (1980) establece que “el Estado tiene derecho a castigar, pero es preciso que investiguemos el por qué” (citado por Albarracín, 2018, p. 16). El IUS PUNIENDI del Estado, permite que sea el encargado de sancionar a los individuos que pueden atentar contra su seguridad y el de las personas inmersas en él. La pena, dentro de la teoría del Derecho Penal del enemigo tiende a considerar los actos que en un futuro podrían perjudicar un bien jurídico protegido, por lo tanto, al momento de sancionar, el Estado evalúa de qué manera los actos preparatorios pudieron atentar la estabilidad de la norma.

La constatación del iter criminis sería fundamental para el análisis y la correcta aplicación de esta característica, partiendo de su importante terminología. Iter criminis es considerado como: “Camino del crimen. Comprende todo el proceso psicológico de incubación del propósito delictivo hasta la perpetración del delito, con la consideración jurídica y social, en cada etapa, de la punibilidad y peligrosidad de la actitud y del sujeto” (Cabanellas, 2008, p. 207).

“Se criminalizan conductas en el estadio previo en razón de la falta de seguridad cognitiva que presenta quien actúa delictivamente (enemigo)” (Bravo, 2007, p. 26). Se revela que la característica analizada, cuenta con un estudio acerca de la seguridad cognitiva que emanan las actuaciones del individuo, se evalúa su nivel de peligrosidad frente al ordenamiento jurídico mediante el adelantamiento de la punibilidad.

b) Las penas impuestas son desproporcionadamente altas.-

No solo es interés común que no se comentan delitos, sino que sean menos frecuentes en proporción al mal que causan en la sociedad. Así, pues, más fuertes deben ser los motivos

que retraigan los hombres de los delitos a medida que son contrarios al bien público, y a medida de los estímulos que los inducen a cometerlos. Debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas. (Beccaria, 2015, p. 25)

La imposición de las penas, conlleva un exhaustivo análisis por parte de los jueces como administradores de justicia, ya que como autoridades responsables de la correcta aplicación de la norma, deben proceder de manera consciente en su trabajo. Principios como la racionalidad, la sana crítica, la argumentación jurídica, la interpretación de la ley; son de fundamental importancia para la correcta decisión judicial.

Sin embargo, una de las características presentes en el Derecho Penal del enemigo, es justamente la desproporcionalidad de las penas impuestas, dado que los actos preparatorios son condenados con la misma gravedad que una lesión a un bien jurídico protegido.

La desproporcionalidad de las penas aplicables, de conformidad con esta teoría tiene una doble connotación: Por una lado, la punibilidad de actos preparatorios no está acompañada de ninguna reducción de la pena con respecto a la fijada para los hechos consumados; y por otra, la pertenencia del autor a una organización delictiva es tomada en cuenta para establecer agravantes considerables y desproporcionadas respecto de hechos delictivos concretos que realicen los individuos en el ejercicio de su actividad habitual o profesional al servicio de dicha organización. (Palacios, 2016, p. 21-22)

Como se menciona en la cita anterior, también es clave destacar que en el caso de que el individuo perteneciera a una organización delictiva, este detalle será tomado en cuenta para considerar agravantes dentro de la pena. De este modo podemos comprender por qué la teoría analizada, actúa de manera radical con el enemigo, evitando que el posible daño a ocasionar sea desastroso para la sociedad que lo ha acogido.

- c) Existen determinadas garantías procesales que son relativizadas o incluso suprimidas.-

Una de las características que tiende a ser objeto de crítica, es precisamente la que analizada a continuación. Su cuestionamiento se da por contravenir las garantías del debido proceso en relación con “la posibilidad de incomunicar al detenido, la licitud y admisibilidad de la prueba, la intervención de las comunicaciones, la investigación clandestina” (Palacios, 2016, p. 22).

La teoría del Derecho Penal del enemigo, considera pertinente tomar medidas drásticas en el proceso de indagar la participación del individuo en actos delictivos. En el transcurso de este proceso, se omiten ciertas disposiciones que tienen como finalidad cooperar al descubrimiento del contexto ilícito, constituye una forma de indagación estratégica y clandestina.

La falta de presunción de inocencia, es otro aspecto que causa malestar en los opositores de la teoría, pues no pueden asimilar de qué manera se puede establecer culpabilidad antes de constatar que efectivamente se trataba de un delincuente y no solo de un posible peligro. El principio de inocencia, no se encuentra direccionado al denominado enemigo, pues el individuo que ese momento se enfrenta a un proceso penal, no es considerado un ciudadano, por lo que carece de sus mismas condiciones.

Es ineludible mencionar que el Derecho Penal también se caracteriza por otorgar medidas de seguridad dentro de cada proceso, lo cual puede ser entendido como una omisión de este principio. Sin embargo, nadie es culpable hasta que se declare lo contrario, incluso una vez iniciada la fase de investigación.

2.4. Posiciones a favor de la teoría del Derecho Penal del Enemigo.-

A continuación examinaré posiciones de carácter doctrinario, que justifican los planteamientos formulados por Günther Jakobs en cuanto a la teoría del Derecho Penal del Enemigo. Estas posiciones a favor, permitirán un enfoque más específico en relación a la práctica, la estructura y la funcionalidad de este tipo de Derecho Penal. Los argumentos tendrán como propósito evidenciar cómo los ilustrados autores, legitiman el uso de esta teoría, y la sustentan dentro de un parámetro legítimo.

a) Miguel Polaino Orts.-

El especialista en Derecho Penal, el Doctor Miguel Polaino Orts, realiza un profundo análisis acerca del estudio direccionado al Derecho Penal del enemigo, en su obra “Derecho Penal del Enemigo: Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia”, esclarece las dudas acerca del manejo adecuado de la teoría y su incidencia en la sociedad actual.

El autor considera que, a través de la historia se ha ido visualizando un Derecho Penal del enemigo oculto en el comportamiento de las sociedades que han adoptado el Derecho Penal dentro de su legislación. Ciertamente, presenta un escenario en el que es inevitable considerar que tanto mediante estudios filosóficos, sociológicos, y legislativos; se ha abierto esta gran teoría llena de aristas, que posee una única finalidad, el combate de peligros.

Polaino Orts (2009), asegura que el Derecho Penal del Enemigo, se ha visto criticado especialmente por su terminología. Examina que el aspecto acerca del uso de la palabra enemigo, constituye muchas veces reacciones “emocionales”, que carecen de un verdadero fundamento racional, por lo cual, decreta que en algunos casos los argumentos contrarios, no poseen un conocimiento verdadero del tema, sino tan solo de manera superflua.

Polaino Orts, citando a Bastida Freixedo (2009), menciona;

Ante esta circunstancia, probablemente el escándalo hubiera sido menor si Jakobs no hubiera denominado ese fenómeno existente con el nombre de Derecho Penal del Enemigo, sino – como dice Bastida Freixedo – con otras denominaciones como Derecho penal agravado o Derecho penal en defensa de la Constitución (p. 607).

La terminología que uso el profesor Jakobs para profundizar en su descripción, tiene la finalidad de diferenciar y plasmar la existencia de un individuo que se ha convertido en un centro de peligro debido a su estrepitoso comportamiento ante la norma. Por ello, Polaino Orts, asevera que es adecuado el uso del término enemigo, siempre y cuando se entienda su contexto arraigado en la enemistad.

Polaino Orts (2009), establece que, el estatus de no persona; “no significa que el enemigo sea excluido de manera absoluta del sistema, ni –por supuesto– que no disponga de derechos (p. 613)”. Entonces, a pesar de que un individuo pueda ser considerado como un peligro, su calidad de persona no se ha perdido totalmente, y esto se ve reflejado en los derechos que posee al momento de ser tratado por el Derecho en relación con otros aspectos de su vida. Alguien puede ser parte de una asociación ilícita (enemigo), y a la vez un responsable padre de familia (ciudadano).

En consecuencia, el autor, direccionado al estudio del tema, brinda su criterio respecto al trato que se le otorga al enemigo que, a pesar de ser específico debido a las características propias de la teoría, se lo hace con la visión de precautelar todo un conglomerado social del peligro que pueda representar una persona-enemigo en particular.

Polaino Orts (2009), también hace alusión en cuanto a la proporcionalidad de la teoría en mención, ya que el tratamiento al enemigo, tiene ciertas limitaciones, porque “no se

pueden sobrepasarse las barreras de lo estrictamente necesario en el Estado de Derecho (p. 613)”.

En este sentido la crítica con relación a la teoría, de igual manera es fuerte, pues los detractores no consideran que se justifiquen sus características fundamentales sin vulnerar la esfera del Estado de Derecho. A lo que el Dr. Polaino Orts, arremete, revelando que en los sistemas instaurados en los que se maneja el llamado “Estado de Derecho”, el legislador ya ha contemplado a un posible enemigo, veámos.

Aunque no exista una definición legal de enemigo, el ordenamiento jurídico regula determinadas situaciones en las que el sujeto es combatido como enemigo más que tratado como ciudadano. A este respecto, existen ciertos *indicios legales de enemistad*, que constituyen un esfuerzo del legislador por *poner caras al enemigo*. (Polaino, 2009, p. 614).

En este sentido Polaino aclara que la existencia de esta teoría, no le corresponde a Jakobs, sino que se ha visto plasmada en diversos ordenamientos jurídicos, de este modo, el legislador considera cuál es la actitud por parte del Estado frente a un individuo potencialmente dañino. Las normas contenidas en cada una de las estructuras jurídicas, son establecidas para adecuar el comportamiento contemplado como correcto dentro de cada sociedad.

En cuanto a la conceptualización, se le debe “ciertamente la denominación de <Derecho penal del enemigo>, pero no la existencia de las normas (Polaino, 2009, p. 536)”;

como se mencionó con anterioridad, las normas han sido promulgadas sin la concepción del Derecho Penal del Enemigo, sino más bien, haciendo consideraciones respecto al comportamiento, costumbres y practicidad de cada una de las agrupaciones conformadas bajo la legalidad.

El autor nos comenta que las críticas hacia Jakobs, se han tornado personales, pues la imputación es un error, los detractores de la teoría, según menciona Polaino (2009), deben entender que la misma se enfoca en una descripción de lo que se visualiza en los ordenamientos de la actualidad, y por lo tanto, no debería ser considerado un invento. No se propone un derecho penal del enemigo, se lo describe de modo veraz.

Polaino (2009), se pronuncia de manera tajante en cuanto a la ilegitimidad del Derecho Penal del Enemigo y menciona lo siguiente:

El hecho de que se designa a una clase de sujetos delincuentes especialmente peligrosos con una determinada terminología científica (enemigo) no puede influir, en absoluto, en el reconocimiento sustancial de los derechos fundamentales de tal individuo. Ahora bien, su tratamiento penal habrá de ser acorde a su peligrosidad. De manera que la privación legal de fragmentos de sus derechos fundamentales (libertad de movimientos, comunicación, etc.) no supone, lógicamente, una merma de sus derechos fundamentales, sino lo contrario: el reconocimiento justo y la dignificación de ese sujeto como ser irracional (HEGEL) (p. 543).

Acorde a lo expuesto por el defensor de la teoría, se estima que el trato direccionado al enemigo, no es un trato con lineamientos de ilegitimidad, al contrario, el Estado ha contemplado lo necesario en el procedimiento para dicho sujeto.

“Ante peligros realmente existentes y ante situaciones de riesgo que el Derecho penal de los Estados de Derecho debe, por supuesto dentro de sus límites, afrontar (Polaino, 2009, p. 545)”; nuevamente el especialista en Derecho Penal, Polaino Orts, alude que la teoría se presenta únicamente cuando es necesaria, y siempre dentro de los parámetros legales de cada Estado de Derecho.

Es importante plantear que la descripción de Jakobs se basa en Estados de Derecho, no en estados autoritarios, ya que las Dictaduras proponen en su legislación un enfoque

agresivo, que enviste tanto a ciudadanos, como a enemigos, Díaz (1996) “se puede decir que en realidad toda la legislación está prendida por una antorcha de guerra contra enemigos” (citado por Gracia, 2005, p. 02: 4).

Para concluir con la posición que maneja Miguel Polaino Orts, que se encamina a la defensa de la teoría del Derecho Penal del enemigo, el catedrático menciona al respecto;

La razón de ser de ese combate más agravado estriba en que dichos sujetos (<enemigos>) comprometen la vigencia del ordenamiento jurídico y dificultan que los ciudadanos fieles a la norma o que normalmente se guían por ella (<personas en Derecho>) puedan vincular al ordenamiento jurídico su confianza en el desarrollo de su personalidad (Polaino, 2009, p. 66).

b) Juan Ignacio Piña Rochefort.-

El profesor chileno de Derecho Penal Piña Rochefort, defiende el postulado establecido por Jakobs, pues considera que el Derecho Penal del enemigo, es algo que se encuentra latente en nuestra sociedad actual, por lo tanto, los mecanismos de accionar por parte del Estado optarán por medidas correspondientes a su aplicación.

Un episodio de nuestra realidad legislativa y político-criminal, (que) es innegable (...) la afirmación de que actualmente parece existir –y difundirse vertiginosamente- un sector del derecho penal que incorpora en su regulación consideraciones que calzan con este concepto es difícil de negar. (Piña, 2010, citado por Ríos, 2012, p. 161-162)

Piña (2010), advierte una reconfiguración del sistema jurídico penal, pues las técnicas legislativas que se usan dentro de los parámetros del Derecho Penal del enemigo, son características que solo se ajustan a dicha teoría. Esta reconfiguración, se basa en la lógica

que tiene el actuar de este tipo de Derecho Penal, ya que sus operaciones buscan combatir el peligro.

Dentro de los sistemas penales en los que rige el denominado Derecho Penal del enemigo, es pertinente recordar que aquellos individuos que carecen de seguridad cognitiva, son considerados como riesgo para la sociedad, dado que sus actuaciones se han desviado del comportamiento que se espera por parte de un ciudadano. Luhmann (1998), menciona:

“[e]l concepto de riesgo se refiere a la posibilidad de daños futuros debido a decisiones particulares que se toman en el presente (decisiones que son tomadas sin tener conciencia de lo que sucederá en el porvenir), por consiguiente, es una forma para realizar descripciones presentes del futuro desde el punto de vista de que uno puede decidirse, en atención a los riesgos, por una alternativa u otra”. (citado por Ríos, 2012, p. 164)

El concepto de riesgo tomado en cuenta por el Derecho Penal del enemigo, revela que al no poseer una seguridad cognitiva, los actos y el comportamiento emanado por un “enemigo”, no son evaluados por el mismo ante las posibles consecuencias.

Piña (2010) p. 235, siguiendo a Jakobs, señala que “su comportamiento (el de los enemigos) ya no es calculable conforme a las expectativas normativas vigentes en la sociedad. Desde el momento que se les define en términos de posibilidades cognitivas, se les ha excluido de la cobertura normativa de “persona” (...). Contra ellos no se re-estabilizan normas sino que se neutraliza la fuente de riesgos. El Derecho Penal del Enemigo es al enemigo lo que la jaula al tigre de Bengala o el pararrayos a la tormenta: pura neutralización”. (citado por Ríos, 2012, p. 164)

El autor considera pertinente el uso del término enemigo, porque permite catalogar a este tipo de individuos en un ámbito diferente al de personas y manifiesta que el trato distinto no solo versa en la terminología, sino también en una aplicación adecuada de la norma, tomando en cuenta acciones que pretenden vulnerar bienes jurídicos protegidos.

Piña (2010), señala que los detractores de este planteamiento, actúan de manera errónea al afirmar que este tipo de Derecho debe valorarse como ajeno al Derecho Penal ordinario, y menciona que lejos de concebirse como una estructura fuera del Derecho Penal, esta teoría se ha ido posicionando día a día en el ordenamiento jurídico actual, y lo seguirá haciendo cada vez más con mayor consolidación, ya que es parte de la reconfiguración de fronteras del Derecho Penal.

Justamente a esto se refiere el jurista Piña Rochefort cuando hace la reflexión acerca de la reconfiguración en la que se ha visto envuelto el Derecho Penal, pues sus mecanismos y aplicación, han ido evolucionando para acoplarse al reconocimiento de un Derecho Penal del enemigo plasmado en la legislación.

Comenta también, que el cambio se aplica al concepto de persona, pues no puede concebirse de la misma manera un ciudadano que cumple sus obligaciones como tal, como a un individuo que no lo está haciendo, y por lo tanto, genera malestar a los que sí. Piña (2010), asegura que;

“si esto es deseable o no ya no es un asunto jurídico, sino de orden político (y la política no parece estar mayormente alarmada por esto). De este modo, el rechazo visceral del DPE por la mayoría de la doctrina no surte ningún efecto ni es capaz a estas alturas de controlar su consolidación silenciosa en el plano de las estructuras de imputación”. (citado por Ríos, 2012, p. 165)

c) Felipe Rodríguez Moreno.-

El catedrático y especialista en Derecho Penal, Felipe Rodríguez, es uno de los pocos autores que se ha destacado a nivel nacional por su profunda dedicación en el estudio de la

teoría planteada por el maestro Günther Jakobs, permitiéndole dicho conocimiento, considerar una postura objetiva respecto al tema. El autor ha encaminado su posición hacia la favorabilidad de la trascendencia del Derecho Penal del Enemigo.

El escritor del libro “La Bipolaridad del Derecho Penal”, Felipe Rodríguez, realiza un análisis concreto de los elementos que aborda la teoría, y el porqué de su posición frente a los críticos de la misma. Menciona que;

El Derecho Penal del Enemigo conceptualmente logra separar dos sistemas que –hasta que JAKOBS nos hizo caer en cuenta- parecían ser uno solo. JAKOBS consigue hacer un análisis de lo evidente, es decir, de lo que siempre estuvo frente a nuestros ojos pero que nunca logramos ver. JAKOBS nos cuenta y explica cómo distinguir en un mismo Sistema Penal, dos regímenes: uno para ciudadanos y otro para enemigos. (Rodríguez, 2014, p. 99)

Ciertamente, el autor enfatiza la existencia de un Derecho Penal del Enemigo presente en las instituciones jurídicas penales, pues a pesar de no existir dos ordenamientos distintos, cada uno con direccionamiento particular, el Derecho Penal se caracteriza por mantener dos sistemas paralelos coexistiendo bajo una misma estructura.

Rodríguez (2014), se pronuncia en cuanto a la viabilidad de la teoría, y expresa que ante un Derecho Penal del Ciudadano carente de eficiencia, la postura que toma el Derecho Penal del Enemigo, es en realidad adecuada para poder combatir la peligrosidad, “simplemente son individuos a los que se debe dar un tratamiento distinto” (p.100).

Es una realidad que se ve reflejada desde hace varios años en Estados de Derecho, los mismos que se han encargado de direccionar un trato diverso ante los posibles riesgos, contemplando la teoría en mención dentro de su jurisdicción.

Rodríguez (2014), manifiesta que el manejo del denominado Derecho Penal del Enemigo, debe ser un manejo responsable. Únicamente de tal forma, se podrá prevenir el poder desmedido por parte de los entes estatales encargados de administrar el poder.

“El Derecho Penal del Enemigo es un Derecho Penal para enemigos administrado por Ciudadanos (Rodríguez, 2014, p. 100)”; la cita nombrada, comprueba que efectivamente son los órganos encargados de velar por la justicia de su conglomerado, los que manejan el tratamiento por el cual debe someterse un enemigo de la sociedad, de cierto modo, se podría interpretar que no es un trato de libre albedrío, sino que se basa netamente, en lo establecido.

El penalista Felipe Rodríguez, estipula en su postura favorable al Derecho Penal del Enemigo, que las críticas realizadas por los opositores de esta teoría, versan únicamente en base a la terminología usada por el profesor Jakobs, mientras que su sustento en cuanto al fondo y lo que en verdad representa deja mucho que desear.

