

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
ESCUELA DE DERECHO

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE  
ABOGADA

DELITO DE TERRORISMO EN EL ECUADOR: ANÁLISIS DESDE  
LOS PRINCIPIOS DEL GARANTISMO PENAL APLICADOS A LA  
NORMA Y AL CASO “LOS 10 DE LULUNCOTO”.

ANDREA ISABEL JIMÉNEZ ROCHE

DIRECTOR: DR. NICOLÁS SALAS PARRA

QUITO, 2016

Quito, 18 de agosto de 2016

Señor doctor

Manuel Jiménez Moreano

Secretario de la Facultad

Presente.-

De mi consideración:

Por la presente reciba un cordial saludo y a la vez en relación al oficio 330-SJG-16 del 22 de julio del 2016 en el que se me ha solicitado un pronunciamiento sobre el aspecto cualitativo y calificación a la Disertación de Abogacía titulada: "EL DELITO DE TERRORISMO EN EL ECUADOR: ANÁLISIS DE LOS PRINCIPIOS DEL GARANTISMO PENAL APLICADOS A LA NORMA Y EL CASO '10 DE LULUNCOTO'" elaborada por la señorita ANDREA JIMÉNEZ ROCHE, previo a la obtención del título de Abogado, al respecto manifiesto:

**SOBRE EL ASPECTO CUALITATIVO:**

La Disertación con la temática abordada pone sobre el tapete uno de los más angustiosos episodios de la justicia ecuatoriana de la época del estado constitucional de derechos y justicia, en la cual el poder punitivo puso en evidencia una de sus peores facetas: la del servilismo. A pesar de que el resultado del proceso fue la ratificación de inocencia por aplicación del principio de favorabilidad por parte de los jueces de garantías penales de la Corte Nacional de Justicia, este resultado sigue siendo absolutamente aberrante desde la perspectiva del respeto a la dignidad humana y el derecho a la verdad como los mayores presupuestos del ejercicio garantista de Ferrajoli.

El caso de los 10 de Luluncoto no puede pasar desapercibido por la Academia, de la misma forma que otros casos, en donde el estado constitucional de derechos y justicia brilló por su ausencia y una brillante forma de denunciar las arbitrariedades del poder es confrontar con un sistema sólido y perfectible como es el legado de Luigi Ferrajoli con el desarrollo de sus 10 axiomas en su obra fundamental "Derecho y Razón". Los axiomas son un gran tamiz al momento de confrontar no solo el caso sino también el precepto que contiene el tipo penal de terrorismo en el Código Orgánico Integral Penal.

Me parece que el mejor título para la disertación hubiera sido "EL DELITO DE TERRORISMO DEL ECUADOR" y para ello confrontar las motivaciones dadas en las sentencias de Tribunal de Garantías Penales y Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, para observar cómo se justifica la aplicación de un tipo penal abiertamente presto a la interpretación extensiva *in malam partem*. En esta parte me parece que el trabajo se ve corto y deberá ser sustentado oralmente en la defensa.

Desde mi punto de vista todos los axiomas constan en la norma constitucional y legal, no podemos observar que el régimen del siglo XXI es absolutamente cuidadoso en cuidar las formalidades y dar

Molina Gallegos & Asociados  
ESTUDIO JURIDICO

Quito DM, 17 de octubre del 2016

Señor doctor  
Iñigo Salvador  
DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA (E)  
PUCE  
Ciudad.-

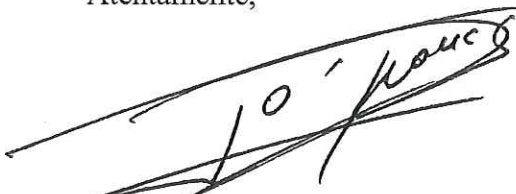
Señor Decano:

He sido designado como profesor informante de la tesina intitulada **“EL DELITO DE TERRORISMO DEL ECUADOR: ANÁLISIS DE LOS PRINCIPIOS DEL GARANTISMO PENAL APLICADOS A LA NORMA Y EL CASO 10 DE LULUNCOTO”** preparada por la señorita Andrea Jiménez Roche, alumna de la facultad; al respecto, digo:

Considero que el estudiante se ha ceñido en el desarrollo de la investigación al tema propuesto, la bibliografía es suficiente.