Rodríguez (2014), plantea que; “JAKOBS no está creando “enemigos”, sino que, los está individualizando conforme a las reglas previamente establecidas por la normativa existente. JAKOBS sólo define y le pone un nombre a situaciones reales, mas no propone crear enemigos (p. 101)”, por lo formulado, se desprende que el Derecho Penal del Enemigo, es la terminología necesaria para establecer parámetros de distinción entre los enemigos y los ciudadanos.

Lo que potencialmente afecta a los autores denominados “emocionales”, es el uso de una expresión contraria al Derecho Penal garantista, ya que el catedrático propone que si hubiese sido una terminología diferente, la teoría no habría sido receptada de la misma manera como hasta hoy, pues: “enemigo es una terminología científica y no un adjetivo descalificativo” (Rodríguez, 2014, p. 103).

Es interesante la postura del autor escogido, pues su consideración hace énfasis en la gran responsabilidad que conlleva el uso de esta teoría, teoría que como Rodríguez (2014), manifiesta, debe ser argumentada desde la ciencia, pues su solidificación recae sobre la realidad que se evidencia en cada ordenamiento.

Jakobs, citado por Rodríguez (2014), comenta: “No es mi propósito convertir a alguien artificialmente en enemigo, sino describir a quien el sistema jurídico trata como enemigo, y pronosticar a quien atribuirá en el futuro ese papel” (p. 106), el catedrático alemán, reiteradamente alude que su intención es contribuir con el estudio de esta prestigiosa ciencia, evidenciando un Derecho Penal diverso al conocido.

Otro de los aspectos evaluados por el Doctor en Derecho Penal Felipe Rodríguez, es el referente a la ilegitimidad, pues arremete en contra de las críticas emanadas por aquellos autores denominados “emocionales”, y alega;

Por ser incorporado al ordenamiento jurídico por el órgano legislativo competente, elegido por el pueblo soberano y por responder a necesidades actuales y no sociales: no es ilegítimo, y si lo fuere, el control constitucional y de legalidad vigente en los Estados de Derecho se encargarían de derogarlo. (Rodríguez, 2014, p. 108)

Cabe mencionar que el autor tiene razón cuando establece que el proceso por el cual se ha instaurado una norma al ordenamiento, se estructura con filtros “legítimos”, por lo tanto, se considera que el Derecho Penal del Enemigo procede en Estados de Derecho, no en Dictaduras faltas de democracia.

Rodríguez (2014), indica que respecto a las críticas por las lagunas en cuanto al concepto y la explicación jurídica de como sirve el Derecho Penal del Enemigo en sistemas democráticos y autoritarios, expresa que la teoría no está legitimando el sistema Penal de régimen alguno, sino simplemente explicando cómo funciona (p. 114).

Polaino Orts citado por Rodríguez (2014), asegura que; “Descalificar de manera general las normas de un Estado democrático como si fueran pertenecientes a un Estado dictatorial supone desconocer la dinámica constitucional de la Democracia” (p. 124), por lo que, básicamente este modelo de Derecho Penal rige en estados que reconocen la democracia como valor fundamental, y excluyen cualquier acto de dictadura.

Borja citado por Rodríguez (2014), puntualiza; “En todo Estado autoritario el Sistema Penal es Derecho Penal del Enemigo. Jakobs nunca ha sido un antidemocrático y quien diga lo contrario se equivoca, él siempre ha defendido el Derecho Penal democrático. Que sus tesis puedan ser aprovechadas por Estados autoritarios es otra cosa (p.125).

Siguiendo el lineamiento planteado, esta es una teoría que se aplica únicamente en estado de necesidad y bajo parámetros delimitados, por lo que las autoridades encargadas de ejercer su control, deberán evaluar un sinnúmero de factores habilitantes para poder proceder de manera adecuada.

En síntesis, el Dr. Felipe Rodríguez Moreno, imparte su conocimiento en cuanto al tema, revelando cuáles son los parámetros de practicidad de la teoría en cuestión, y cuáles son los fundamentos por los que sus detractores deberían reconsiderar sus críticas; pues los sustentos deberían deslindarse de cualquier emotividad para ser planteados de acuerdo a la científicidad.

2.5. Posiciones en contra de la teoría del Derecho Penal del Enemigo.-

A continuación, se considerará tres posiciones que sostienen la oposición ante la teoría del Derecho Penal del enemigo, en cada una se desarrollará el por qué y sus principales fundamentos para encaminar la postura hacia un lado garantista.

a) Alejandro Aponte C.-

El jurista de nacionalidad colombiana, en base al estudio direccionado al Derecho Penal, da a conocer la visión por la cual la postura que ha decidido tomar, es contraria a la proposición del maestro Jakobs. Su criterio versa en la confusión que genera la teoría del Derecho Penal del Enemigo, y los vacíos que se encuentran en la aplicación de la misma.

Aponte (2005), en su libro “Derecho Penal de Enemigo o Derecho Penal del Ciudadano”, realiza un análisis acerca de los componente que posee la teoría, y evidentemente está en oposición de los aspectos que la enmarcan, también propone varios puntos de crítica que se basan en el estudio efectuado para la corroboración de su enfoque.

El autor menciona, que el discurso propuesto por Jakobs, genera polémica debido a que se encamina a la visión contraria del derecho penal garantista, pues la intervención de la teoría, no contempla un pensamiento en función de los problemas que conlleva su práctica al coartar derechos, precisamente en un Estado llamado de esta forma.

Aponte (2005), señala que, “más allá de las consideraciones de tipo dogmático, aquello que a juicio de Jakobs permite una anticipación de la punibilidad es una concepción errada del principio de la protección de los bienes jurídicos (p. 10)”. Sin duda, una de las características señaladas dentro de la teoría, parece ser foco de críticas por varios autores, pues se considera que hay un desmedido alcance de la protección de los bienes jurídicos, al criminalizar el estadio previo de las actuaciones.

Se revela de esta manera, que los mecanismos de aplicación por parte del Derecho Penal del Enemigo, legitiman cualquier actuación con el fin de proteger el principio de protección del bien jurídico. “No acepta el autor, en consecuencia, una relación entre integridad social y preservación a ultranza de los bienes jurídicos (Aponte 2005, p. 11)”.

Aponte citando a Von Liszt (2005), hace referencia a la antinomia propuesta por el jurista alemán, al mencionar que se “busca la protección de bienes jurídicos, mediante la lesión de bienes jurídicos (p. 11)”, y es precisamente por esta razón, que Aponte considera que hay una confusión en la teoría planteada, pues no sabe cuál la finalidad de su enfoque, si proteger o vulnerar bienes jurídicos.

“La intervención penal se hace extrema y el delincuente deja de ser concebido como sujeto portador de una *esfera de derechos* que deben permanecer protegidos frente a la acción penal (Aponte 2005, p. 11)”. Ciertamente, se habla de que en el momento en que se toma en cuenta de manera radical el bien jurídico, el autor, quien también es garante de derechos, queda desprotegido.

Es necesario mencionar que, al encontrarnos bajo un modelo de Estado de Derecho, lo que se pretende tutelar, son los llamados bienes jurídicos, debido a su importancia. Por lo tanto, el catedrático acierta al comentar que el Derecho Penal del Enemigo, no tendría una relación ligada con el Estado garantista, al menos con el llamado enemigo. “El sujeto activo pierde así su esfera privada, su esfera de libertades, derechos y garantías, y es concebido tan sólo como fuente de peligro” (Aponte 2005, p. 12).

Aponte citando a Ferrajoli (2005), determina que:

La persona es juzgada en virtud de lo que es o de lo que se cree que es; se la juzga con base en su peligrosidad, que se estima además que le es inherente, más que por aquello que efectivamente ha cometido (p. 12).

Uno de los criterios a los que hace referencia el autor, es justamente el trato que recibe el enemigo al constituirse en una amenaza para el sistema social. El Estado, tendrá en cuenta una “lógica de enemistad (Aponte 2005, p. 13)”, debido a que el individuo ha podido irrumpir con el orden social, actuando de manera errónea a lo previamente establecido.

Jakobs, citado por Aponte (2005), concluye; “El derecho penal del enemigo sigue reglas distintas de las de un derecho penal propio del Estado de derecho (p. 24)”. En efecto, el propulsor de la teoría reconoce la incompatibilidad de las actuaciones por parte del Derecho Penal del Enemigo, en relación al Estado de Derecho. La latente amenaza de peligro contra la sociedad, faculta según el Derecho Penal del Enemigo combatir con este tipo de riesgos de manera radical, dejando de lado ciertos derechos inherentes a todo ser humano.

Aponte (2005), estipula que;

Tras establecer que se trata de un modelo de “derecho” que sigue reglas diferentes, Jakobs aclara, sin embargo, que frente al derecho penal de enemigo, “para nada se ha decidido si aquel, una vez se ha indagado en su concepto, se revela como autentico derecho”. Es decir, comprueba la posibilidad de que dicho modelo sea simplemente una reacción arbitraria, una mera respuesta estatal de hecho (p. 25).

El maestro Jakobs, alega que la teoría plasmada acerca del Derecho Penal del Enemigo, podría no constituir un derecho como tal, dado que sus principales características no poseen un direccionamiento hacia dicho concepto.

Aponte alude que la teoría planteada dirige “aquello que se puede denominar como *desinstitucionalización* de la función de derecho penal (p. 25)”. Pues a pesar de que el derecho penal vigila la protección de bienes jurídicos, en realidad se maneja de una manera contraria con el individuo que puede constituir un foco de peligro.

Aponte (2005), comenta que; “sería injusto el gran reproche que se le ha hecho a Jakobs, de abandonar hoy una visión crítica que alguna vez tuvo y de pasar a validar un derecho arbitrario” (p. 26-27), siempre que tengamos en cuenta que “tematizar no es legitimar (p. 26)”.

Se trata de un tema de confusión, pues a pesar de instituir una teoría que se encuentra plasmada obscuramente en varios Estados de Derecho, no se ha concluido de manera clara y precisa, cuáles son sus fundamentos en la aplicación de un tratamiento basado en la enemistad.

“Sin embargo, a pesar de poder ser eventualmente injusto el reproche, Jakobs es, como se ha advertido, en extremo ambiguo, y esta actitud si es criticables” (Aponte 2005, p. 27).

“El problema que surge para comprender al autor es que él trabaja bajo el supuesto de que todos conocen las categorías del sociólogo y el contexto particular en el que están se han desarrollado dentro de la Teoría de Sistemas” (Aponte 2005, p. 27); de hecho en una entrevista realizada en 1997, Niklas Luhmann menciona desconocer la relación que Jakobs había llevado a cabo en base a su teoría, según menciona Aponte (2005).

“Se trata de una ambigüedad ligada muchas veces a un lenguaje críptico e impenetrable” (Aponte 2005, p. 27). Por consiguiente, Aponte se refiere a la ambigüedad presente en el Derecho Penal del Enemigo, desde el inicio del concepto; cuando Jakobs hace una relación con la Teoría de Sistemas creada por Luhmann.

b) Bernd Schünemann.-

El catedrático, y Doctor especialista en el estudio de la ciencia del Derecho Penal Bernd Schünemann, ha establecido una postura contradictoria referente a la formulación emanada por *Günther Jakobs*, pues ha examinado de manera conjunta, cuál es el soporte que tiene la teoría del Derecho penal del enemigo, y evidentemente manifiesta su desacuerdo.

La crítica por parte del profesor, se ha conducido por la diferencia radical propuesta por Jakobs acerca de dos modelos penales aparentemente presentes en diversas normativas

de control. Schünemann (2010), reflexiona sobre la diferencia latente que se da entre la teoría del Derecho Penal del Ciudadano, y el Derecho Penal del Enemigo, e identifica la estructura de las mismas, pues estas no se encuentran en estado puro, sino de forma ideal.

Posteriormente, Schünemann (2010), examina los principales rasgos característicos de la teoría del Derecho Penal del Enemigo, tales como la “anulación de la posición de sujeto de derecho de todos aquellos ciudadanos que hayan sido caracterizados como enemigos por algún representante del poder estatal” (citado por Ríos, 2012, p. 157), teniendo en cuenta la categoría de no-personas elaborada por Jakobs.

Es por esta razón, que el catedrático Schünemann, reprocha el trato diverso que se le otorga al individuo potencialmente peligroso, sin haber constatado su actuación en un hecho delictivo. Tajantemente expresa su desconcierto al trato de no personas, pues según el estudioso, carece de toda legitimidad, aún más tratándose de un Estado de Derecho.

Schünemann (2010) comenta que:

El énfasis no debe estar puesto en el sujeto (enemigo para Jakobs), sino en el peligro específico asociado a conductas delictivas de crimen organizado, peligro que en definitiva requiere de acciones determinadas por parte del Estado para combatirlo, entre las cuales podría justificarse alguna reducción de garantías procesales penales, o bien que el legislador eleve el rigor penal de la sanción aplicable, pero todo en un contexto de respeto por las garantías y derechos que cimientan el derecho penal. (citado por Ríos, 2012, p. 158)

Según lo mencionado en el párrafo anterior, la crítica por parte de Schünemann, es el enfoque enunciado por Jakobs, pues indica que el centro de acción podría justificarse siempre y cuando exista un delito realizado, y a su vez, tomando en cuenta la esfera de derechos que también posee el sujeto activo.

En otro término, respecto a la extensión de los medios de control a nivel penal, según Schünemann (2010):

La evolución de la respuesta penal ante esta nueva forma de criminalidad organizada, debe ser eso, una evolución, y no una involución en el camino recorrido y avanzado en torno al reconocimiento de derechos y garantías en el contexto del proceso penal. (citado por Ríos, 2012, p. 158)

Por lo mismo, el autor alega que el tratamiento al denominado enemigo, no se rige bajo los parámetros del Estado de Derecho, dejar de lado las garantías y libertades de una persona, no son características que posea un Estado de este tipo.

El lineamiento del Doctor Schünemann (2010), se enfatiza en la diferenciación normativa entre la concepción de dos Derechos Penales, uno direccionado al ciudadano y otro al enemigo, “estableciendo que en el primer caso dicho derecho penal mantendría la vigencia de la norma, en cambio, en aquel enfocado en los enemigos, se combatirían derechamente peligros” (citado por Ríos, 2012, p. 159).

Debido a esto, según Schünemann, se trata de una similitud, pues el Derecho Penal, protege bienes jurídicos, por lo tanto, evita peligros. No considera que las premisas propulsadas por Jakobs tengan consolidación alguna.

Una de los principales cuestionamientos, “es que no todo delincuente es un opositor en general del orden jurídico, sino que existiría una propia categoría de individuos delincuentes que se habrían apartado del Derecho presuntamente de modo permanente, al menos en forma decidida” (Schünemann 2010, citado por Ríos, 2012, p. 160).

Para profundizar en el tema, el profesor Schünemann (2010), hace una relación con “*un jefe de la mafia puede ser un marido y padre que atiende las disposiciones del derecho de familia*” (citado por Ríos, 2012, p. 160), dejando por sentado que ninguna persona puede

desorientarse del sistema jurídico de manera total, pues existen aspectos en los que se rige por el Derecho.

Dicho rechazo no conlleva en lo absoluto la proscripción de todas aquellas medidas que surjan desde el Estado para combatir delitos graves como lo son aquellos asociados al crimen organizado, terrorismo o narcotráfico, entre otros, básicamente para no pasar por alto el mayor peligro que tales conductas llevan aparejado. (Ríos, 2012, p. 160)

Entonces, es preciso señalar que el criterio del autor Schünemann, propone un mecanismo de acción de las instituciones penales frente a los delitos cometidos, considerando que son personas que necesitan de un proceso penal para enfrentarse con el Derecho, por los actos realizados. no meramente peligrosos.

c) Eugenio Raúl Zaffaroni.-

El jurisconsulto Eugenio Raúl Zaffaroni, advierte hostilidad frente al manifiesto del catedrático Jakobs y la teoría del Derecho Penal del Enemigo. En su libro titulado “El Enemigo en el Derecho Penal”, hace una ilustración de los conceptos utilizados para el manejo de la teoría, y a su vez explica el porqué de su inclinación hacia la discutible disminución de derechos que ostenta el catalogado enemigo de la sociedad.

Al respecto, realiza una hipótesis de base que pretende demostrar a lo largo de su célebre obra, la misma se compone de:

Probar parte de la *naturaleza* política de la cuestión planteada y aspirar a verificar que en el plano de la teoría política resulta intolerable la categoría jurídica de *enemigo o extraño* en el derecho ordinario (penal o de cualquier otra rama) de un estado constitucional de derecho. (Zaffaroni, 2009, p. 12)

Como se puede visibilizar, la situación a la que se enfrenta el autor, alude la denominación polémica de enemigo, y lo contrarresta con las funciones que le competen al

Estado de Derecho, referente a la protección de sus integrantes y el cumplimiento de sus derechos.

Zaffaroni (2009), no contempla la posibilidad de excluir a personas de un trato humano;

Por mucho que se matice la idea, cuando se propone distinguir entre *ciudadanos* (persona) y *enemigos* (no personas), se hace referencia a humanos que son privados de ciertos derechos individuales en razón de que se dejó de considerarlos personas, y ésta es la primera incompatibilidad que presenta la aceptación del *hostis* en el derecho con el principio de estado de derecho (p. 18).

La molestia que causa la terminología usada por el propulsor de la teoría del Derecho Penal del Enemigo *Günther* Jakobs, en el maestro Zaffaroni, es palpable a simple vista, pues no considera justificable que a un ser humano se le otorgue un trato distinto al de su naturaleza, disímil al que promulga la normativa jurídica dentro del Estado que consagra derechos.

Zaffaroni (2009), menciona que la teoría analizada niega el carácter de persona a pesar de no coartar todos sus derechos, y refuta;

No es la cantidad de derechos de los que se priva a alguien lo que cancela su condición de persona, sino la razón misma en que se basa esa privación de derechos, es decir, cuando se priva a alguien de algún derecho sólo porque se lo considera puramente como *ente peligroso* (p. 18).

El jurista explica que en el momento en que se disminuyen los derechos de una persona, se procede a cosificarla, dejándola segregada del resto de seres humanos que conviven en el entorno social. Y reitera que “no es posible pretender que este trato diferencial

puede ser aplicado a un ser humano sin lesionar su carácter de persona” (Zaffaroni, 2009, p. 19).

Vinculado al concepto de despersonalización del llamado enemigo, el especialista en Derecho Penal, Zaffaroni (2009), comenta que este acto estaría afectando de manera más amplia; “una sociedad que aspire a la seguridad respecto de la conducta posterior de cada uno de nosotros como valor prioritario, proyectada al futuro y hasta sus últimas consecuencias, aspiraría a convertirse en una sociedad robotizada y, por ende, despersonalizada” (p.21).

El Estado en busca de garantizar derechos, no podría concebir a un enemigo dentro de su esfera, porque no le proporcionaría la misma seguridad que un ciudadano, la admisibilidad del concepto de enemigo, no toma en cuenta la privación de derechos fundamentales de todo ser humano, y ese aspecto, es el que genera reproche, según menciona Zaffaroni (2009).

Otro de los puntos de crítica que expone Zaffaroni (2009), es acerca de la tipificación de actos preparatorios equívocos, y comenta que si se tipificarían;

Se conminará con pena a todos los ciudadanos por conductas que en la mayoría de casos son inofensivas (comprar un precursor de explosivo para pintar la casa o abonar el jardín, llevar dinero para comprar legalmente una propiedad, llevar un cortaúñas en un avión, bromear sobre alguna medida de seguridad, omitir la declaración de una transferencia bancaria de dinero propio y legalmente obtenido, etc) (p.115).

Con lo que da paso a la explicación del comportamiento autoritario por parte del Estado, “al imponer a toda la población a una serie de limitaciones a su libertad y también el riesgo de una identificación errónea y de consiguientes condenas y penas a inocentes” (Zaffaroni, 2009, p. 116), todo bajo una óptica de poder desmedido e injustificado.

A pesar de tener un contenido lleno de interrogantes acerca del planteamiento realizado por Jakobs, Zaffaroni hace alusión a una cuestión particular que llama su atención de manera concreta, y enfatiza que:

Jakobs renueva acertadamente el lenguaje para describir el fenómeno, pero a la hora de proponer su táctica de contención, parece dejar las cosas como estaban, pues pretende darle un espacio al *enemigo* en el derecho del estado de derecho, lo cual es *lo que ha hecho casi todo el penalismo y buena parte de la teoría política, que desde la modernidad ha considerado -y sigue considerando- compatible un incomprensible concepto no bélico de enemigo con el estado constitucional de derecho* (Zaffaroni, 2009, p 155).

Nuevamente el autor enmarca que el lineamiento del Derecho Penal del Enemigo, enraíza en sus postulados al Estado absolutista, que no tolera limitación alguna en su poder, y por lo tanto, diferencia el trato hacia sectores específicos de la sociedad.

A continuación, hace una ejemplificación con la teoría de un conocido autor. “A Schmitt se le debe responder su opción reaccionaria por el estado absoluto, en tanto que a Jakobs se le debe criticar su introducción de elementos propios del estado absoluto dentro del estado de derecho sin advertir que lo implosiona” (Zaffaroni, 2009, p.156). El autor piensa que sería mucho más simple manejar una postura, si esta se ve envuelta en la coherencia, característica que en su opinión, no sucede con Jakobs.

Zaffaroni (2009), aclara que el cuestionamiento no puede limitarse a la legitimidad del Derecho Penal del Enemigo, sino que va mucho más allá, porque se trata de reconocer de forma material el Estado de Derecho, sin permitir el trato diferencial de aquellos, que también pertenecen al mismo.

El principio del estado de derecho –como principio ideal- no admite la legitimación de ninguna excepción, pues esta importa su neutralización como instrumento orientador de la

función del derecho penal en la dialéctica que opera en el interior de todo estado de derecho real o histórico con el estado de policía (Zaffaroni, 2009, p.189).

Por consiguiente, Zaffaroni ha expresado que el postulado emanado por el maestro Jakobs, trata de un enfrentamiento entre dos tipos de estados, entre dos tipos de derecho penal, entre lo que debería ser de manera ideal, y lo que realmente sucede en la actualidad; por lo cual, no existirá una conclusión concreta de dicho tema.

La tarea que debemos afrontar no es la simple postulación de su rechazo en el derecho penal, que no es tarea sencilla en sí misma dado que se trata de una presencia visible o invisible pero constante. Para eliminar la presencia es menester encarar otra empresa, mucho más amplia, pues nunca eliminaremos o reduciremos la presencia del *hostis* en el derecho penal *si antes no verificamos que se trata de una cuña de extraña madera metida en el mismo pensamiento moderno y que lo carcome y demuele desde su interior* (p. 24-25).

2.6. Posición personal de la autora.-

Finalizando el espacio de las posturas efectuadas por varios autores respecto de la teoría del Derecho Penal del Enemigo, he considerado importante manifestarme de manera breve y concisa respecto a la misma.

Es preciso mencionar la concepción de Jakobs acerca del enemigo, destacando que el contexto histórico visualiza una clara diferencia con cierto grupo de individuos dentro de la evolución de cada sociedad. No obstante, si se hace referencia a una evolución por parte del ser humano, no se deberían aterrizar ideologías del pasado en la actualidad.

La denominación de enemigo, Jakobs la acuñó, con el fin de instaurar una clara diferenciación con el ciudadano que cumple a cabalidad con la norma. El término puede sonar incorrecto, provocador o incluso temerario. Sin embargo, es claro que crea una

distinción marcada, y esta era su finalidad, tomando en cuenta el análisis que realizo de la realidad.

Si bien es cierto, como se comenta en el inciso anterior, el maestro Jakobs plantea una teoría netamente descriptiva de la realidad, el no manifestar la una posible estructura de la teoría visibilizada dentro de los parámetros del derecho penal ordinario, es lo que hace que su enfoque se vuelva ambiguo.

Es evidente que se ha revelado la presencia del Derecho Penal del enemigo en distintos ordenamientos jurídicos, en donde ha sido fundamental que se tome en cuenta la estructura jurídico penal con la que se maneja cada Estado, pues es un tipo de Derecho Penal que no se encuentra reconocido de manera explícita.

Personalmente tampoco considero que sea el tipo de teoría que se pueda manejar dentro de un Estado garantista, pues su contraposición es enorme. Además, es necesario posicionarse en el contexto de cada población, ya que la teoría del Derecho Penal del Enemigo no funcionaría en un lugar donde existan varias interpretaciones culturales, lo que imposibilite una concepción unánime de garantía cognitiva, como es el caso ecuatoriano.

Es necesario mencionar en este punto, el latente peligro que representaría dentro de la seguridad jurídica, el manejo y la aplicación de esta teoría por parte de Estados democráticos con tintes autoritarios, pues su uso podría desencadenar en un panorama sumamente crítico, ya que el no tener consideración alguna respecto a la calidad humana del sujeto en intervención, evidentemente provocará un infortunio en el Estado de Derechos.

Al posicionarse Ecuador, bajo un modelo de Estado garantista de derechos y justicia, su función consistirá en proteger los bienes jurídicos de mayor relevancia dentro del entorno social democrático, por ello, no cabe la posibilidad de que la teoría en cuestión este ligada con este tipo de Estado, mucho menos desde la despersonalización del individuo.

En mi conclusión respecto a la teoría del Derecho Penal del Enemigo, puedo decir que es primordial en la ciencia del Derecho Penal, contribuir con el desarrollo de la misma mediante su estudio y análisis en los temas en los que pueda generarse controversia, no obstante, es fundamental enfatizar de manera puntual todo lo que enmarcan estos cuestionamientos, de lo contrario, solo quedarán vacíos, e incluso muchas más interrogantes que respuestas.

2.7. Manifestaciones legislativas actuales de la teoría del Derecho Penal del Enemigo en Ecuador.-

“Todo Derecho Penal responde a una determinada política criminal, y toda política criminal depende de la política general propia del Estado a que corresponde” (Mir Puig 2007, citado por Palacios, 2016, p. 57).

Como punto de partida para el tema a desarrollarse, se han seleccionado específicamente cinco delitos consagrados en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, esta elección, se realizó con la finalidad de evidenciar la teoría del Derecho Penal del Enemigo presente en nuestra legislación, relacionando el caso “Los 10 de Luluncoto”.

Los delitos de rebelión, grupos subversivos, terrorismo, delincuencia organizada, y asociación ilícita; tienen una semejanza implícita entre sí, pues, las características relacionadas con la teoría del Derecho Penal del Enemigo, tales como; adelantamiento de la punibilidad, penas impuestas desproporcionadas, y la extinción de ciertas garantías procesales, con frecuencia se hacen presentes al momento de aplicar estos tipos delictivos.

Rodríguez (2014), menciona que, de manera usual aquellos delitos contra la seguridad pública “tienen un tinte de Derecho Penal del Enemigo, por cuanto se imponen penas elevadas para sancionar a los enemigos que atenten contra el sistema constituido” (p. 205),

algo frecuente en nuestro país, ya que este tipo de figuras delictivas buscan la protección de la seguridad pública estatal, enfatizando los intereses del Estado de turno.

a) Delito de Rebelión.-

El termino rebelión es la, “desobediencia a la ley, a la autoridad legítima, a la orden obligatoria” (Cabanellas, 2008, p. 320). Consiste en el levantamiento contra un gobierno, intentando deponerlo a través de su sustitución o derrocamiento, constituye un delito de naturaleza política por la finalidad que posee.

El Código Orgánico Integral Penal (2014), consagra en su artículo 336, el delito de rebelión;

Artículo. 336.- Rebelión.-La persona que se alce o realice acciones violentas que tengan por objeto el desconocimiento de la Constitución de la República o el derrocamiento del gobierno legítimamente constituido, sin que ello afecte el legítimo derecho a la resistencia, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La persona que realice uno o varios de los siguientes actos, será sancionado con pena privativa de libertad de siete a diez años.

1. Se levante en armas, para derrocar al gobierno o dificultar el ejercicio de sus atribuciones.
2. Impida la reunión de la Asamblea Nacional o la disuelva.
3. Impida las elecciones convocadas.
4. Promueva, ayude o sostenga cualquier movimiento armado para alterar la paz del Estado.

(COIP, 2014, art. 336)

- Sujeto activo indeterminado: Cualquier persona.
- Sujeto pasivo: Estado.
- Verbo rector compuesto disyuntivo: Alzar o realizar.

- Verbo rector complementario: Desconocer, derrocar, levantar, impedir, promover.

La configuración de este tipo penal sostiene verbos rectores como; alzar, levantar o promover, conductas que pueden ser estimadas como peligrosas por parte del sujeto activo hacia la perpetuidad de un gobierno legítimamente constituido, pero que no constituyen actos consumados como tal.

Es precisamente, en esta línea, que la teoría del derecho penal del enemigo da paso a uno de sus características; el adelantamiento de la punibilidad, considerando que dependerá del numeral de esta figura delictiva, o incluso del caso, poder verificar si indiscutiblemente se produce una afectación al bien jurídico protegido.

Otra de las posiciones reflejadas en la teoría del Derecho Penal del Enemigo, es catalogar de manera tácita la diferenciación existente entre persona y enemigo, ya que el segundo, al no representar una garantía ante la norma, es excluido, exhibiendo así, la disimilitud dentro del proceso penal.

En sentido jurídico-penal (...) <enemigo> no es un concepto religioso ni político, sino una categoría científica que presupone la distinción sistémica entre <individuo> y <persona>, y que alude al sujeto que no presta una garantía cognitiva de cumplimiento de la norma, y por ello es tratado por el Derecho como foco de peligro. (Polaino, 2009, p. 613)

Esta reflexión con la que se pronuncia el Dr. Polaino, tiene una connotación clara acerca de cuál es el direccionamiento que se le pretende dar al individuo que ha evitado el cumplimiento de la norma mediante la falta de seguridad cognitiva que proporciona a la sociedad.

Es decir, el delito de rebelión establecido en la normativa penal ecuatoriano, posee características de la teoría en cuestión, denotando la peligrosidad que representa para el Estado ciertas conductas en desacuerdo con la norma establecida.

b) *Grupos subversivos.*-

Se define grupos subversivos a aquellos “que tengan como objetivo derrocar las estructuras de autoridad e invertir los valores y principios sobre los cuales se fundamenta un sistema o régimen, bien sea a nivel político, ideológico, moral o social” (*Significados.com*, 2015, p. 1). Se conforman con el fin de desestabilizar un orden vigente, con el cambio social y político de manera violenta.

El Código Orgánico Integral Penal (2014), consagra en su artículo 349, la siguiente conducta:

Artículo. 349.- Grupos subversivos.- La persona que promueva, dirija o participe en organizaciones armadas, comandos, grupos de combate, grupos o células terroristas, destinadas a subvertir el orden público, sustituir las fuerzas armadas y policía nacional, atacarlas o interferir su normal desempeño, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. (COIP, 2014, art. 349)

- Sujeto activo: Cualquier persona.
- Sujeto pasivo: Estado.
- Verbo rector compuesto disyuntivo: Promover, dirigir o participar.
- Verbo rector complementario: Subvertir, sustituir, atacar, interferir.

De acuerdo a la teoría del derecho penal del enemigo, el delito citado constata nuevamente la presencia de ciertos verbos que no componen la consumación de un acto delictivo, sino más bien su preparación, lo que genera el amplio adelantamiento a la punibilidad, adentrándose en una fase previa al acto típico antijurídico y culpable.

El solo hecho de promover, es decir de estar en la fase de resoluciones manifestadas del *iter criminis*, ya representa para el Estado un “peligro”, lo que conlleva a que se imponga una pena

de cinco a siete años, sin considerar que el solo hecho de promover ni siquiera significa “ejecutar”, por lo que en el fondo no estamos ante un acto subversivo, sino ante una idea subversiva; idea que debe ser neutralizada por provenir de un enemigo. (Rodríguez, 2014, p. 209)

Como menciona el autor, la intervención por parte del ente estatal se encuentra direccionada al combate de peligros, pues al no exteriorizarse la idea subversiva, no se comete el delito, por lo tanto, tampoco debería existir la necesidad de una pena, sin embargo, en este tipo de teoría predomina la contienda en contra de la peligrosidad del individuo.

Adicional, la concepción de esta ideología, responsabiliza la comisión de los delitos en contra de la estructura del Estado, como es el caso, al catalogado “enemigo”, pues su conducta no cumple con el imaginario del contrato social, y la consecuencia será ser tratado como ajeno dentro del sistema judicial, característica propia de la teoría del Derecho Penal del Enemigo.

c) Delito de Terrorismo.-

El delito de terrorismo se cataloga como la “dominación por medio del terror. Actos de violencia y maldad ejecutados para amedrentar a ciertos sectores sociales o a una población determinada o para desorganizar una estructura económica social o política” (Cabanellas, 2008, p.362). Se entiende entonces que, el terrorismo es producto de conductas violentas que provocan sensación de terror con la finalidad de perturbar el contexto social.

Palacios (2016), lo define como;

El acto típico, antijurídico y culpable que tiende a colocar al Estado en una situación de peligro, a través de actos que alteran su paz y dignidad o afectan las bases constitucionales y su integridad territorial, atentando al funcionamiento de instituciones fundamentales y el respeto general al ordenamiento jurídico vigente. (Palacios, 2016, p. 57)

El ordenamiento jurídico ecuatoriano, contempla el delito de terrorismo en el Código Orgánico Integral Penal (2014);

Artículo 366.- Terrorismo.- La persona que individualmente o formando asociaciones armadas, provoque o mantenga en estado de terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o pongan en peligro las edificaciones, medios de comunicación, transporte, valiéndose de medios capaces de causar estragos, será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años, en especial si: (COIP, 2014, art. 366)

Numeral 9. La persona que entregue, coloque, arroje o detone un artefacto o sustancia explosiva u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura, con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales a las personas o con el fin de causar una destrucción material significativa. (COIP, 2014, art. 366)

- Sujeto activo: Cualquier persona.
- Sujeto pasivo: Estado.
- Verbo rector compuesto disyuntivo: Provocar, mantener, entregar, colocar, arrojar, o detonar.
- Verbo rector complementario: Poner, causar.

Como se puede inferir, desde la postura de la teoría del derecho penal del enemigo, este tipo de delito procura impedir peligros concretos, pues los verbos rectores usados en el tipo, tienen como medida restringir toda clase de actos violentos que puedan generar terror en una parte de la población, reprimiendo así, la expansión de los llamados enemigos.

Al combatir peligros desde el posicionamiento del derecho penal del enemigo, se hace un breve adelantamiento a los actos que puedan ser punibles, considerando como un foco

peligroso al individuo que busque el quebrantamiento de la norma, no obstante, a pesar de hacer alusión a un delito con una connotación severa, el sujeto no deja de lado su calidad de persona.

“Por eso, la sospecha de un delito más grave justifica medidas más intensas de investigación, del mismo modo que su prueba legitima una pena más grave. Sin embargo, también con un delito grave queda siempre dotado el inculpado de derechos y recursos jurídicos propios. Él queda como ciudadano, aun cuando recaiga sospecha en su contra de que se ha comportado de modo enemigo. En un Estado de Derecho no puede existir un enemigo como no-persona”. (García, 2006, citado por Ríos, 2012, p. 160-161)

Como menciona Ríos (2006), la teoría del Derecho Penal del Enemigo se acentúa en este tipo de conductas tipificadas en el momento de realizarse el proceso penal, pues existe la presencia de cierta limitación de garantías procesales por alejar al sujeto procesal de su atributo de ciudadano.

Rodríguez (2014), expresa que este tipo de delito se usa “para perseguir y amordazar a enemigos políticos del régimen” (p. 223), lo cual, es totalmente cierto en Ecuador, ya que puede no constatarse la lesión del bien jurídico al momento de aplicar la sanción, y hacerlo por disposiciones que tengan un trasfondo de poder, reflejando enemistad, característica propia de dicha teoría.

d) Delincuencia Organizada.-

La delincuencia organizada se puede interpretar como, una red delictiva, conformada por un grupo de personas que, a través de un acuerdo forman una organización dispuesta al cometimiento de actos delictivos que den como resultado un beneficio de orden material.

El Código Orgánico Integral Penal (2014), consagra en su artículo 369, esta conducta:

Artículo 369.- Delincuencia Organizada.- La persona que mediante acuerdo o concertación forme un grupo estructurado de dos o más personas que, de forma permanente o reiterada, financien de cualquier forma, ejerzan el mando o dirección o planifiquen las actividades de una organización delictiva, con el propósito de cometer uno o más delitos sancionados con pena privativa de libertad de más de cinco años, que tenga como objetivo final la obtención de beneficios económicos u otros de orden material, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años. Los demás colaboradores serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años. (COIP, 2014, art. 369)

- Sujeto activo: Cualquier persona.
- Sujeto pasivo: Estado.
- Verbo rector compuesto disyuntivo: Formar, financiar, ejercer, o planificar.
- Verbo rector complementario: Acordar, concertar, cometer.

La delincuencia organizada es un fenómeno global contemporáneo de carácter político, económico y social, siendo este una asociación de un grupo de (...) personas vinculadas con la finalidad u objeto de dedicarse a una o más actividades delictivas para obtener beneficios económicos y de otro orden en forma constante, teniendo como características y modalidades comunes capacidad gerencial. (Escalante, 2003, p.1)

Como se observa en el tipo penal de delincuencia organizada y en la definición obtenida, esta figura criminal fomenta un ambiente de ilegalidad en la organización delictiva mediante la dirección de actividades ilícitas con la finalidad de obtener réditos de carácter material.

Desde la perspectiva manejada por la teoría del Derecho Penal del Enemigo, es justamente, la conformación de grupos que propicien actos delictivos lo que convierte a estos individuos en enemigos, ya que su comportamiento no solo es contrario al orden establecido, sino que además carece de la garantía cognitiva que es exigida para el trato como persona.

Nuevamente, la característica del adelantamiento de la punibilidad, se constata, pues, “no es necesario que ejecuten conductas típicas” (Rodríguez, 2004, p. 226), porque los verbos que se precisan se encuentran en actos preparatorios, no en una clara consumación, justamente el artículo analizado, habla de propósitos, por lo tanto se refiere a la preparación de la comisión.

Es indudable que el propósito que posee la delincuencia organizada, hace que sus integrantes sean sujetos potencialmente peligrosos, por lo que su trato durante el proceso penal, irradiará otra de las características de esta teoría; escasas de garantías, sugiriendo su trato disímil, por tratarse de individuos que han decidido de forma voluntaria alejarse del derecho.

e) Asociación ilícita.-

Grisolía (2004), define a la asociación ilícita como:

El conjunto de personas que se organizan en torno de un objetivo común, que comprende la finalidad de cometer delitos. (...) El tipo objetivo del ilícito supone la existencia de una organización trabada por un vínculo con carácter de cierta permanencia y estabilidad, pero además requiere la convergencia anímica en la finalidad criminosa de los sujetos que la componen. (p. 1)

El Código Orgánico Integral Penal (2014), consagra en su artículo 370, la tipificación de este delito;

Artículo 370.- Asociación Ilícita.- Cuando dos o más personas se asocien con el fin de cometer delitos, sancionados con pena privativa de libertad de menos de cinco años, cada una de ellas será sancionada, por el solo hecho de la asociación, con pena privativa de libertad de tres a cinco años. (COIP, 2014, art. 370)

- Sujeto activo: Cualquier persona (dos o más).

- Sujeto pasivo: Estado.
- Verbo rector compuesto: Asociar, cometer.