Por lo expuesto, califico con la nota de 9/10 puntos al trabajo de investigación realizado por el estudiante.

Atentamente,



Dr. José Molina Gallegos

*Recibido 17/10/2016*

## **DEDICATORIA**

Este trabajo de disertación va dedicado a mis padres, mis hermanos, y a todos quienes a lo largo de mi vida se han convertido en un pilar fundamental para alcanzar cada una de mis metas. Gracias por creer en mí siempre, por su apoyo, su confianza y cariño incondicionales, aún hay mucho camino por recorrer, y vamos por más.

## **AGRADECIMIENTOS**

Primero, agradecer a Dios, que desde el momento en que me dio la vida, no ha dejado de iluminar mi camino, y enseñándome paso a paso el sendero correcto.

A mi familia, señora Margarita y señor Jiménez, los mejores padres del mundo, a mis hermanos Santiago y Francisco, mis mejores amigos, protectores y guías, gracias por no rendirse nunca conmigo, les amo.

Al Ab. Nicolás Salas Parra, excelente docente y profesional, director de esta disertación, por su enorme paciencia y ayuda incondicional, con conocimientos y consejos, para conseguir esta gran meta.

A todos quienes de una u otra forma alegran mi vida y me enseñan algo nuevo cada día.

Finalmente decir: Buena suerte, buena vida y mejor vino. Gracias.

## **ABSTRACT**

This dissertation seeks to analyze the theory of penal guarantees, from two dimensions, the first the same theory of penal guarantees view from the dogmatic and the second application to the crime of terrorism in Ecuador, by analyzing a specific case by its significance and social relevance, gives a significant contribution to this research. The theory of garantismo in Ecuador, has been Applying generally from the effective date of the Constitution of 2008, which sought a comprehensive protection of fundamental rights through guarantees aimed at this end, so based on this constitutional notion, one could speak of an expansion to other standards garantista idea.

Such is the case of Ecuador's criminal law, which finished going through an important process of change. On February 10, 2014 came into force the Comprehensive Organic Code of Criminal Procedure, which collects not only the previous Penal Code also includes the Code of Criminal Procedure in a single regulatory body. It should be understood criminal law through a dual purpose, crime prevention and prevention of arbitrary penalties therefore seen as a criminal law limiting the punitive power of the State.

It is understood therefore that criminal law and its application, must be the last option which must use the state to ensure that no crimes are committed, and if these are committed, be punished after the alleged pass through a criminal proceedings which should have all the assurances and guarantees necessary for this to be legal and effective, without it being the penalty as a punishment, but rather as a preventive mechanism, in which a penalty agreement gives the offense and the degree of culpability.

Luigi Ferrajoli structured the theory of penal guarantees, a theory that seeks to justify the existence of criminal law, in order to reduce, minimize the quantity and quality of violence in society, not only violence when the offense is committed, but violence in reaction to the commission of a crime. Criminal law is justified only if he can be an instrument of defense and guarantee of all, the use of the punitive power is justified only if they fully meet the guarantees which this is provided, provided that the control systems do not criminal, are ineffective.

For this idea of garantismo is applied, poses Ferrajoli ten axioms or principles should be applied. These principles are two sides focused on criminal law, criminal substantive law and criminal law adjective. And further it is also necessary to develop the principle of minimum penal intervention, which goes hand in hand with the idea of penal guarantees, aimed at limiting the punitive power of the state.

## RESUMEN

La presente disertación busca analizar la teoría del garantismo penal, desde dos dimensiones, la primera la teoría misma del garantismo penal vista desde la dogmática y la segunda su aplicación al delito de terrorismo en el Ecuador, a través del análisis a un caso concreto que por su trascendencia y relevancia social, da un aporte significativo a esta investigación. La teoría del garantismo en el Ecuador, se ha venido aplicando de manera general desde la vigencia de la Constitución del 2008, la cual buscaba una amplia protección de los derechos fundamentales por medio de garantías enfocadas a este fin, es así que en base a esta idea constitucional, se podría hablar de una expansión de la idea garantista hacia otras normas.