En la línea planteada por la teoría del Derecho Penal del Enemigo, se busca neutralizar los peligros emanados por el enemigo a través del adelantamiento de la punibilidad, característica notoria en el tipo de asociación ilícita, ya que “el ilícito se consuma por el solo hecho de organizarse, independientemente de la comisión efectiva de los delitos” (Grisolía, 2004, p. 1).

Se puede entender que, básicamente la asociación ilícita se encuentra en la agrupación de dos o más personas que posean como finalidad la comisión de un delito. Sin embargo, es interesante que lo que se pretende juzgar es el hecho de la asociación, sin tener en cuenta la comisión del delito o no.

Este tipo de delito es una clara ejemplificación de Derecho Penal del Enemigo, ya que posee las tres características adjudicadas a la ideología del enemigo; amplio adelantamiento de la punibilidad, la pena impuesta es desproporcionada ya que únicamente se considera como un peligro a las personas que han decidido asociarse, y las garantías limitadas se reflejarán según sea el caso, pero el estigma de enemigo del Estado, está implícito en el grupo convocado, por tanto representan un atentado contra el entorno social.

Para finalizar con este tema, es necesario precisar que los delitos que se analizaron, tienen como bien jurídico protegido la seguridad pública, misma que busca resguardar el interés integral de todo un conglomerado bajo el gobierno de un mismo Estado, no netamente intereses particulares.

En este sentido, se ha verificado la presencia del Derecho Penal del Enemigo en nuestra legislación penal, con la existencia prevaleciente de sus características vinculadas al combate

de la peligrosidad. Según Rodríguez (2014), “estos ejemplos demuestran que la catalogación de “enemigo” no es peyorativo, sino únicamente descriptivo desde la científicidad” (p. 233).

La Seguridad Pública, representa un bien jurídico de suma importancia, siempre y cuando se encuentre direccionado a la legalidad, y al respeto entre gobernantes y súbditos. Díaz (2012), señala que;

La Seguridad Pública es un Derecho Humano irrenunciable de los gobernados para exigir del Gobierno, como parte del Estado, la mayor protección a su integridad física y a su patrimonio, sin menoscabo de la paz social y el pleno respeto para sus libertades y derechos. (citado por Palacios, 2016, p. 57)

Lamentablemente, nuestra legislación posee tintes de esta teoría, una teoría peligrosa en un Estado garantista de derechos, ya que se trata de un camino al que pueden acceder fácilmente intereses particulares que quieran jugar las cartas a su favor. Dependerá de la correcta evaluación de cada caso en concreto, la aplicación o no de estos tipos penales, constatando de manera fehaciente si se ha deteriorado un interés social.

CAPITULO III

ANALISIS DOGMATICO, DOCTRINAL Y LEGISLATIVO DEL CASO

ECUATORIANO “LOS 10 DE LULUNCOTO”

“El legislador debe ser el eco de la razón, y el magistrado el eco de la ley” (Pitágoras, s.f.)

3.1.Datos generales.-

Desde inicios del Estado, Ecuador se ha caracterizado por mantener en el poder a gobiernos dinámicos en el curso de su política, gobiernos dedicados a promover la división de poderes y la convivencia social de manera estratégica y organizada, teniendo como fundamento principal, el orden social basado en la paz colectiva.

Uno de los regímenes que se destacó por su manera particular de administrar el Estado, es el gobierno de Rafael Correa. A partir de la toma de posicionamiento del ex-presidente, Ecuador tomo una marcha diferente en cuanto a la limitación del poder estatal, y la concepción de un Estado garantista.

La ideología del ex gobernante Rafael Correa, provocó un enfrentamiento de intereses entre el Estado ecuatoriano y los ciudadanos pertenecientes al mismo. En la historia que se encuentra reflejada en el transcurso de su candidatura, los procesos tragicómicos por los que tuvo que pasar Ecuador, denotan la extralimitación del poder estatal.

Durante el periodo del magistrado, se evidenció una fuerte persecución política a las personas contrarias al régimen, uno de los casos más notorios en los que se logró constatar la grieta social que generó el autoritarismo del mandatario, es el conocido caso “Los 10 de Luluncoto”.

En efecto, la limitación al poder punitivo del Estado, se había convertido en una quimera al mando de la “Revolución Ciudadana”. La autoridad que se emanaba por parte del ente estatal, se especializó en actuaciones opresoras.

El caso ecuatoriano “Los 10 de Luluncoto”, corrobora los acontecimientos suscitados por el abuso de poder durante el periodo presidencial del ex presidente Rafael Correa, quien a través de su autoritarismo se encargó de criminalizar actos que no le parecían favorables para su permanencia en el poder, convirtiendo a los opositores en enemigos del Estado, dejando de lado la concepción garantista que él mismo había promulgado.

3.2. Antecedentes.-

Con fecha 30 de noviembre del 2011, la policía da inicio a un proceso de investigación, que busca relacionar la explosión de bombas panfletarias, en las ciudades de Guayaquil, Quito y Cuenca. El operativo, denominado “Sol Rojo” pretende implicar a las personas que fueron partícipes de las explosiones mencionadas, y constatar la existencia de un grupo subversivo (Ávila, 2013).

La policía busca relacionar al Grupo de Combatientes Populares (GCP), con los atentados efectuados en el país. El (GCP), es identificado como un grupo de jóvenes que se autodefinen como una organización político-militar, la cual, surge “de un ascenso de la lucha social, de una intensa (actividad) política (El Comercio, 2012).”

En consecuencia, en febrero del año 2012, se procede con la indagación del ciudadano Royce Gómez, por una supuesta denuncia en la que se planteaba su participación dentro del Grupo de Combatientes Populares, en el expediente la parte denunciante es “anónima”. (Trávez, 2017, p. 54).

A partir de la acusación que se realiza en contra del ciudadano Royce Gómez, el agente de policía Santiago Viera, durante varios días, procede con la investigación de todo lo relacionado con la participación de Gómez dentro del (GCP), accediendo clandestinamente al historial de navegación, y a otras páginas de internet como la cuenta de Facebook, y blogs del implicado, mismos, en los que posteaba su posición acerca de varios temas de interés social; enlaces que según el policía, constituían prueba fundamental dentro del proceso investigativo.

Es preciso señalar, que la toma de decisión por parte del ente estatal para dar inicio al proceso, se produjo no solo con la intención de descubrir quiénes habían provocado la explosión de las bombas planetarias meses atrás, sino también por el interés de las consecuencias que tendría en el régimen, las próximas protestas sociales en el país.

En el mismo año, la marcha emprendida por la CONAIE, y varias organizaciones populares, pretendían manifestar su rechazo a la política extractivista del gobierno del ex presidente Rafael Correa, y como proclama principal buscaban la defensa del agua. Con este motivo, las organizaciones interesadas se movilizaron en la Marcha Plurinacional por la Vida, el Agua y la Dignidad de los Pueblos. (Trávez, 2017, p. 53)

Sin embargo, el miedo del régimen al ser vulnerado por ideas contrarias al mismo, ocasionó su pronunciamiento durante varios comunicados en la prensa nacional, donde enfatizaban que la movilización a realizarse tenía rasgos desestabilizadores y golpistas para el gobierno de la revolución.

En respuesta a las organizaciones manifestantes y a los grupos indígenas, el gobierno instauro dos estrategias para neutralizar la marcha que consideraban golpista: confrontar “masas contra masas”, es decir, fomentar que grupos organizados a favor del gobierno se antepongan a los movimientos sociales, y como corolario ejecutar el operativo “Sol Rojo”,

para evidenciar la intencionalidad, “violenta”, “insurgente”, y “terrorista” de la marcha a realizarse (Trávez, 2017, p. 54).

Durante el proceso de indagación “Sol Rojo”, se dio a conocer que un agente infiltrado había entablado una falsa amistad con Royce Gómez, y por ello tenía conocimiento acerca del motivo y día de la reunión en la que estarían los demás implicados. En la reunión según el informe policial, y la declaración del infiltrado, se tratarían estrategias atentatorias contra el Estado el día de la marcha.

3.3. Día de los hechos.-

El día 03 de marzo, del año 2012, los agentes de policía Santiago Viera y Pablo Espinoza, solicitan al juez de garantías penales, Juan Pablo Hernández, que se les proporcione la autorización correspondiente para dar paso al allanamiento y detención de las personas próximas a reunirse. El juez Hernández, citado por Ávila (2012), alega que:

“existen indicios que pueden determinar que el ciudadano Crithiam Royce Gómez Romero sería miembro activo del Grupo de Combatientes Populares, que tendrían previsto realizar una reunión de líderes de este mencionado grupo insurgente, quienes tendrían previsto planificar actos que pueden en poner en riesgo la seguridad del Estado”. (Ávila, 2012, p.30)

Posteriormente, el mismo día en la ciudad de Quito a las 16.00 horas, en un departamento del condominio Casales de San Pedro, Bloque N°7, ubicado en el sector de Luluncoto, al sur de la capital, fueron detenidas diez personas identificadas como: Vinuesa Puente Victor Hugo, Gallegos Valarezo Luis Santiago, Heras Bermeo Jescenia Abigail, Gómez Romero Crithiam Royce, Castro Cangas Pablo Andrés, Estupiñan Prado Héctor Javier, Campaña Sandoval Ana Cristina, Merchan Mosquera Luis Marcelo, Zambrano Farias César Enrique y

Tapia Jarrin Fadia Elizabeth; presuntamente acusadas de vulnerar la seguridad interior del Estado y formar parte del Grupo de Combatientes Populares.

La Policía Nacional, que intervino en el operativo, se encargó de allanar el lugar, e incautar los bienes de las personas reunidas, se recaudaron “todos los objetos que las personas tenían en su posesión y las cosas que estaban alrededor del lugar donde estaban sentadas. Desde monedas de un centavo, hasta computadoras, pasando por cuadernos, teléfonos celulares, llaveros, libros y hasta la Constitución” (Ávila, 2012, p. 31).

Ciertamente, se puede presumir que la intención de la Policía, al recoger todos los elementos que se encontraban en aquel departamento, incluyendo monedas, cuadernos y afiches del Che Guevara, era aportar en la investigación con pruebas irrefutables del material subversivo perteneciente a los implicados en su propósito por desestabilizar al régimen.

Dentro del proceso, se dieron a conocer dos versiones; la primera perteneciente al informe policial y las entidades de justicia, y la segunda acerca del pronunciamiento de los procesados. Ambas versiones poseen rasgos distintos de lo ocurrido aquel 03 de marzo del año 2012, cada una concebida desde la veracidad, según la perspectiva de los involucrados.

3.4. Versión 1: El Estado y sus instituciones.-

La versión otorgada por la policía nacional y los entes judiciales, evidencia el ímpetu en contra de los involucrados, los actos que se detallan a continuación, revelan la incesante necesidad por vincular a los procesados con el ataque suscitado en el año 2011, con la explosión de bombas panfletarias en varias ciudades del país.

Se tiene como antecedente que en el año 2011 a partir del mes de noviembre, en las ciudades de Quito, Guayaquil y Cuenca se produjo la detonación de varios artefactos explosivos con características de bombas panfletarias. Es en base a este argumento, que se

decide dar inicio a la instrucción fiscal, la cual pretende reunir elementos de convicción que vinculen la responsabilidad de los involucrados en subvertir el orden y la paz social.

La fiscalía junto con la Policía Nacional, indagan en los archivos policiales aquella información de individuos que se organizan para incurrir en actos violentos, es así, que la Fiscalía relaciona el acontecimiento con el Grupo de Combatientes Populares. Mediante varias investigaciones la Fiscalía y la Policía Nacional, intentan identificar a los integrantes del grupo, mismo que se denomina como rebelde ante la institución estatal.

En base a la información recabada, se llega a dar con uno de los miembros quien es identificado como Royce Gómez Romero. La búsqueda como se alega en el expediente, fue el resultado de intervenir en la comunicación del individuo mediante sus redes sociales y elementos informáticos.

En la cuenta de Facebook del señor Gómez, se localizó evidencia de su posible participación en la situación que se había provocado respecto a las bombas panfletarias. En los lugares en donde se originaron las explosiones, se encontraron panfletos con imágenes del presidente de Colombia que contenían el texto “no creo en Santos”, al igual que en las redes sociales del implicado. Las mismas imágenes, la misma intención.

Es decir, las imágenes encontradas coinciden con la existencia de un presunto grupo subversivo que tiene como finalidad provocar el caos en la civilización mediante el uso de armas y artefactos explosivos. El (GCP), posee ideologías de corte político, que tienen el objetivo de alcanzar el poder mediante la desestabilización del orden institucional, por ende, el vínculo entre lo ocasionado y el Grupo de Combatientes Populares, es notorio.

Se hace énfasis en que el (GCP), cuenta con una estructura que se comanda a nivel provincial, por lo mismo, es posible que se haya ordenado la explosión de las bombas en distintos lugares del país a través de los comisionados de cada ciudad.

Según la versión de la Policía, durante el proceso de investigación, se recibió una llamada anónima por parte de una mujer, anunciando que el día 03 de marzo del año 2012, un grupo de personas pertenecientes al Grupo de Combatientes Populares se reuniría en un departamento ubicado en el sector de Luluncoto, con la finalidad de planificar actos terroristas.

Es así que la Fiscalía y la Policía Nacional deciden realizar la operación denominada “Sol Rojo”, operación que pretendía verificar la información proporcionada por parte de la desesperada mujer, que por temor a represalias, prefirió esconderse en el anonimato. Para comprobar la información que brindo esta fuente, se ejecuta la orden de allanamiento, encontrando en el inmueble a diez personas.

Se procede con la respectiva detención, mientras se halla evidencia fundamental para el proceso. Evidencia relevante como laptops, teléfonos móviles, documentación, cronogramas acerca de las actividades que se pretendían realizar, políticas del Grupo de Combatientes Populares, afiches del Che Guevara, textos en rechazo al presidente Santos que coinciden con los panfletos, entre otros.

La recolección de estos elementos, confirma la tesis presentada por Fiscalía acerca de la existencia de individuos que provocan actos violentos con la finalidad de desestabilizar el gobierno mediante actuaciones atentatorias en contra del orden social, también se les atribuye la explosión de las bombas panfletarias debido a que varios de los implicados son habitantes de las ciudades en las que se produjeron los hechos. La Fiscalía acusa a los involucrados del delito de actos terroristas.

3.5. Versión 2: Pronunciamiento de los implicados.-

El pronunciamiento por parte de los ciudadanos involucrados en el operativo denominado “Sol Rojo”, dista mucho de la versión que otorga la Policía Nacional y la Fiscalía. A continuación, se detallarán los hechos desde una perspectiva incompatible a la mencionada con anterioridad, las personas que fueron partícipes del atropello de sus derechos, tienen un recuerdo distinto de lo acontecido en aquella fecha.

Royce Gómez, la persona identificada por la Policía Nacional, frecuentaba postear en sus redes sociales comentarios en contra del régimen del ex presidente Rafael Correa, de acuerdo a la versión otorgada por los diez implicados, el operativo por parte de los entes judiciales, no surgió por la supuesta denuncia anónima, sino por un comentario en la cuenta de Facebook de Gómez, en donde expresaba su desacuerdo con la manera de manejar el gobierno por parte del mandatario. Este fue el detonante para que se generara la persecución política en contra de diez jóvenes, estudiantes y profesionales; que solo pretendían ser partícipes de una protesta social, derecho constitucional reconocido en la normativa.

Próxima a realizarse la Marcha Plurinacional por la Vida, el Agua y la Dignidad de los Pueblos en Ecuador, los activistas sociales y políticos, Vinuesa Puente Victor Hugo, Gallegos Valarezo Luis Santiago, Heras Bermeo Jescenia Abigail, Gómez Romero Crithiam Royce, Estupiñan Prado Héctor Javier, Campaña Sandoval Ana Cristina, Merchan Mosquera Luis Marcelo, Zambrano Farias César Enrique y Tapia Jarrin Fadua Elizabeth, fueron convocados en la ciudad de Quito por el señor Castro Cangas Pablo Andrés, quien conocía a la mayoría de los mencionados.

Es preciso señalar que los ciudadanos inmersos en el caso, no se conocían en su totalidad, como lo menciona la Policía en su versión, ni tampoco pertenecían al mismo grupo subversivo denominado (GCP), pues la reunión había sido convocada por el señor Castro, quien al ser dirigente de varias organizaciones sociales, tenía conocimiento de personas

afines a sus intereses, por lo cual, selecciono a los representantes de distintos movimientos sindicales y políticos, que podrían estar comprometidos en la participación de la marcha, entre ellos, la señorita Fadia Tapia, dirigente estudiantil de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.

Las personas involucradas asistirían a la marcha con la intención de apoyar al movimiento indígena en su propuesta, por lo tanto, habían decidido reunirse para analizar el documento expedido por el gobierno de aquel entonces, denominado “Defiende la democracia”, que básicamente planteaba contrarrestar los intereses de la marcha, alegando que la misma pretendía desestabilizar y derrocar al régimen (Fadia Tapia, entrevistada por la autora, Quito, 17 de julio del 2019).

Los implicados tenían como finalidad examinar el documento en la reunión para evitar que surjan enfrentamientos entre las distintas posiciones, pues el gobierno se había empeñado en hacer una lucha entre masas, en donde los perjudicados resultarían ser los opositores de su ideología.

Se citó a las personas nombradas, el día 03 de marzo del 2012, a las 16.00 horas, minutos después, alrededor de cuarenta policías armados ingresaron al domicilio ubicado en los Casales de San Pedro dirigidos por la Fiscal Diana Fernández, para allanar el inmueble y decomisar todos los objetos del lugar.

La Policía encañonó a las personas ahí reunidas, quitándoles sus pertenencias, entre ellas, sus documentos de identidad, y así obteniendo en ese momento los datos de los participantes, pues según la versión de los implicados, no se conocía los nombres de las personas asistentes con anterioridad a la reunión, no hubo orden de detención para 24 horas con fines investigativos, tampoco boleta de encarcelamiento alguna, ni delito flagrante existente para tal actuación policial.

En la detención, los involucrados fueron sometidos a tratos crueles, posiciones incómodas, golpes y maltrato psicológico por parte de los uniformados, la señorita Fadia Tapia que se encontraba en estado de gestación, fue obligada al igual que sus otros compañeros a permanecer siete horas arrodillada en el suelo, siete horas estando con cuatro meses de embarazo.

El allanamiento se produjo de manera abusiva, violentando derechos fundamentales del ser humano, sin corroborar la existencia de una infracción, los diez jóvenes se habían congregado para tratar temas de relevancia social, política y democrática, algo que se da con frecuencia en personas con alto interés por los temas.

Las pruebas que la Fiscalía había considerado fundamentales, no tenían mayor importancia según se comenta en esta versión, no había relación con lo ocurrido en el año 2011 con las bombas panfletarias, menos aún se planificaría un atentado terrorista con la fabricación casera de material explosivo en aquel lugar.

La reunión no había sido convocada por el señor Gómez supuesto representante del (GCP), los involucrados no pertenecían al Grupo de Combatientes Populares ni tenían conocimiento acerca del mismo, no sabían de la existencia de las bombas panfletarias detonadas en el país, ni tampoco habían cometido delito alguno al momento del encuentro. Los siete hombres y las tres mujeres congregados, simplemente quisieron tratar el tema del “Buen Vivir”, sin embargo, fueron detenidos bajo la sospecha de que habían realizado actos terroristas y en esta ocasión planificaban nuevos.

3.6.Fases relevantes del proceso.-

a) Audiencia de formulación de cargos.-

Con los elementos de convicción suficientes, se da inicio a la instrucción fiscal el día 04 de marzo del 2012, ante el Juez Vigésimo Segundo de Garantías Penales de Pichincha,

en la Unidad de Vigilancia de Carapungo, la Fiscal de Delincuencia Organizada, Transnacional e Internacional Diana Fernández, presenta la acusación hacia los diez ciudadanos implicados.

La Fiscal se pronuncia respecto a la detención, (Expediente Judicial N° 570, 2012, fs. 52), alegando:

Estamos ante una situación de bandas organizadas, que quieren causar alarma social, [...] por medio de una denuncia a miembros de la policía se identifica al miembro de esta organización [...] se conoce que los líderes de esta organización se reunirían el tres de marzo de dos mil doce en un lugar determinado, por lo que se montó seguimiento [...] por lo tanto señor juez se solicitó por parte de la Fiscalía una orden de allanamiento y detención [...]. (citado por Hidrovo, 2017, p. 70)

La fiscalía asegura la existencia de una banda organizada que busca desestabilizar la paz social mediante la perpetración de actos delictivos, también menciona que en la reunión convocada el día 03 de marzo, se darían cita los miembros de la banda a la que se hace alusión.

En cuanto a la motivación presentada por parte de fiscalía para poder solicitar al juez prisión preventiva de los acusados, se argumentó la incesante preocupación que generaba la reunión de aquel día, pues los implicados tenían como objetivo primordial planificar actos en contra de la seguridad del Estado, poniendo en peligro la seguridad de toda una Nación (Expediente Judicial N° 570, 2012, fs. 52).

El agente de Policía Nacional, Santiago Viera, encargado de realizar la investigación, afirmó que a las diez personas se les dio a conocer sus derechos en presencia de la Fiscal, y que todas las evidencias halladas en el lugar, eran pertenencias de los detenidos. (Expediente

Judicial N° 570, 2012, fs. 53), esto, en mención de la declaración de algunos de los implicados, acerca de la implantación de pruebas por parte de los uniformados y Fiscalía.

Los acusados Cristina Campaña y Luis Merchán se pronunciaron respecto a la implantación de pruebas, pues ambos, comentaron que había objetos que la Fiscalía considero como elementos de convicción, que no le pertenecían a ninguno de los presentes, y que dado el tiempo en el que se realizó el allanamiento, los uniformados aumentaron material en el lugar de los hechos (Hidrovo, 2017, p. 71).

En este contexto, la Fiscalía solicitó la prisión preventiva bajo los siguiente presupuestos: 1) indicios suficientes de la existencia de un delito de acción pública; 2) indicios claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito que se investiga; 3) que se trata de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año de prisión; 4) indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para garantizar su comparecencia al proceso. (Expediente Judicial 570:53, citado por Hidrovo, 2017, p. 71)

Es así, que el juez Juan Pablo Hernández, decide dictar prisión preventiva bajo los argumentos presentados por la Fiscal, el juez consideró que la reunión no era lícita debido a que la finalidad de la misma era atentar contra la seguridad del Estado. La prisión preventiva para los implicados, aseguraría su presencia en el proceso y facilitaría la investigación por parte de la Fiscalía.

Uno de los sucesos que más se destacó dentro del proceso, fue la acusación por parte de Fiscalía del tipo penal, pues no se hizo referencia a un tipo en específico, sino a un título entero del Código Penal, el Título 1 de los delitos contra de la Seguridad del Estado. La Fiscal Diana Fernández, mencionó que no era viable individualizar el articulado porque aún se encontraban en investigaciones, por lo tanto, hasta no concluir con las mismas, no se tendría la certeza del delito por el cual eran acusados (Hidrovo, 2018, p. 72).

Esto sí me pareció harto insólito y además impuso un reto muy difícil para la organización de la defensa. La fiscal les acusó a las personas que estaban reunidas hablando de política por 51 artículos del Código Penal. No me puedo imaginar lo que significa preparar una defensa por 51 hechos delictivos que, según la fiscal, podrían encuadrar dicha reunión. (Ávila 2012, 32)

En efecto, se había cometido una atrocidad en el manejo del proceso. No se tuvo en consideración lo establecido en la norma fundamental acerca del debido proceso, dejando de esta manera en indefensión a los acusados, y provocando grandes problemas para sus defensores.

Es entonces, que uno de los abogados defensores se pronunció:

Hasta los abogados estamos en un verdadero problema, no sabemos de qué defendernos, pero esta es la realidad, este es entonces un segundo gran problema, yo no sé cómo van a resolver la causa, señores Jueces, porque ustedes empezaron preguntando el tipo penal que se perseguía; conclusión en el caso que nos ocupa, no se sabe que delitos perseguir, no se ha tipificado y si no está tipificado y si no hay delito no podemos encontrar nosotros la excusa, no hay la materialidad del delito; y si no hay delito no podemos nosotros encontrar responsables (Expediente Judicial N°570, fs. 84).

Una vez concluida esta parte, se dio inicio a la instrucción fiscal para continuar con las respectivas investigaciones, pudiendo así, encontrar evidencias que acrediten la acusación y determinar el delito en específico. Posteriormente, los abogados de la defensa apelaron la orden emitida por el Juez Vigésimo Segundo de Garantías Penales, sin embargo, la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha, denegó el recurso de apelación y ratificó la prisión preventiva (Hidrovo 2012, p. 74).

“La Corte estableció que “no puede analizar los indicios y sugiere que la libertad de las personas acusadas alteraría el descubrimiento de la verdad fáctica y jurídica que comporta el debido proceso y consideró impertinente sustituir la prisión preventiva” (Ávila, 2012, p. 33).

Al mes y medio de haberse realizado la detención de las diez personas involucradas, se autorizó el allanamiento de las viviendas de cada uno de ellos. Fadia Tapia al respecto, menciona:

La manera en la que violentaron nuestros derechos es indescriptible, los allanamientos que se produjeron en los hogares de cada uno, fue llevado por la fuerza y la intimidación. En mi caso personal, los uniformados entraron armados a altas horas de la madrugada, se llevaron mis objetos personales, entre ellos, pañoletas, discos, una arma de colección de mi padre, cuadernos, esferos rojos, todo lo que ellos consideraban necesario se lo llevaron, dejando angustia y nerviosismo en mi hogar (Fadia Tapia, entrevistada por la autora, Quito, 17 de julio del 2019).

Tapia (2019), considera que la manera en la que se llevó todo el proceso atento contra sus derechos como seres humanos, pues los motivos de la detención no eran claros y las actuaciones que llevo a cabo la Policía y la Fiscalía en la instrucción fiscal, eran temerarias.

b) Auto de llamamiento a juicio.-

El Código de Procedimiento Penal (2000), establece en su artículo 224, el momento oportuno del auto de llamamiento a juicio:

Cuando el fiscal estime que los resultados de la investigación proporcionan datos relevantes sobre la existencia del delito y fundamento grave que le permita deducir que el procesado es autor o partícipe de la infracción, debe emitir dictamen acusatorio y requerir al juez de garantías penales que dicte auto de llamamiento a juicio. (CPP, 2000, art. 224)

En este sentido, con fecha de 25 de julio del 2012, el juez del caso expide el auto de llamamiento a juicio, y menciona que lo relevante como antecedente dentro del proceso es

manifestar la explosión simultánea de bombas panfletarias en distintas ciudades del país, acto que se llevó a cabo a manos de un grupo organizado que pretende alterar la tranquilidad del conglomerado social. Hipótesis planteada por Fiscalía (Expediente Judicial N°570).

Este acontecimiento promueve el inicio de la investigación por parte de la Policía Nacional, quien a través de una búsqueda dentro de sus expedientes acerca de grupos de individuos que realizan actos violentos, hallan el Grupo de Combatientes Populares, mismo que radica en las ciudades en donde ocurrieron los atentados.

Al encontrar la página de internet del (GCP), se ubica como contacto al señor Royce Gómez, esto, más la llamada anónima de la mujer, lleva a la Policía Nacional y a Fiscalía a intervenir en la reunión convocada con fecha 0 de marzo del 2012, en el sector de Luluncoto (Expediente Judicial N° 570).

Continuando con el proceso, “el juez también menciona que en la evidencia incautada en las viviendas de los detenidos se puede apreciar pañuelos e insignias de la organización, pasa montañas, armas de fuego, planes y programas subversivos” (Hidrovo, 2017, p. 76). Ante esta declaratoria, los abogados defensores argumentaron que no se trataba de armas de fuego como hace alusión el juez, ya que únicamente se incautó un arma de fuego en la casa de Fauda Tapia, arma que no tenía funcionamiento debido a que había sido adquirida como reliquia de la familia (Expediente Judicial N° 570).

El juez también hace referencia a consignas políticas encontradas en el departamento, mismas, que según su criterio jurídico constituyen elementos de convicción, frente a esto, Ávila (2012) menciona;

No sabemos cuáles son las consignas, ni tampoco me parecen demostradas las vinculaciones con el grupo de combatientes populares. Hay manuales de operaciones tácticas de asalto y de cómo

armar bombas, que no fueron individualizadas y que, según los reunidos en sus declaraciones, no estaban en la reunión y posiblemente fueron puestas. (Ávila, 2012, p. 34)

Con esto, se constata la debilidad argumentativa que tuvo la Fiscalía al presentar sus elementos de convicción, ya que no se está comprobando la pertenencia de los procesados en el grupo, y dada las dos versiones, tampoco se ha determinado si la existencia de algunos artefactos eran pertenecientes a los diez detenidos.

Esta etapa concluyó con la acusación de los procesados como autores del delito de actos de terrorismo, el cual se encuentra tipificado en el artículo 160 del Código Penal, y establece que la fabricación, suministro, adquisición, sustracción, o uso de artefactos explosivos “con la finalidad de atentar contra la seguridad común de las personas y los bienes” (Trávez, 2017, p. 59), tiene como sanción la pena privativa de libertad de 3 a 6 años.

Ante la imputación, la defensa de los detenidos mencionó que de acuerdo al artículo 160 del Código Penal, no se podía evidenciar el delito cometido en la reunión del 03 de marzo, y también se probó que las personas estuvieron realizando distintas actividades los días en que se generó la explosión de las bombas panfletarias, es decir, no se logró concretar el nexo causal de ninguna de las acusaciones alegadas.

De acuerdo a la perspectiva del Estado, la verdad material no fue que se haya cometido la acción en concreto, sino evitar que la conducta peligrosa de estos individuos desemboque en una catástrofe. Según el argumento del juez, con la intervención oportuna por parte de la Policía Nacional y la Fiscalía, se logró estabilizar el orden y la paz en nuestra sociedad.

Por último se confirma el hecho de que el terrorismo es un delito de status más que un delito de acción, ya que durante el proceso el Estado no pudo hacer referencia a pruebas concretas sino a la “subjetividad subversiva” de los diez ciudadanos. (Hidrovo, 2017, p. 79)

c) Hábeas Corpus.-

En el caso se tomaron todas las medidas necesarias para poder obtener justicia, una de las instancias en las que se pronunciaron los afectados con la colaboración de sus abogados, fue la presentación del Hábeas Corpus ante la Corte Provincial de Pichincha. Sin embargo, en dos ocasiones, las audiencias convocadas fueron suspendidas por la inasistencia del Juez Décimo de Garantía Penales (Hidrovo, 2017, p. 78).

El 20 de diciembre del 2013, se había convocado a la audiencia de Hábeas Corpus, no obstante, la misma fue suspendida, y el Gobierno ese mismo día, se pronunció con una “oportuna” cadena nacional haciendo referencia explícita del caso emblemático “Los diez de Luluncoto” (Ávila, 2012, p. 37).

Fadua Tapia, se pronuncia acerca de la intervención del Gobierno de turno, en los medios de comunicación:

El caso nuestro fue una persecución política, después de cada audiencia personajes políticos como el Ministro del Interior, se pronunciaban en los medios de comunicación para difamar nuestra verdad. No había Sabatina en la que “Los diez de Luluncoto” no seamos nombrados, comentarios de no eran santitos, no estaban rezando, se intensificaban cada vez más. Era un tema que venía direccionado desde el ejecutivo (Fadua Tapia, entrevistada por la autora, 17 de junio del 2019).

“¿Es justificable una cadena nacional sobre un caso que está a punto de ser resuelto? ¿Afectan la independencia judicial los pronunciamientos de alto nivel sobre el caso?” (Ávila, 2012, p. 37). Es evidente que el pronunciamiento por parte de las autoridades judiciales se vería afectado por la presión ejercida por el mandatario Correa. Los comentarios que emitía acerca de los implicados, denigraban su dignidad y pisoteaban sus derechos.

El día en que se reanuda la audiencia de Hábeas Corpus, los siete varones detenidos llegaron al concluir la convocatoria, por lo que, en aplicación de garantías

constitucionales, se les otorgó la libertad; mientras que a las mujeres, se les ordenó permanecer privadas de libertad hasta concluir el año de prisión preventiva (Hidrovo, 2017, p. 79).

d) Casación.-

Los abogados defensores, decidieron interponer el recurso de casación en contra de la sentencia emitida por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, con fecha 24 de diciembre del 2013, debido a las características violatorias y atentatorias de Derechos Humanos que evidenciaba la misma.

El razonamiento planteado por los abogados de la defensa, verso sobre la fundamentación de la sentencia, pues consideraron que no se había hecho el análisis correspondiente del caso, no había la existencia de un nexo causal entre la reunión y el delito imputado, ni tampoco la participación de sus defendidos en la explosión de bombas ocurrida en el año 2011.

Los patrocinadores del caso, acusaron a la Fiscalía de un mal manejo de su función, no concebían cómo se pudo vulnerar los derechos fundamentales de estudiantes y profesionales, que ejerciendo su libre derecho a la asociación, habían sido arremetidos por la supuesta conformación de una organización terrorista. Además, en la sentencia dictaminada por el Tribunal Penal encargado, se visualizaban inobservancias de la normativa constitucional y penal.

El tribunal dispuso la privación de libertad de un año a los implicados para evitar las protestas que generaría su falta de idoneidad, no se había constatado el delito, y si se hablaba de un delito existente, ¿por qué no se le dio la aplicación correspondiente al caso, siguiendo lo establecido al artículo 160 del Código Penal?. La incongruencia en cada una de las hojas del expediente, es notaria.

Se mencionó también, que el artículo 160 fue vulnerado por cuanto no se encontró armas u objetos para consumar el acto terrorista que se alegaba cometerían los involucrados, “no adecua con la norma aplicada en la sentencia, que solo con ideas no se puede cometer ni siquiera el delito de tentativa, en la doctrina dice que no hay tentativa en actos preparatorios (Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal, Juicio No. 292-2014)”.

Una de las anotaciones que se hizo relevante en esta audiencia, fue la extinción del delito de asociación terrorista debido a la vigencia del nuevo Código Orgánico Integral Penal en el año 2014. Los abogados también se pronunciaron al respecto sobre la falta de consideración de este hecho en el juzgamiento de los diez ciudadanos.

El doctor Ramiro García abogado defensor, manifestó que en agosto del 2014 se modificó el ordenamiento jurídico penal, con la vigencia del nuevo código, hecho que la Sala debió analizar en las instancias procesales.

El tipo penal por el cual se les condena, es el artículo 160. 1 del Código Penal, mismo que posee verbos rectores diferentes al artículo 160, delito por el cual se los acuso en un principio, por un lado, hubo un cambio en la imputación del delito, y por otro, recalca que estos delitos ya no existen, ni tampoco tienen que ver con el artículo 366 del nuevo código al que Fiscalía hace referencia como el acto de infundir terror, ya que en la reunión no se realizó acto terrorista alguno, ni se infundo terror de ninguna manera (Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal, Intervención de García Falconi, Juicio No. 292-2014).

Por otra parte, el Doctor Marco Navas Arboleda en representación de la Fiscalía General del Estado, en todas sus intervenciones se dedicó a ratificar todo lo actuado desde un inicio, comentando en repetidas ocasiones que todos tenemos el derecho a reunirnos, pero eso no fue lo que ocurrió con los implicados, ya que de forma evidente se pudo apreciar que en aquella convocatoria se llevaría a cabo la planificación del uso de artefactos explosivos

en la próxima marcha a realizarse, igual que lo ocurrido meses atrás con las bombas que explotaron simultáneamente en varias ciudades.

De igual manera, la Fiscalía resaltó que el recurso de casación interpuesto por los comparecientes, no cumplía con los requisitos necesarios, ya que consideró que no se había demostrado la vulneración del proceso efectuado en ningún momento, solicitando así, que se rechace el recurso y se confirme la sentencia emitida con anterioridad.

En consecuencia, una vez concluida la intervención de las partes procesales, la Sala Especializada de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, toma su decisión; levanta las medidas cautelares de carácter personal y real que pesan sobre los sentenciados, y declara la nulidad de los actos de los jueces intervinientes en el recurso de apelación. Es declarada la nulidad constitucional de la sentencia dictada por la Sala Penal de Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de fecha 24 de diciembre del 2013, a las 15h29, incluida la audiencia de fundamentación de los recursos (Corte Nacional de Justicia, Sala de Casación Especializada de lo Penal. (10 de marzo del 2016) Juicio No. 292-2014 [JP Zulema Pachacama Nieto]).

3.7. Análisis crítico del caso desde la perspectiva de la teoría de los Bienes Jurídicos Protegidos en el Derecho Penal Garantista.-

“El bien jurídico es considerado una categoría que obstaculiza las arbitrariedades o distorsiones en la elaboración de la estructura penal, pues mantiene una esfera de protección con los bienes más relevante para la sociedad, limitando así el poder punitivo (Díaz, 2012, p. 1)”.

La teoría de los Bienes Jurídicos Protegidos, pretende salvaguardar los intereses vitales del individuo y de la sociedad, mediante la creación de un ordenamiento jurídico que promueva el respeto de aquellos bienes importantes para el desarrollo de la comunidad.

El Estado como ente encargado de la protección de estos bienes, tiende a tener un carácter proteccionista sobre los mismos, ya que procura establecer un alto nivel de garantía a través de los elementos jurídicos que le permitan resguardar de manera exclusiva bienes como; la salud, la vida, la libertad, la seguridad del Estado, entre otros.

Zaffaroni (1975), concibe al Estado como "un bien jurídico de sujeto múltiple (p. 212)", de esta manera, el Estado es considerado como una herramienta para la complacencia de necesidades individuales y colectivas, lo que fundamentaría la condición de bien, como el interés que posee cada uno de los actores del cuerpo social, para asegurar su conservación (Solari y Rodríguez, 2010, p. 208), es decir, el Estado al ser encargado de proteger los bienes vitales para el desarrollo de la sociedad, se vuelve uno.

La seguridad interna del Estado, es considerada como bien jurídico protegido dentro del ordenamiento ecuatoriano, pretende como ente dotado de personalidad, ser respetado por las funciones que debe llevar a cabo para establecer el orden, y la preservación de las estructuras sociales ya implantadas.

La importancia de considerar este bien, como ya se lo ha mencionado con anterioridad, es la permanencia del Estado y de las instituciones que brindan estabilidad al conglomerado social, sin embargo, es imprescindible analizar si existió una verdadera afectación del bien jurídico protegido, o si fueron simples rasgos de peligrosidad basados en intereses políticos los que envolvieron el caso "Los diez de Luluncoto".

En el caso ecuatoriano, los involucrados fueron acusados de atentar contra el bien jurídico protegido denominado, seguridad interior del Estado. Lo que se evidenciaba dentro de lo actuado en el proceso por parte de la Policía Nacional y la Fiscalía, fue la participación de diez personas en actos terroristas con la implantación de varias bombas panfletarias en

ciertas ciudades del país, además, se mencionó que pertenecían a un grupo subversivo que buscaba generar un nuevo disturbio en una reunión convocada el día 03 de marzo del 2012.

En esta parte, se tomarán en cuenta datos relevantes dentro del proceso para poder vincular las características de la teoría del Bien Jurídico Protegido, dentro del Estado garantista ecuatoriano.