Tal es el caso de la normativa penal ecuatoriana, la cual acabó de atravesar un importante proceso de cambio. El 10 de Febrero del 2014 entró en vigencia el Código Orgánico Integral Penal, el cual no solo recopila el anterior Código Penal, también incluye el Código de Procedimiento Penal en un solo cuerpo normativo. Se debe entender al derecho penal a través de una doble finalidad, la prevención de delitos y la prevención de penas arbitrarias, por lo tanto se ve al derecho penal como un limitante del Poder Punitivo del Estado.

Se entiende por esta razón que el Derecho Penal y su aplicación, deben ser la última opción a la que debe recurrir el estado para asegurar que no se cometan delitos, y si es que estos se comenten, sean penados después de que los imputados atraviesen un proceso penal el cual deba tener todas las seguridades y garantías necesarias para que este sea legal y eficaz, sin que se entienda a la pena como un castigo, sino más bien como un mecanismo de prevención, en el cual se otorga una pena de acuerdo al delito cometido y el grado de culpabilidad.

Luigi Ferrajoli estructuró la teoría del garantismo penal, teoría que busca justificar la existencia del derecho penal, con la finalidad de reducir, minimizar la cantidad y calidad de la violencia que existe en la sociedad, no solo la violencia cuando se comete el delito, sino la violencia en la reacción ante el cometimiento de un delito. El derecho penal se justifica solo si logra ser un instrumento de defensa y garantía de todos, es decir se justifica el uso del poder punitivo, solo si se satisfacen efectivamente las garantías de las que este está dotado, y siempre que los sistemas de control no penal, sean ineficaces.

Para que esta idea del garantismo sea aplicada, Ferrajoli plantea diez axiomas o principios que deberán ser aplicados. Estos principios van enfocados a dos partes del derecho penal, el derecho sustantivo penal y el derecho adjetivo penal. Y adicional es necesario también el desarrollo del principio de mínima intervención penal, el cual va de la mano con la idea del garantismo penal, enfocado a la limitación del poder punitivo del estado.

Con la teoría de Ferrajoli como punto de partida, se buscará analizar el delito de terrorismo en el Ecuador. Primero se observa la problemática del terrorismo desde una perspectiva general, y a nivel internacional, para posteriormente centrarse en el tratamiento que la legislación penal ecuatoriana le da al delito de terrorismo, este análisis se lo realiza desde el Código Penal ya derogado haciendo un contraste con el Código Orgánico Integral Penal.

A través de los axiomas del garantismo penal, se realiza un análisis del delito de terrorismo en dos momentos. En un primer momento se lo hace a través de los axiomas que rigen el derecho penal sustantivo, y en un segundo momento a través de los axiomas del derecho penal adjetivo. Este análisis se lo hace con la finalidad de determinar si existe o no compatibilidad entre lo que es el delito de terrorismo en el Ecuador, con los postulados de la teoría garantista penal.

Debido a que el estudio de la teoría no basta para comprender de manera clara la problemática planteada en esta disertación, es necesario aterrizar todo lo anteriormente mencionado en un caso práctico, para estos fines, se escogió el caso denominado “Los 10 de Luluncoto”, el cual conlleva la detención de 10 ciudadanos en una vivienda ubicada en el barrio Luluncoto de Quito. Los 10 detenidos atravesaron un largo proceso penal en el cual fueron culpados del delito de terrorismo, aunque al final en la casación se falló a favor de los procesados, atravesaron un proceso que mostró claras violaciones al debido proceso, a los derechos humanos y otros principios fundamentales del derecho penal.

Finalmente se busca abordar la idea de que la inclusión del delito de terrorismo en la normativa penal ecuatoriana corresponde a rezagos de las ideas de modelos penales como los del derecho penal del enemigo, o del derecho penal autoritario.

## TABLA DE CONTENIDOS

DEDICATORIA.....	II
AGRADECIMIENTOS.....	III
ABSTRACT.....	V
RESUMEN.....	VI
TABLA DE CONTENIDOS.....	VIII
INTRODUCCIÓN.....	11
CAPÍTULO I.....	14
1. Garantismo Penal.....	14
1.1. Generalidades del Garantismo Penal.....	14
1.2. Principios del Garantismo Penal.....	23
1.2.1. Principios del Garantismo Penal para el Derecho Sustantivo Penal.....	24
1.2.1.1. Principio de Legalidad.....	25
1.2.1.2. Principio de Culpabilidad o de la Responsabilidad Personal.....	29
1.2.1.3. Principio de Retributividad o de Sucesión de la Pena Respecto del Delito.....	32
1.2.1.4. Principio de Economía o de Necesidad del Derecho Penal.....	33
1.2.1.5. Principio de Lesividad o de la Ofensividad del Derecho Penal.....	37
1.2.1.6. Principio de Materialidad o de la Extensión de la Acción.....	40
1.2.2. Principios del Garantismo Penal para el Derecho Procesal Penal.....	41
1.2.2.1. Principio de jurisdicción.....	42
1.2.2.2. Principio Acusatorio o de la separación del juez con la acusación.....	44
1.2.2.3. Principio de la Carga de la Prueba.....	47
1.2.2.4. Principio de Contradicción.....	49
1.3. Principio de Mínima Intervención Penal.....	51
1.4. Estructura de los tipos penales según la teoría del garantismo penal.....	52

CAPÍTULO II.....	57
2. Delito de Terrorismo.....	57
2.1. Generalidades del Terrorismo.....	57
2.2. Delito de Terrorismo en el derecho internacional.....	62
2.3. Delito de Terrorismo en la legislación ecuatoriana.....	67
2.3.1. Reseña Histórica del Terrorismo en el Ecuador.....	71
2.3.2. Ecuador como miembro del GAFI.....	73
2.3.3. Código Penal y Código de Procedimiento Penal vigentes hasta agosto de 2014.....	75
2.3.4. Código Orgánico Integral Penal.....	77
2.4. Análisis estructural del delito de terrorismo: teoría del delito y de la pena.....	77
2.4.1. Bien Jurídico Protegido.....	79
2.4.2. Elemento Subjetivo.....	79
2.4.3. Elementos Constitutivos del Delito de Terrorismo.....	80
CAPITULO III.....	86
3. Análisis del Terrorismo desde los axiomas del garantismo penal.....	86
3.1. Terrorismo a través de los axiomas enfocados al derecho penal sustantivo.....	86
3.2. Terrorismo a través de los axiomas enfocados al derecho procesal penal.....	91
3.3. Incompatibilidad del delito de terrorismo con la teoría garantista.....	95
CAPITULO IV.....	105
4. Aplicación de los principios del garantismo penal: Caso Practico.....	105
4.1. “Los 10 de Luluncoto”: delito de terrorismo.....	105
4.1.1. Fases del proceso.....	106
4.1.1.1. Instrucción.....	109
4.1.1.2. Evaluación y preparatoria del juicio.....	113
4.1.1.3. Juicio.....	115
4.1.2. Audiencia de Casación.....	119
4.2. Principios Constitucionales del Proceso Penal.....	120
4.3. Argumentos jurídicos para la aplicación del tipo penal.....	124

4.4. Delito de terrorismo como delito de derecho penal del enemigo o derecho penal autoritario.....	126
CONCLUSIONES.....	136
RECOMENDACIONES.....	140
BIBLIOGRAFIA Y NETGRAFIA.....	142

## INTRODUCCIÓN

La presente disertación pretende hacer un análisis de la teoría del garantismo penal propuesta por Luigi Ferrajoli, partiendo del estudio doctrinario de la teoría, y de cada uno de sus principios, esta información pone el punto de partida para tratar el delito de terrorismo en el Ecuador, y cómo influye la teoría del garantismo penal en el mismo. Para esto se realiza el análisis de uno de los casos más emblemáticos en el tema de terrorismo en el Ecuador, el caso denominado “Los 10 de Luluncoto”, el cual causó gran conmoción tanto en medios de comunicación como en la ciudadanía.