Las garantías penales y procesales pueden definirse como aquellos límites negativos (obligaciones de no hacer) y vínculos positivos (obligaciones de hacer) impuestos por el ejercicio del ius punendi, tanto en abstracto o en el plano de la producción normativa como en concreto o en el plano aplicativo, en orden a la protección de los derechos fundamentales del imputado o del reo (Prieto, 2011, p. 81).

Con anterioridad al día de los sucesos, el agente Santiago Viera, inicia una investigación por cuenta de la Policía Nacional, del Grupo de Combatientes Populares, donde encuentra el nombre de “Royce Gómez. ¿En una sociedad democrática puede un policía hacer una investigación fuera del Código de Procedimiento Penal? Se trata de vivir en un Estado de derechos o en un Estado policial” (Ávila, 2012, p. 29).

Ávila (2012), menciona que en un Estado de derechos, como el nuestro, los agentes de policía, para no tener que vulnerar derechos deben actuar bajo la supervisión de un fiscal designado, esto no ocurrió en el caso, ya que de manera arbitraria se dio paso a una indagación que no contaba con el permiso de la autoridad competente.

“Estas intervenciones corresponden a lo que en la doctrina penal se conoce como “derecho penal subterráneo”. Es decir, aquella actividad de investigación que se hace al amparo del secreto, la clandestinidad, la ilegalidad, la arbitrariedad y hasta la inmoralidad” (Ávila, 2012, p. 29).

Desde este momento, se denota una clara violación de derechos por parte de las autoridades policiales. El artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) establece que el derecho de las personas a la defensa incluye que:

“d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento (p. 54)”.

Era imposible que señor Gómez haya podido defenderse de la acusación que se estaba realizando en su contra, todo el procedimiento investigativo se hizo de manera clandestina. Desconocía en su totalidad que había sido indagado por fuerzas policiales desde hace meses atrás, mediante la invasión de su vida privada.

Es más, en el mismo artículo 76 de la Constitución (2008), numeral 4, se menciona que: “4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria (p.53)”. No había manera de que las pruebas actuadas de manera ilícita fueran presentadas en el proceso, sin embargo, la indagación de la vida privada del señor Gómez, a través de sus cuentas de internet, fue uno de los elementos a los que se refirió Fiscalía.

En la declaración de los implicados, se reitera una y otra vez, que no pertenecen a ningún grupo subversivo, que no tenían conocimiento de lo ocurrido con las bombas, y lo más importante, que en la reunión que se llevaría a cabo, no se realizaría ninguna planificación con fines terroristas.

Hablamos de personas comunes que se reunieron a platicar temas relacionados acerca del “Buen Vivir”; la Constitución de la República del Ecuador (2008), establece en su artículo 66, el reconocimiento y la garantía del siguiente derecho:

“13. El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria” (CRE, 2008, art. 66). La norma fundamental lo acredita, es un derecho que todos en algún

momento hemos ejercido, no hubo transgresión alguna de un bien jurídico, porque simplemente diez personas con afinidad por temas políticos decidieron congregarse.

La interposición por parte de la Fiscalía, la Policía Nacional y el Estado, dentro de la investigación, se realizó de manera desproporcionada en relación al principio de mínima intervención penal, principio consagrado en el artículo 5 del Código de Procedimiento Penal (2000), que menciona:

“Art. 5.- Mínima intervención.- En la investigación penal, el Estado se sujetará al principio de mínima intervención. En el ejercicio de la acción penal se prestará especial atención a los derechos de los procesados y ofendidos” (CPP, 2000, art. 5).

Este principio no se tomó en cuenta al momento de conducir el proceso, la intervención por parte de la Policía y de Fiscalía, desde un inicio causó enfrentamiento con los derechos fundamentales de los procesados. En el allanamiento, los policías obligaron a los involucrados a rendir declaraciones que no constan en el proceso, los amenazaron con armas para que aseguren que los documentos encontrados eran de su pertenencia, uno de los implicados sufrió la pérdida de una pieza dental al momento de ser arrojado al suelo (Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal, Intervención de Gallegos Valarezo, Juicio No. 292-2014).

La despersonalización que se les dio a los implicados era evidente, se había coartado todos sus derechos en base a la justificación de que eran delincuentes, en ningún momento se observó el principio de inocencia. De hecho, el ex presidente Rafael Correa y el ministro del Interior de aquel entonces, José Serrano, se encargaron de denigrar la imagen de los perjudicados con una incesante propaganda que mencionaba que los detenidos, “eran líderes de una célula subversiva que pretendía tomar el poder por las armas (El Telégrafo, 2012)”.

Por verse afectado de manera indirecta a sus ideales, el ex presidente Rafael Correa, paso a ser partícipe del proceso en cada instancia, evitando de esta manera que se dé cumplimiento a lo establecido en el artículo 75 de la Constitución (2008):

Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley. (CRE, 2008, art. 75)

De qué manera podría haber existido imparcialidad por parte de los juzgadores, sí el mandatario aprovechaba cualquier oportunidad para referirse a que los detenidos como individuos peligrosos que buscaban desestabilizar el orden social instaurado. Claramente el resultado se vio reflejado en las sentencias de primera y segunda instancia, debido a la presión mediática del tema.

La fragmentariedad no se reflexionó como un principio de aplicación penal, pues en ningún momento se constató que la reunión convocada haya provocado algún acto atentatorio en contra de la sociedad. No se observó comportamientos graves por parte de los involucrados, de hecho en la acusación que se realizó por la detonación de las bombas panfletarias, el único nexo que se manifestó por parte de Fiscalía, fue que los integrantes pertenecían coincidentalmente a los lugares de Quito, Cuenca y Guayaquil; ciudades donde se produjeron los sucesos.

La subsidiariedad, que tiene como finalidad la intervención del Derecho Penal para la protección de bienes jurídicos, se había esfumado, no debió existir proceso penal porque no había bien jurídico afectado, no se debió poner en marcha todo el aparato judicial porque alguien se encontraba en contra del gobierno de turno.

Luigi Ferrajoli (1995), plantea que; “garantismo en efecto significa precisamente aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, es el fin justificador del derecho penal (p.335)”. Sin duda alguna, en el caso de “Los diez de Luluncoto”, no se consideró el garantismo de los derechos fundamentales de los implicados, ni tampoco la protección del bien jurídico protegido, pues no hubo afectación.

Entonces, no se precautelo el bien jurídico seguridad interior del Estado mediante la vulneración de derechos como la libertad, la dignidad, la libre asociación, la protesta social, el debido proceso, entre otros, al contrario, en el gobierno del mandatario Rafael Correa lo que se pretendía proteger es la causa de la “Revolución Ciudadana”.

Como se mencionó con anterioridad, en el desarrollo del caso, Royce Gómez en realidad fue investigado por postear un comentario en contra del régimen, no pensar de igual manera que el mandatario de turno, ¿hace que seamos delincuentes, terroristas?. Definitivamente no, pero en aquel entonces, Ecuador se encontraba bajo el mandato de un gobierno opresor, que consideraba que la única manera de permanecer en el poder era apagando las voces de quienes estaban en su contra.

En este sentido, se pudo constatar que la posición contraria del señor Gómez al régimen, ocasionó todo un caso mediático, el pensar diferente era considerado por el mandatario como acto subversivo, el querer ser parte de la protesta social era desobediencia civil.

En la desobediencia civil, los protagonistas enfrentan al Estado desobedeciendo y por lo general aceptan las consecuencias, porque estas se convierten en bandera y publicidad de las injusticias que padecen. En las protestas sociales no se busca afrontar las consecuencias para evidenciar las injusticias, sino que se persiguen soluciones a los conflictos mediante la intervención de las propias autoridades (Zaffaroni, 2012, p. 15).

De todos modos, los implicados ni siquiera llegaron a ser parte de la Marcha propiciada por la CONAIE, de hecho su intención en la reunión era tratar el tema de la protesta social, para analizar de qué manera se podía evitar enfrentamientos entre las masas, evitar no propiciar como se alegó durante el proceso por parte de la Fiscalía.

El juzgador de primera instancia en su intervención, mencionó que las partes dieron un relato “claro, preciso y unívoco del hecho” (Ávila, 2012. P. 32), nada más incierto.

Existieron dos versiones totalmente distintas de lo que ocurrió, y sin embargo, el juez comentó que había quedado claro todo lo sucedido, es más, dio paso a la acusación fiscal contra las personas que se reunieron por haber violado un título entero del Código Penal. (Ávila, 2012, p. 32)

Afirmó también, que no se individualiza el articulado, por cuanto la fiscalía está en investigación. Con esto era suficiente para dejar libres a los acusados y pedirle a la Fiscalía que sea bastante más sería con el derecho y con la vida de la gente. Pero no sucedió. Luego afirma que existen indicios y presunciones graves sobre la existencia de los 51 delitos (Ávila, 2012, p. 32).

La Fiscalía en su intervención de la audiencia de formulación de cargos, ni siquiera había detallado el delito por el cual se les acusaba a las diez personas, simplemente comentó que eran peligrosos para la seguridad del Estado.

Los indicios que se recabaron para hacer la construcción del caso, fueron los siguientes: Las personas se encontraban reunidas en un determinado lugar y en una determinada hora y fecha; las personas eran provenientes de diferentes ciudades del país (Quito, Guayaquil y Cuenca), específicamente ciudades donde se encontró la detonación de artefactos explosivos; los documentos pertenecientes a las personas indicaban que eran miembros activos del

(GCP), no obstante, en el proceso no se indicó el contenido de tales documentos (Ávila, 2012, p. 35);

Finalmente, “la reunión de estas personas tenía como objetivo presuntamente realizar actividades ilícitas durante los días 8, 10 y 12 de marzo de 2012”. Esta si es una clara manifestación de creencia en las versiones policiales y de descrédito a las versiones de las personas reunidas. (Ávila, 2012, p. 33)

El juez concluyo, que existía el nexo causal claramente identificado, dando paso a la instrucción fiscal, y a la prisión preventiva, en donde también se cometieron irregularidades. El debido proceso, como lo mencionó uno de los abogados defensores, fue pisoteado en todas las instancias, no se consideró lo que había pasado, indicios de peligrosísimo determinaron la situación de los procesados.

En el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), numeral 3, y 6 se establece lo siguiente: “3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión; 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza” (CRE, 2008, art. 76).

No hay manera de juzgar a las personas basados en suposiciones, no se efectuó la lesión de un bien jurídico, ni tampoco la omisión para su vulneración. De igual manera el principio de proporcionalidad al momento de juzgarse el hecho, brillo por su ausencia.

El tema de la proporcionalidad entre el hecho delictivo cometido y el bien jurídico lesionado, no se verifico para la aplicación de la sanción, los jueces no realizaron un razonamiento correspondiente a los hechos acontecidos, sino no se hubiese tomado las medidas que se tomó.

Los jueces, como autoridades encargadas de administrar justicia, deben tener en cuenta que dentro del proceso “entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios

constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales (Carbonell, 2008, p. 11)”.

Es necesario que la evaluación particular de cada caso, se haga con la finalidad de determinar responsables reales, de otra manera el proceso penal no tendría sentido. Al parecer, Fiscalía, en ningún momento logro determinar la participación de los diez procesados en la detonación de las bombas panfletarias, por lo cual, los tribunales al ser partícipes de la falaz argumentación debieron dar un fallo correspondiente a la inexistencia del delito.

No había consonancia entre el bien jurídico y la sanción impuesta, no hubo un bien jurídico lesionado, hubo personas sensibles a los acontecimientos a producirse, con esto hago referencia al mandato del ex presidente Rafael Correa, quien en su ímpetu de permanecer en el poder, temía cualquier “atentado” en contra de su persona.

La sanción aplicada a los involucrados fue la establecida en el artículo 160 del Código Penal (1971), misma que dispone;

El que con la finalidad de perturbar la seguridad común, fabrique, suministre, adquiriera, sustraiga, arrojar, use, o introduzca al país armas, municiones o bombas explosivas, materias explosivas, asfixiantes o tóxicas, o sustancias o materiales destinados a su preparación, será reprimido con pena privativa de libertad de 4 a 8 años y una multa equivalente a cuatrocientos cuarenta y dos a ochocientos ochenta y cuatro dólares de los Estados Unidos de Norte América. (CP, 1971, art. 160)

La Fiscalía en representación del Estado, presento pruebas no concluyentes, no hubo participación de los procesados en la fabricación, suministración, adquisición, arrojamiento, uso o introducción de armas, municiones o bombas explosivas en el país, como ya se ha

recalcado. En el análisis del proceso, se constató que los sentenciados habían realizado actividades relacionadas a su rutina diaria, los días en los cuales se suscitaron los atentados.

Después de cuatro largos años de encontrarse envueltos en el proceso, se dio por fin la sentencia que se había esperado, la Sala Especializada de lo Penal, en el recurso de casación, emitió una resolución favorecedora para el caso, determinando la inocencia de los diez de Luluncoto.

Lo que muestra la revisión del expediente, son hechos verdaderamente lamentables, existió entorpecimiento en las decisiones judiciales del caso, los responsables de administrar justicia no cumplieron con su deber, no analizaron los hechos de manera consciente, mucho menos con la diligencia debida.

No se corroboró la información obtenida por la Policía y la Fiscalía, con la palabra de ambas instituciones se dio todo por sentados, se llegó a conclusiones en base a especulaciones, Las trampas en el camino para los diez implicados, es cierta.

La teoría en mención, se aplica para proteger el bien jurídico una vez que se haya transgredido el interés tutelado, su fundamento es limitar el ius punendi de decisiones arbitrarias y sin fundamento, cuestión que claramente se evitó en el caso de los diez de Luluncoto.

La constante intervención por parte de autoridades afines al gobierno de Rafael Correa dentro del proceso, causó dificultad en cuanto a la imparcialidad. Las decisiones judiciales de aquel tiempo estaban comprometidas con el mandato del presidente, pues de otra manera, su destitución estaría firmada.

Debido al oportunismo que se tuvo por parte de las autoridades judiciales dentro del proceso, se presentaron varias denuncias ante el Consejo de la Judicatura, denuncias a las

cuales se les hizo caso omiso y que fueron calificadas de maliciosas y temerarias (Fadua Tapia, entrevistada por la autora, Quito, 17 de julio del 2019).

Demasiadas conjeturas, tornan alrededor del caso. Inquietudes respecto a la existencia de dos versiones, la afirmación de los implicados de que las pruebas fueron implantadas, la llamada telefónica anónima, la supuesta participación de Fiscalía desde un inicio, la inexistencia de nexos causales, entre otras, hacen que se vea reflejada la incompetencia que tienen los servidores judiciales.

De hecho, tales fueron las irregularidades cometidas que “el juez vigésimo segundo de lo penal, Juan Pablo Hernández, quien dictó orden de detención para la investigación, fue suspendido por el Consejo de la Judicatura de Transición por desconocimiento de la ley y la Constitución y afronta sumarios administrativos” (Hidrovo, 2017, p. 81). Esto simplemente constata el mal funcionamiento de algunos operadores judiciales en su cargo.

Durante todo el proceso se confirmó que el hecho ocurrido tenía rasgos de una persecución política de enemigos, originada por el gobierno del ex presidente Rafael Correa, quien, al asumir el poder, pensó que este le acreditaría el mal uso de su autoridad, llegando a influir incluso en las decisiones judiciales de la época.

Si no hubo delito, no debió haber existido una pena. Indudablemente las personas que estuvieron envueltas en el caso, fueron partícipes de una vulneración grave de sus derechos, en base a la justificación de enemigos del Estado. Los trámites burocráticos dejaron huellas irreparables en sus vidas.

No basto con que la Defensoría del Pueblo haya realizado un acto conmemorativo para expresar disculpas públicas a los implicados, Fadua Tapia, quien es estudiante de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador, asegura que hoy en día se le dificulta

considerablemente conseguir un trabajo, ya que a pesar de haber obtenido su libertad y ser consciente de su inocencia, la gente conoce el caso, y sabe de aquella acusación por terrorismo, de igual manera, menciona que uno de los implicados, quien es médico de profesión, fue despedido de su trabajo, y que para sobrevivir después del proceso, llegó a vender caramelos. Visiblemente el daño que causó el mal direccionamiento del *ius puenendi*, se ha vuelto irremediable para “Los diez de Luluncoto” ((Fadua Tapia, entrevistada por la autora, Quito, 17 de julio del 2019).

3.8. Análisis crítico del caso desde la perspectiva de la teoría del Derecho Penal del Enemigo en el Derecho Penal Garantista.-

El análisis crítico de esta perspectiva, tiene como finalidad demostrar la presencia de este tipo de derecho en el Estado garantista ecuatoriano, las actuaciones judiciales dentro del proceso, denotan un alto índice de esta posición. En este punto, las características del Derecho Penal del Enemigo en relación con lo sucedido en el caso “Los diez de Luluncoto”.

“La negación jurídica de la condición de persona al enemigo es una característica del trato penal diferenciado de este, pero no es su esencia, o sea, que es una consecuencia de la individualización de un ser humano como enemigo (Zaffaroni, 2009, p. 21)”

El trato que proporcionó el Estado ecuatoriano a los implicados en el caso, encaja con la descripción de despersonalización, pues la persona en esta teoría, no es considerada como un sujeto de derechos y obligaciones, algo que se vio reflejado en la prosecución de la causa penal.

La teoría del Derecho Penal del Enemigo, advierte acerca de aquellos individuos que con su conducta han transgredido la norma impuesta por el derecho, y de esta forma se han

alejado voluntariamente del contexto social, ya que su trato a partir del comportamiento criminal, se diferenciará de los ciudadanos que procuran conservar la vigencia de la norma.

Los comportamientos que emanan este tipo de individuos puede tornarse peligroso para la permanencia de la norma, en el caso “Los diez de Luluncoto”, los implicados fueron acusados en base a las suposiciones que se hicieron entorno a su peligrosidad, pues el ser supuestamente pertenecientes al Grupo de Combatientes Populares, los hacia potencialmente delictivos.

Si el comportamiento del individuo, se ha presentado de manera desafiante y peligrosa, no tendrá a su favor los “privilegios” que sí se le otorgan al ciudadano dispuesto a cumplir con su rol en la sociedad. “La infracción de un rol (aspecto formal), esto es, de su haz de derechos y deberes (aspecto material) determina la imputación (desviación de un rol), de manera que el sujeto se comporta (materialmente, al menos) como individuo (Polaino, 2009, p. 178)”.

El individuo incumple con su rol y es considerado enemigo, en el momento en que realiza actos contrarios a lo establecido en la norma, la pertenencia a asociaciones ilícitas contribuye a su trato como tal.

Los datos concretos que sirven de base a las regulaciones específicas del Derecho penal del enemigo son la habitualidad y la profesionalidad de sus actividades, pero sobre todo su pertenencia a organizaciones enfrentadas al Derecho y el ejercicio de su actividad al servicio de tales organizaciones. (Jakobs y Cancio, 2002, citado por Gracia, 2005, p. 02:6 – 02:7)

A pesar de no haberse constado la participación de los diez implicados en el (GCP), la dirección del caso se fijó exclusivamente en ese sentido. En todo momento se buscó vincular la explosión de las bombas panfletarias, con la pertenencia a este grupo armado, grupo que supuestamente buscaba alcanzar el poder mediante atentados terroristas.

El trato como enemigos a las diez personas, se visualizó desde el momento en que la Policía allanó el departamento ubicado en Luluncoto, ya que se trataba de una reunión de individuos altamente peligrosos para la seguridad del Estado, esto, fue precisamente lo que aseguró Diana Fernández en su pronunciamiento para solicitar prisión preventiva.

El gobierno de la época, dirigido por el ex presidente Rafael Correa, auspicio una campaña masiva para desacreditar la vida de los partícipes en el caso, tildándolos de bandidos, peligrosos, terroristas, y delincuentes. En el proceso se restringieron varios derechos consagrados en la Constitución de la Republica, y principios del Derecho Penal, mismos, que se verán reflejados en el avance del análisis, al igual que la presencia del Derecho Penal del Enemigo en el Estado de Derecho, a causa del uso desmedido del IUS PUNENDI.

La primera característica que posee esta teoría dentro de su estructura, es el significativo adelantamiento de la punibilidad, pues en este caso, la pena es prospectiva, es decir, no se penan los delitos cometidos, sino los actos futuros (López, 2015, p. 9). De cierto modo, esta característica refleja la incriminación de los actos que se puedan realizar, tomando en cuenta la represión.

En el caso, las diez personas, según la versión de la Policía y Fiscalía, se habían reunido en aquella ocasión para planificar la fabricación de artefactos explosivos, esto, con la finalidad de participar en la marcha convocada por la CONAIE de manera agresiva y terrorista, atentando así en contra de la seguridad interior del Estado.

Polaino – Orts (2009), establece que los elementos del injusto derivan de dos elementos, elementos que en el caso se aseguró que existían:

El elemento objetivo del injusto sistémico viene constituido por la mera reunión, por el concierto, el agruparse con otros sujetos, formando una comunidad con fines espurios. El elemento subjetivo

del injusto sistémico se refiere a los fines con que los sujetos se reúnen: se asocian con el fin de cometer delitos. (p. 398 - 399)

La teoría del Derecho Penal del Enemigo, considera estos dos elementos como fundamentales para la acertada actuación de los organismos judiciales. A pesar de que no se llegó a consumir el hecho, se realizó un claro adelantamiento de la punibilidad mediante la incriminación de la reunión con fines delictivos, ya que los involucrados además de pretender fabricar armas explosivas, pertenecían a una organización con fines terroristas.

La institución del Derecho Penal del enemigo, se caracteriza por tener en cuenta la peligrosidad del ser, es por esto, que la intervención por parte de la Fiscalía buscaba desenmascarar al peligroso Grupo de Combatientes Populares, con una anticipada actuación, pues la investigación tenía curso desde la explosión de bombas panfletarias en el año 2011. Lo que se pretendía según Fiscalía, era impedir un acto similar. “El individuo debe ser peligroso por sus actos pasado y no por sus actos futuros (Rodríguez, 2014, p. 59)”.

Los acontecimientos suscitados el año anterior a la detención, denotaban la peligrosidad de los individuos a los que se enfrentaría el Estado, según la Policía, no solo habían ocasionado el incidente con las bombas panfletarias, sino que la orden de cometer estos actos terroristas, venía desde el grupo armado al que pertenecían.

Los actos preparatorios para la comisión del delito, fueron impedidos por la “oportuna” actuación por parte de la Fiscalía, quién evitó no solo que estas personas efectuaran sus planes delictivos en la marcha del año 2012, sino que atentaran contra la seguridad interior del Estado en más de una ocasión.

Los elementos que se encontraron en la escena de la reunión no tenía indicativos de actos preparatorios, pero la Fiscalía alego que sí, que efectivamente aquellos cuadernos, monedas,

pañuelos rojos, guías de reclutamiento, y la Constitución, eran una fuente irrefutable de que se planearía la fabricación de aparatos explosivos.

La punibilidad de una persona, se da por el hecho cometido, por eso, esta característica del Derecho Penal del Enemigo, es un adelantamiento a lo que puede ocurrir. En el caso en mención, no se constató que las personas inmersas habían originado la explosión de las bombas panfletarias, mucho menos que producirían un acto similar, sin embargo, la actuación de los encargados judiciales fue direccionar el proceso a la anticipación, precautelando de esta manera, futuras lesiones a los bienes del Estado.

“El polo del Derecho Penal del Enemigo se anticipa al acto (ya sea fase interna, resoluciones manifestada o actos preparatorios del *iter criminis*) y combate la peligrosidad del enemigo (Rodríguez, 2014, p. 16)”. El camino hacia el cual se dirige un individuo que busca cometer un acto delictivo, tiene varias etapas, una de ellas es la fase previa al delito, en este preciso momento, el derecho penal del enemigo actuará, y de esta manera se precautela que su intención quede meramente en una internalización.

El adelantamiento de la punibilidad, se evidencia con la incriminación de la reunión con fines delictivos que produciría disturbios en la tranquilidad del Estado, según la versión de la Fiscalía y los agentes de la Policía Nacional encargados.

En cuanto a la imposición de las penas desproporcionadamente altas, característica propia de la teoría, se puede decir, que es fundamental la proporción adecuada entre el delito y la pena (Beccaria, 2015). La teoría magnifica la pena con la finalidad de no dar cabida al cometimiento de futuros delitos, violentando de esta forma, el principio de proporcionalidad.

El artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), menciona en su numeral 6, una de las garantías del debido proceso:

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza (p. 53).

A pesar de que la sanción impuesta a los implicados no cumplía con lo establecido en el artículo 160 del Código Penal, acerca de la privación de libertad, ya se dictaminó un año de prisión, la desproporcionalidad se veía reflejada por la inexistencia del delito, no tuvo que haberse aplicado pena alguna a la reunión de aquel 03 de marzo del 2012.

Si no existió el delito, no había necesidad de imponer una sanción, la imposición de la pena por parte de los administradores de justicia, debe llevar consigo un análisis profundo de los acontecimientos en cuestión, pues, únicamente a través de los elementos correspondientes determinarán el acto típico antijurídico y culpable.

Tomar en cuenta la responsabilidad y los principios de aplicación dentro de la intervención del juez, pudo haber evitado que se cometa la imposición no solo de una pena desproporcionada para el caso, sino el inicio de todo un proceso que se originó en base a meras suposiciones.

La pena impuesta según Jakobs, “desempeña una función manifiesta de eliminación del peligro que representa y manifiesta en su conducta el enemigo, de manera que éste no emite comunicación sino únicamente genera peligros en la Sociedad (Polaino, 2009, p. 274). Lo que se pretendía al aplicar la pena a los diez implicados, era como ya se mencionó con anterioridad, impedir que se cometieran otros actos violentos por parte del Grupo de Combatientes Populares.

Según la posición del juzgador Juan Pablo Hernández, la peligrosidad que representaban estos estudiantes y profesionales para la sociedad, merecía de una pena correspondiente a la supuesta implicación dentro de los atentados terroristas provocados en varias ciudades del país, y la posible planificación de nuevos actos parecidos..

En la imposición de esta pena, no se tomó en cuenta el cometimiento del delito, porque no hubo un nexo causal concreto en la presentación por parte de la Fiscalía, pero si su incesante argumento de que las personas eran potencialmente peligrosas para la seguridad del Estado.

La necesidad de protección ante supuestos que son fuente de peligro, ha determinado que la aplicación de ciertos principios como la proporcionalidad dentro del Derecho penal nuclear se flexibilicen (Polaino, 2009, p. 308), es decir, el Derecho Penal del Enemigo adapta la aplicación de principios básicos del derecho penal, cuando se trata de un enemigo.

La sola pertenencia a una organización delictiva, que cabe recalcar no se constató, dio paso a la aplicación de la pena establecida en el Código Penal, correspondiente al delito de actos terroristas.

Es importante en este sentido mencionar, que la vigencia del Código Orgánico Integral Penal en el año 2014, causó conmoción en la prosecución de la causa, pues el delito por el cual se acusó a los implicados, fue el tipificado en el artículo 160 A, del Código Penal, sin embargo, la Fiscalía, uso el delito de terrorismo establecido en el artículo 366 del nuevo Código, para defender la causa.

La fiscalía, en la audiencia de casación, manifestó que los diez procesados mediante la conformación de la asociación armada (GCP), habían provocado estado de terror en la sociedad, haciendo alusión al delito de terrorismo del Código Orgánico Integral Penal, desviando así el contenido del artículo 160 A del Código Penal (Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal, Juicio No. 292-2014).

No solo se manifestó la falta de razonabilidad por parte del juez para imponer la pena, sino también el mal manejo de la causa por parte de Fiscalía durante todo el proceso, la

acusación por 51 delitos, el cambio del tipo en varias ocasiones, y finalmente la confusión de los delitos en el antiguo y en el nuevo Código Penal, ratificaban la condición de desigualdad.

La supresión o disminución de determinadas garantías procesales, constituye la tercera característica del Derecho Penal del Enemigo, también presente en el caso “Los diez de Luluncoto”.

La vulneración de las garantías del debido proceso fue notoria a medida que avanzó el caso, la intervención arbitraria por parte de la Policía en la vida de Royce Gómez, las circunstancias en las que se produjo el allanamiento, la incomunicación de los implicados durante siete horas, la investigación clandestina por parte agentes de la Policía Nacional, la prisión preventiva sin fundamentos necesarios, las pruebas adquiridas de manera inconstitucional, la falta de motivación en la sentencia, la inobservancia de principios de proporcionalidad, de favorabilidad, in dubio pro reo, entre otros; son rasgos claros de que se pisoteo los derechos fundamentales de los diez sentenciados en el proceso.

En el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), se establece las siguientes garantías al debido proceso.

“1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes” (CRE, 2008, art. 76), la autoridad judicial, no garantizó los derechos de las partes, a pesar de que Fiscalía no contaban con los elementos de convicción necesarios, se dio la prosecución de la causa.

“2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada” (CRE, 2008, art.76), no se presumió la inocencia de ninguno de los procesados, solo se consideró la fuente de peligro que representaban para el Estado, y pese a no haber dictado sentencia, el ex presidente Rafael Correa mencionó en repetidas ocasiones en los medios de comunicación,

que las personas involucradas eran miembros de un grupo terrorista que atentaba en contra de la seguridad ciudadana.

“4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria (p.53)”. Sin embargo, a pesar de que los procedimientos investigativos que llevo a cabo la Policía Nacional, no tenían el permiso anticipado de la autoridad competente, y que las pruebas obtenidas no tenían validez alguna dentro del proceso por no contar con los requisitos necesarios, se admitieron de manera eficaz en el proceso, transgrediendo la Constitución.

5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora. (CRE, 2008, art. 76)

En atención al principio de favorabilidad, se debió manifestar en el momento oportuno, que el delito por el cual eran acusados, ya no constaba en el Código Orgánico Integral Penal. Al contrario, se hizo caso omiso de esta norma, y únicamente en el recurso de casación se consideró lo que dispone la Constitución.

En cuanto al derecho de la defensa, establecido en el numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), se incluyen las siguientes garantías:

e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto (p. 54).

En contra de lo establecido en el literal (e), agentes de la Policía Nacional, interrogaron a los involucrados “con supuestos fines investigativos”, en el momento en que se realizó el allanamiento, incitando a que se declaren miembros del Grupo de Combatientes Populares, e

insinuando su participación en la explosión ocurrida en el año 2011, sin presencia de un abogado (Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal, Juicio No. 292-2014).

“k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto (p. 54)”. Pese a lo enunciado, la imparcialidad y la competencia, no estuvieron presentes en el razonamiento del juez Hernández. La parcialidad del caso se vio viciada por el tema político que envolvió al caso, y la falta de competencia se reflejó con la destitución del juzgador.

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. (CRE, 2008, art. 76)

La ausencia de motivación fue el motivo por el cual el tribunal de alzada, en el recurso de casación, nulito la sentencia anterior, no se mencionó la fundamentación del caso, ni tampoco la pertinencia en la aplicación de la pena en relación con el hecho acontecido.

Es así, como a medida que concluye el análisis del caso desde la perspectiva del Derecho Penal del Enemigo, se constata su existencia en el Estado de Derecho, se evidenció que en base a la “peligrosidad” que representaban los involucrados se los juzgó; adelantando la punibilidad, imponiendo una sanción desproporcionada, e incumpliendo con las garantías del debido proceso.

Fadua Tapia, una de la involucradas, es consciente de que su caso fue una persecución política, sin embargo, dice, que más que ser una enemiga del Estado, se considera enemiga del ex presidente Rafael Correa y de los funcionarios que ayudaron a que la causa llegará tan lejos sin tener fundamentos. Alude que el caso tiene rasgos del Derecho Penal del Enemigo

por cómo se direcciono el procedimiento en su contra, y que precisamente el abuso de poder legitima al uso de esta teoría (Fadua Tapia, entrevistada por la autora, Quito, 17 de julio del 2019).

“El Derecho penal del enemigo se fundamenta en el trípode <vigencia de la norma-persona-juridicidad de la pena> y su lado opuesto <combate de peligros futuros-enemigos-efectividad de la reacción penal> (Modolell, 2006, p. 207)”. La vigencia de la norma se había transgredido supuestamente por la imposición de las bombas en Quito, Guayaquil y Cuenca, lo que pretendía Fiscalía, la Policía Nacional, y el juez de primera instancia, era combatir peligros futuros, un rostro acentuado de esta teoría.

“El derecho penal ha cultivado las semillas del estado absoluto; casi siempre los que quisieron contener el poder punitivo lo habilitaron parcialmente, también como derecho penal del enemigo (Zaffaroni, 2009, p. 189)”.

El Estado dirigido por el ex presidente Rafael Correa, impuso un etapa de persecución política a los opositores del régimen, de hecho, fue el periodo de gobierno en el que más se judicializo la protesta social. Entonces, el poder punitivo se usó de manera desmedida y a conveniencia del mandatario, fue un derecho penal del enemigo que se habilitó a medida que avanzaban sus intereses políticos.

Es evidente la existencia de un Derecho Penal diferente al ordinario implantado en nuestra legislación, pero el hecho de que se haga caso omiso del mismo, facultando la extralimitación de poder a favor de quien lo tenga, y promoviendo la violación de derechos, es indignante.

Lo peligroso no es el Derecho Penal del Enemigo, sino un sistema Penal que lo descalifique como legal mientras que al mismo tiempo –empujado por la agobiante criminalidad– lo utiliza al margen de la ley, de forma ilegal y sin control Estatal (Rodríguez, 2014, p. 105).

CAPITULO VI

CONCLUSIONES

“Concluir implica cerrar el tema y, en realidad, el tema de fondo no tiene conclusión, no puede cerrarse, dado que excede en mucho la crítica de una propuesta asilada y remite a un formidable problema político que acompaña a todo el derecho penal de los últimos siglos.”

(Eugenio Zaffaroni, 2009)

Una vez finalizado el presente trabajo de investigación, y después de haber comprendido la función que cumple la teoría de los bienes jurídicos protegidos y la teoría del derecho penal del enemigo dentro de la normativa ecuatoriana, se han podido visualizar las siguientes conclusiones.

CAPITULO I.-

Respecto a la culminación del Capítulo I en cuanto a la teoría de los bienes jurídicos protegidos, se puede mencionar que tanto el garantismo como esta teoría, se encuentran fuertemente ligadas debido a la esfera de protección que poseen. Ambas posiciones pretenden acreditar actuaciones dentro de parámetro de legalidad y con un enfoque hacia el cumplimiento de la realidad formal.

Una de las conclusiones más enriquecedoras y ciertas que se ha deslindado de la presente teoría, es que cuando hacemos referencia a un interés protegido, tratamos a un bien “determinado previamente como tal por una comunidad, ubicada en el tiempo y en el espacio, que, por decirlo de alguna manera, elige qué entidad merece ser considerada como

bien por satisfacer sus necesidades individuales y sociales” (Goscilo, s.f. p. 25). Es decir, los bienes jurídicos dependerán un cumulo de factores para ser considerados como tal, uno de ellos, la cosmovisión de su entorno.

De igual manera es pertinente abordar, el tema del reconocimiento de los bienes jurídicos como una función del Derecho Penal, y como una manera anexa de limitar el poder punitivo del Estado, ya que esta rama del derecho busca regular los parámetros de acción social mediante la sanción pertinente de conductas atentatorias en contra de los interés magnos del ser social.

En el estudio realizado corroboro, que la elevación de los llamados bienes jurídicos al ámbito penal, dependerán de la estimación del legislador, el cual, deberá categorizar de acuerdo a una valoración que intereses merecen protección por parte de esta rama y que otros no, esto es, que al ser el Derecho Penal una rama de ultima ratio, se deberán haber agotado otros mecanismos antes de encasillar un bien bajo este tipo de tutela.

El planteamiento realizado por el autor Hormazábal, propone otra conclusión dentro de este análisis, pues menciona que el Estado democrático que no cumpla con los parámetros de Derecho solo representa una ideología, “pero en su esencia estará protegiendo otras realidades enmascaradas por un bien jurídico ficticio” (Hormazábal, 1984, p. 344). Por esto, es importante que los administradores de justicia constaten a cabalidad el cometimiento de un delito, sin enfocarse en pretensiones banales de un solo interés.

CAPITULO II.-

En cuanto a las conclusiones respecto a la teoría del derecho penal del enemigo del Capítulo II, se ha podido señalar que la mera descripción de la teoría, no faculta su actuación en el sistema judicial, de hecho, no se ha logrado constatar la viabilidad debido a la

inexistencia de una normativa bajo la perspectiva legal. El derecho penal de este tipo, se ha evidenciado durante años en el manejo de los procesos sociológicos y judiciales, sin embargo, sus resultados no han sido favorecedores, porque justamente esta ideología atenta contra lo que el Estado de Derecho garantiza.

El aporte que realiza Jakobs al evidenciar lo que se ha venido construyendo en el manejo del derecho penal, no es suficiente, y es por esto, que las críticas en su contra se enfatizan por la ambigüedad de su lineamiento. No es factible la despersonalización de un ser humano en pleno siglo XXI.

Las características que posee el Derecho Penal del Enemigo, indudablemente representan peligro dentro del derecho penal de un Estado democrático, la falta de direccionamiento que posee dicha teoría dentro de los parámetros que buscan precautelar la dignidad y reconocimiento de las personas, se deslinda por completo desde su concepto. Es más, la crítica a la denominación enemigo, no se queda ahí, pues el argumento arraigado en la enemistad es lo que incomoda en un ambiente de paridad.

Es importante mencionar en esta conclusión, que basados en la propuesta de Luhmann acerca de los sistemas (planteamiento que enfatiza Jakobs), supuestamente la teoría podrá ser aplicada siempre y cuando se encuentre en un contexto de países con consensos culturales mínimos, consensos, que fácilmente propiciarán certezas cognitivas fiables (Aponte, 2005, p. 29). Es decir, en Ecuador no existe un consenso cultural mínimo, ya que precisamente nuestro país se ha caracterizado por la multiculturalidad existente en cada zona del territorio, lo que implica que; lo que para una persona pueda significar garantía cognitiva para otra persona no pueda serlo debido a su arraigo cultural.

CAPITULO III.-

En la finalización del Capítulo III, referente al caso ecuatoriano “Los 10 de Luluncoto” se han elaborado las siguientes conclusiones.

La inobservancia de la teoría de los bienes jurídicos protegidos, dentro de la aplicación del proceso penal del caso seleccionado, es incuestionable, no se pudo constatar el uso de las características fundamentales de la teoría en la actuación de los entes judiciales, debido a la falta de concientización que existe respecto a la justicia, y también acerca de la seguridad jurídica que el Estado le debe a su conglomerado social.

Principios como el de mínima intervención penal, necesidad de la pena y el principio de lesividad, fueron desatendidos durante el desarrollo de la causa, ¡cómo! es posible que se justifique este tipo de omisiones dentro de un Estado que pretende velar por los intereses de sus ciudadanos a través de una normativa garantista.

En este sentido, se ha podido corroborar la ineficacia de nuestro sistema judicial al momento de basarse en los parámetros de la legalidad para tramitar los procesos. La teoría de los bienes jurídicos, protege los intereses más vitales de la sociedad, no los desestima, ni tampoco busca violentar bienes que puedan considerarse de menor importancia que la Seguridad Interior del Estado.

Se ha concluido de igual manera mediante el análisis respectivo del caso, “Los diez de Luluncoto”, la existencia de un derecho penal direccionado a la enemistad en el contexto judicial ecuatoriano. La forma en la que se llevó a cabo el proceso, evidencia cómo policías, fiscales, jueces, y el mismo presidente de la República, despersonalizaron a los involucrados otorgándoles el trato de “enemigos del Estado”.

Evidenciar como se perjudico a las diez personas implicadas con el uso de la teoría en el transcurso del proceso, es inconcebible, más aun cuando nos amparamos bajo la tutela de un Estado de Derechos y Justicia que promulga tantas libertades y derechos para sus ciudadanos.

Definitivamente es notoria la falta de congruencia que tiene la realidad formal y la material en los procesos judiciales de nuestro país, la persecución que se efectuó en contra de los afectados, denota el grado de incompetencia que tienen no solo ciertos juzgadores al momento de ejercer su cargo, sino también aquellos legisladores que mediante la normativa, se prestan para compartir ideologías contrarias al garantismo.

Ante este escenario, se concluye también que el Ius punendi mal direccionado, ocasiona la extralimitación del poder estatal, este es una caso clarísimo de la influencia del órgano ejecutivo dentro de los procesos judiciales. La constante campaña que realizaron las personas afines al presidente Correa desacreditando la credibilidad de los involucrados ante los ciudadanos, desestimó el respeto al debido proceso

Como se pudo observar a lo largo del análisis de la presente disertación, la falta de separación de los poderes estatales, influye en la mala toma de decisiones de la Función Judicial. El presidente de la “Revolución Ciudadana”, mediante la distorsión de la justicia, obligó a los operadores judiciales a alejarse de los parámetros legales que debe proporcionar el gobierno.

Es por esto, que es de vital importancia que la teoría del derecho penal del enemigo, no caiga en manos equivocadas, y mucho menos se faculte su uso en lugares en donde no se ha constatado su viabilidad, pues lo único que provocara será el caos de una sociedad con miras a la justicia.

Referencias bibliográficas.-

Libros.

Asamblea Constituyente Montecristi 2012. (03 de febrero del 2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito, Ecuador: Registro Oficial 180

Aponte, A. (2005). Derecho Penal de Enemigo o Derecho Penal del Ciudadano. Bogotá, Colombia: Editorial TEMIS S.A.

Aquino, T. (1978). Summa teleológica Cuestión 64 de la Segunda pars. Madrid, España: Editorial Católica

Asúa, L. (1980). *La ley y el Delito.* Buenos Aires, Argentina: Editorial Sudamericana

[Bacigalupo, E. \(1999\).](#) *Derecho penal. Parte general.* Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi

Bustos, J. (1987). *Control Social.* Barcelona, España: Editorial Ilustrada PPU

Bustos, J. (1989). Manual de derecho penal: parte general. Barcelona, España: Editorial Ariel

Bustos, J. (1999). Lecciones de Derecho Penal. Volumen II. Madrid, España: Editorial Trotta

Cabanellas, G. (2008). *Diccionario Juridico Elemental.* Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.

Campbell y Herskovitz. (1966). *Psicología social.* En Paéz, D., Fernandez, I., Ubillos, S. y Zubieta, E. *Psicología Social, Cultural y Educacion.* Madrid, España: Editorial PEARSON EDUCACION S.A.

Carbonell, M. (2008). El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia

Fernández, G. (2004). *Bien jurídico y sistema del delito.* Montevideo, México: Editorial B DE F

- Ferrajoli, L. (1989). *Teoría del garantismo penal*. Madrid, España: Editorial Trotta
- Ferrajoli, L. (2009). *Derecho y Razón*. Madrid, España: Editorial Trotta
- Günther, J., Cancio, M. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Madrid, España: Civitas Ediciones S.L.
- Hassemer, W. y Muñoz, F. (1989). *Introducción a la Criminología y Derecho Penal*. Madrid, España: Editorial Tirant lo Blanch
- Hormazábal, H. (2006). *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*. Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica CONOSUR
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediar
- Jakobs, G. (2000). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Madrid, España: Editorial Civitas
- Jakobs, G. (2006). *Moderna Dogmática Penal*. Ciudad de México, México: Editorial Porrúa
- Kelsen, H. (1960). *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Coyoacán
- Luhmann, N. (1998). *Complejidad y modernidad de la unidad a la diferencia*. Madrid, España: Editorial Trotta
- Martínez, J. (2002). *Derecho Penal, Parte General*. Santiago, Chile: Editorial BOSCH
- Maurach, R. (1994). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea
- Mir Puig, S. (2007). *Política criminal y reforma penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Euro Editores

Mir, S. (1989). *“Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del Ius puniendi”*. Barcelona, España: Editorial ARIEL S.A.

Mir, S. (1994). *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona, España: Editorial Ariel

Mir, S. (2002). *Introducción a las bases del Derecho penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial B DE F

[Mir, S. \(2004\).](#) *Derecho penal parte general*. Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F

Montesquieu, B. (1906). *El espíritu de las leyes*. Madrid, España: Librería General de Victoriano Suárez

Muñoz, F. (1993). *Derecho Penal Parte General*. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch

Muñoz, F. (1999). *Derecho penal y control social*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.

Neuman, E. (2004). *Victimología y Control Social, las víctimas del sistema penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad Buenos Aires

Piña, J. (2010). *Derecho Penal. Fundamentos de la Responsabilidad*. Santiago de Chile, Chile: Editorial Thomson Reuters

Polaino-Orts, M. (2006). *Derecho Penal del Enemigo. Desmitificación de un concepto*. Madrid, España: Editoriales Edisofer

Polaino-Orts, M. (2009). *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid, España: Editorial Bosch S.A.

Prieto, L. (2011). *Garantismo y derecho penal*. Madrid, España: Editorial Iustel

Rodríguez, F. (2014). *La Bipolaridad del Derecho Penal*. Quito, Ecuador: Editora Jurídica Cevallos

Rousseau, J. (1978). *El Contrato Social*. Madrid, España: Editorial Edaf

Rudolphi, H. (1975). *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico, nuevo pensamiento penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma

Welzel, H. (1956). *Derecho parte general*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma

Welzel, H. (1970). *Derecho penal alemán, Parte General*. Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídico de Chile

Zaffaroni, E. (1979). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediar

Zaffaroni, E. (2009). *El enemigo en el Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Ediar

Zaffaroni, E. (2012). *Derecho Penal y Protesta Social*. En Ávila, R. *Protesta Social, Libertad de Expresion y Derecho Penal*. Quito, Ecuador: Editorial Nacional.

Otros.-

Abanto, M. (2013). *Acerca de la teoría de bienes jurídicos*. Recuperado de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20130208_01.pdf

Ávila, R. (2013). *Los diez de Luluncoto, ¿terroristas?*. Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4110/1/Avila%20Santamaria%2C%20R-Los%20diez.pdf>

Beccaria, C. (2015). *Tratado de los Delitos y de las Penas*. Recuperado de https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado_beccaria_hd32_2015.pdf?sequence=1

Bravo, N. (2007). *DERECHO PENAL DEL ENEMIGO: ¿EVOLUCIÓN O PRIMITIVISMO DEL DERECHO PENAL?* (Trabajo de grado, Universidad de Chile). Recuperado de http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112169/de-bravo_n.pdf?sequence=1

Carrasco, E. (2015). *La “teoría material del bien jurídico” del sistema Bustos/Hormazábal.*

Recuperado de <file:///C:/Users/w7/Downloads/2427-11224-1-PB.pdf>

Citas y proverbios. Recuperado de <http://www.citasyproverbios.com/cita.aspx?t=El%20legislador%20debe%20ser%20el%20eco%20de%20la%20raz%C3%B3n,%20y%20el%20magistrado,%20el%20eco%20de%20la%20ley.>

Chauca, J. (2019). *Delincuencia organizada: asociación Ilícita en la dogmática ecuatoriana.*

(Trabajo de grado, Universidad Central del Ecuador). Recuperado de

<http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/18552/1/T-UCE-0013-JUR-181.pdf>

Comisión Jurídica. Código de Procedimiento Penal 2000. (13 de enero de 2000). RO. 360/

(Derogado). Recuperado de https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-cpp.pdf

Comisión Jurídica. Código Penal 1971. (22 de enero de 1971). RO. 147/ (Derogado).

Recuperado de https://www.oas.org/juridico/MLA/sp/ecu/sp_ecu-int-text-cp.pdf

Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal, Juicio No. 292-2014

Díaz, A. (2012). *El bien jurídico tutelado de la información y los nuevos verbos rectores en*

los delitos electrónicos. Recuperado de

http://www.redipd.es/noticias_todas/2011/tribuna/common/1/EL_BIEN_JURIDICO_TUTELADO_DEL_DATO_Y_LOS_NUEVOS_VERBOS_RECTORES_DE_LOS_DELITOS_ELECTRONICOS_USC.pdf

Díaz, A. (2012). *El Derecho Humano a la Seguridad Pública en el Estado de Derecho*. Recuperado de: <http://www.reeditor.com/columna/3967/26/ciudadania/el/derecho/humano/la/seguridad/publica>.

Diéguez, Y. (2013). *La axiología jurídica. Gaceta judicial*. Recuperado de http://www.la-razon.com/la_gaceta_juridica/axiologia-juridica_0_1813018794.html

El Comercio, (21 de diciembre de 2012). ¿Qué son los combatientes populares?. Recuperado de <https://www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/que-son-combatientes-populares.html>

El telégrafo, (05 de marzo de 2012). Grupo planificaba actos subversivos a partir del 8 de marzo. Recuperado de http://190.95.205.35/index.php?option=com_zoo&task=item&item_id=31597&Itemid=17

Enríquez, F. (2014). : *El Delito De Rebelión y la Violación de Derechos Constitucionales de Resistencia*. (Tesis, Universidad Regional Autónoma de los Andes). Recuperado de <http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/1860/1/TUTAB002-2014.pdf>

Escalante, C. (2003). *LA DELINCUENCIA ORGANIZADA Y SU INFLUENCIA EN LA SEGURIDAD Y DEFENSA HEMISFÉRICA*. Recuperado de <https://criminalistica.mx/areas-forenses/seguridad-publica/1415-delincuencia-organizada>

Expediente Judicial N°570. 2012. Juzgado décimo de Garantías Penales

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Recuperado de <http://stjcolima.gob.mx/derechoshumanos/assets/documentos/DERECHOS%20HUMANOS/Derecho%20Y%20Razon%20Teoria%20Del%20Garantismo%20Penal.pdf>

Goscilo, A. (s.f.). *Los bienes jurídicos penalmente protegidos*. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/46-1/los-bienes-juridicos-penalmente-prottegidos.pdf>

Gracia, L. (2005). *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”*. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>

Grisolía, F. (2004). *El delito de asociación ilícita*. Recuperado de: <file:///C:/Users/w7/Downloads/Dialnet-EIDelitoDeAsociacionIllicita-2650462.pdf>

Hernández, R., Bosigas, M., Jiménez, D., Galán, O. (2008). *Los principios de proporcionalidad y necesidad de la pena frente al delito de violencia intrafamiliar*. Recuperado de [file:///C:/Users/w7/Downloads/5029-Texto%20del%20art%C3%ADculo-11106-1-10-20160707%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/w7/Downloads/5029-Texto%20del%20art%C3%ADculo-11106-1-10-20160707%20(1).pdf)

Hidrovo, A. (2017). *Hacia una etnografía del Estado: la judicialización de la protesta social en el caso de “los diez de Luluncoto” (2008-2015)*. (Tesis de maestría, FLACSO). Recuperado de <https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/11999/2/TFLACSO-2017APHL.pdf>

Homazábal, H. (1984). *Política penal en el Estado democrático, Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1984-20033300346

Immanuel, Kant. (s.f.). Recuperado de <https://www.mundifrases.com/frases-celebres/frases/derecho-y-abogados/>

Jakobs, G. (2003). “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=125453>

Kreibohm, P. (2002). “El terrorismo internacional: Guerra o Delito?. La polémica en torno a la interpretación de un fenómeno inquietante.” Recuperado de <http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/38455/Ponencia.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

Kierszenbaum, M. (2009). *El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual.* Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/07-ensayo-kierszenbaum.pdf>

Landaverde, M. (2015). *Derecho Penal del Eeemigo.* Recuperado de <http://www.enfoquejuridico.info/wp/archivos/3664>

López, J. (2015). *Derecho Penal del Enemigo La sombra del autoritarismo en la Política Criminal contemporánea.* Recuperado de https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2015/133006/TFG_jlopezcapdevila.pdf

Luzón, D. (1993). *La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito.* Recuperado de [file:///C:/Users/w7/Downloads/Dialnet-LaRelacionDelMerecimientoDePenaYDeLaNecesidadDePen-46432%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/w7/Downloads/Dialnet-LaRelacionDelMerecimientoDePenaYDeLaNecesidadDePen-46432%20(2).pdf)

Mir, S. (2012). Bien jurídico y bien jurídico-penal como límite del “Ius Punendi”. Recuperado de https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/4205/pg_204-217_penales14.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Modolell, J. (2006). Derecho penal del enemigo: evolución (¿o ambigüedades?). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2290029>

Monroy, A. (2013). *Principio de mínima intervención ¿retorica o realidad?* Recuperado de <file:///C:/Users/w7/Downloads/4827-Texto%20del%20art%C3%ADculo-10891-1-10-20160707.pdf>

Núñez, R. (2017). *Importancia y aplicabilidad del Principio de Mínima Intervención Penal en Ecuador*. (Tesis, Universidad Central del Ecuador). Recuperado de <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/11843/1/T-UCE-0013-Ab-116.pdf>

Ocrospoma, E. (2008). *El caso Humala: ¿Delito de rebelión o terrorismo?*. Recuperado de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_49.pdf

Palacios, D. (2016). “*EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL ECUATORIANO. EL CIUDADANO Y NO CIUDADANO. MENCION TERRORISMO*”. (Trabajo de grado, Universidad de Cuenca). Recuperado de <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/23318/1/TESIS.pdf>

Pérez, G. (2013). *Definición de Terrorismo en el Código penal Ecuatoriano*. Diario el Telégrafo, Sección de Opinión. 22 de Septiembre

Pitágoras. (582 AC-497 AC). Recuperado de <http://www.citasyproverbios.com/cita.aspx?t=El%20legislador%20debe%20ser%20el%20eco%20de%20la%20raz%C3%B3n,%20y%20el%20magistrado,%20el%20eco%20de%20la%20ley.>

Rafecas, D. (s.f). *UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE GARANTISMO PENAL*.

Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/80/una-aproximacion-al-concepto-de-garantismo-penal.pdf>

Rafecas, E. (s.f). *Una aproximación al concepto de garantismo penal*. Recuperado de

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/80/una-aproximacion-al-concepto-de-garantismo-penal.pdf>

Real Academia de la Lengua Española “RAE”, (2019). *Diccionario de la Lengua*

Española Delito de Rebelión. Recuperado de <https://dle.rae.es/rebeli%C3%B3n?m=>

Restrepo, D. (2010). *Aproximación al concepto de bien jurídico en un «Derecho penal*

colonizado»: el caso colombiano. Recuperado de [file:///C:/Users/w7/Downloads/Dialnet-AproximacionAlConceptoDeBienJuridicoEnUnDerechoPen-3855824%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/w7/Downloads/Dialnet-AproximacionAlConceptoDeBienJuridicoEnUnDerechoPen-3855824%20(2).pdf)

Ríos, R. (2012). *EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO. EL PROBLEMA DE SU LEGITIMIDAD A LA LUZ DE ALGUNOS DE SUS DEFENSORES Y DETRACTORES*.

Recuperado de: <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2012/07/03-Rodrigo-R%C3%ADos.pdf>

Rodríguez, S. (2017). *¿Ha de cumplir el bien jurídico protegido una función de garantía o*

legitimadora del derecho penal?. Recuperado de [file:///C:/Users/w7/Downloads/Dialnet-HaDeCumplirElBienJuridicoProtegidoUnaFuncionDeGara-6703943%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/w7/Downloads/Dialnet-HaDeCumplirElBienJuridicoProtegidoUnaFuncionDeGara-6703943%20(3).pdf)

Sacta, R. (2013). *Los delitos de sabotaje y terrorismo en el código penal ecuatoriano, aplicación de estos tipos penales durante los últimos cinco años*. (Tesis, Universidad de

Cuenca). Recuperado de <file:///C:/Users/w7/Downloads/p920.pdf>

Schünemann, B. (2010). *Derecho penal contemporáneo. Sistema y desarrollo. Peligro y límites*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi

Significados.com. *Concepto de Subversivo*. Recuperado de:
<https://www.significados.com/subversivo/>

Solari, T. y Rodríguez, L. (2010). *Reflexiones en torno al concepto de seguridad del estado*. Recuperado de <file:///C:/Users/w7/Downloads/216-806-1-PB.pdf>

Sosa, L. (2015). *La delincuencia organizada en México*. Recuperado de
<https://www.gestiopolis.com/la-delincuencia-organizada-en-mexico-ensayo/>

Szczaranski, F. (2012). *Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra*. Recuperado de
https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992012000200005

Torres, H. (2015). *La operatividad del principio de lesividad desde un enfoque constitucional*. Revista Pensamiento Penal. Recuperado de
<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/08/doctrina41645.pdf>

Travéz, M. (2017). *Caso “Los diez de Luluncoto” y el Derecho a la Resistencia en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, año 2012*. (Tesis, Universidad Central del Ecuador). Recuperado de <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/10041/1/T-UCE-0013-Ab-65.pdf>

Ucha, F. (s.f.). *Definicionabc.com “Definición de grupos subversivos”*. Recuperado de
<https://www.definicionabc.com/general/subversivo.php>

Urquiza, J. (1998). *El bien jurídico*. Recuperado de http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtual/Publicaciones/Catedra/1998_n3/El_Bi_Jur.htm

Vega, H. (2006). *El análisis gramatical del tipo penal*. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/just/n29/n29a05.pdf>

Anexo.-

Tapia, Fadia, entrevistada por la autora, Celina Albarracín, audio, 17/907/19

PARA TÍTULOS PROFESIONALES DE TERCER NIVEL (INGENIEROS, ABOGADOS, MÉDICOS, ETC)
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR


DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, CELINA ESTEPHANÍA ALBARRACÍN REVELO C.I. 172230452-2 autora del trabajo de graduación intitulado: “Incompatibilidad entre la teoría de los bienes jurídicos protegidos y la teoría del derecho penal del enemigo; análisis dogmático, doctrinal y legislativo del caso ecuatoriano Los diez de Luluncoto”, previa a la obtención del título profesional de ABOGADA en la Facultad de Jurisprudencia.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 28 de abril del 2020


Celina Estephanía Albarracín Revelo
C.I. 1722304522

INSTRUCCIÓN SUPERIOR PROFESIÓN / OCUPACIÓN ESTUDIANTE V44434442

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE ALBARRACIN DIAZ CARLOS EMILIO

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE REVELO NAVARRETE ISABEL ESPERANZA

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN QUITO 2019-01-11

FECHA DE EXPIRACIÓN 2029-01-11

MINISTERIO GENERAL DE REGISTRO CIVIL

REPÚBLICA DEL ECUADOR DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

N.º 172230452-2

CEJULA DE CIUDADANÍA

APELLIDOS Y NOMBRES ALBARRACIN REVELO CELINA ESTEPHANIA

LUGAR DE NACIMIENTO PICHINCHA QUITO SANTA PRISCA

FECHA DE NACIMIENTO 1995-09-11

NACIONALIDAD ECUATORIANA

SEXO MUJER

ESTADO CIVIL SOLTERO

CERTIFICADO DE VOTACIÓN 24 - MARZO - 2019 CNE

0002 F JUNTA No. 0002 - 160 CERTIFICADO No. 1722304522 CEDULA No.

ALBARRACIN REVELO CELINA ESTEPHANIA APELLIDOS Y NOMBRES

PROVINCIA: PICHINCHA

CANTÓN: QUITO

CIRCUNSCRIPCIÓN: 3

PARROQUIA: CHILLOGALLO

ZONA: 1