En tal razón, se desarrollan cuatro capítulos que abarcan la problemática de la disertación de la siguiente manera:

El primer capítulo se enfoca en un estudio doctrinario de las generalidades de la teoría del garantismo penal, continuando con el análisis de los diez principios propuestos por la misma. Los cuales se dividen en principios para el Derecho Sustantivo Penal, en donde se encuentra el principio de legalidad, principio de culpabilidad, principio de retributividad, principio de economía, principio de lesividad y principio de materialidad de la acción. Y principios para el derecho procesal penal, los cuales son: principio de jurisdicción, principio acusatorio, principio de la carga de la prueba, principio de contradicción.

Debido a que la teoría del garantismo penal, lo que busca es una minimización del poder punitivo del estado, a través de la protección de los derechos con garantías, se aborda también el principio de mínima intervención penal. Se entiende que garantismo penal y derecho penal mínimo se deben considerar como expresiones sinónimas, las cuales sirven de modelo teórico y normativo del derecho penal, teniendo como objetivo final la minimización de la violencia y violación derechos al momento de la intervención del estado haciendo uso de su poder punitivo.

Para terminar el primer capítulo, en base a lo desarrollado anteriormente, se hablara de una estructura de los tipos penales, usando las los principios o axiomas del garantismo penal.

A pesar de que se considera a Ferrajoli como el principal precursor de la teoría del garantismo, este no es el único, pues esta idea garantista ya ha sido explorada por varios autores que ven a la protección de los derechos a través de garantías como el mejor mecanismo del estado para evitar abusos en el uso del poder.

En el segundo capítulo, se entra al tema del delito de terrorismo, haciendo una separación de la concepción internacional de terrorismo y lo que se debe entender como delito de terrorismo, para esto se observa históricamente la evolución e introducción del termino terrorismo en el Ecuador por cada uno de los gobiernos de cada época.

Se hace referencia el GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional), el cual integra el Ecuador, y es el organismo que ha hecho varias observaciones en cuanto a la lucha contra el lavado de activos, terrorismo y la financiación del terrorismo. Posteriormente se observa al terrorismo en cada uno de los cuerpos normativos ecuatorianos de mayor relevancia para el derecho. Para esta investigación es trascendental el entender al delito de terrorismo desde el Código Penal y Código de Procedimiento Penal vigentes hasta agosto de 2014, y en el Código Orgánico Integral Penal. Se hace una ligera aproximación del delito de terrorismo en algunas legislaciones internacionales, para entender con motivos pedagógicos las diferentes acepciones y formas de materialización que tiene este delito, dependiendo de la realidad del país en el cual se lo vaya a aplicar. Finalmente se desarrolla un análisis completo desde la teoría del delito y de la penal del delito de terrorismo en el Ecuador.

En el tercer capítulo se busca combinar de manera didáctica todo lo estudiado en cuanto a la teoría del garantismo penal en el primer capítulo, con lo analizado en el segundo capítulo en cuanto al delito de terrorismo en el Ecuador, con la finalidad de encontrar una relación entre los axiomas del garantismo penal y lo que se entiende como delito de terrorismo en el Ecuador, así como su aplicabilidad en la normativa penal ecuatoriana.

Finalmente, el cuarto capítulo, abarca el análisis del caso “Los 10 de Luluncoto” en el cual se integran todas las ideas, doctrinas, principios, normativa, estudiada en capítulos anteriores, se estudia cada momento del proceso penal, así como la aplicación de los principios del proceso penal, la aplicación de las garantías necesarias, los argumentos jurídicos utilizados para la

aplicación del tipo penal de terrorismo, así como la motivación de los juzgadores al momento de imponer la pena. Todo este análisis casuístico con la finalidad de entender al delito de terrorismo como un delito necesario, o como un delito que está restringiendo derechos y libertades, tornándose en un delito de derecho penal autoritario o máximo.

# CAPITULO 1: GARANTISMO PENAL

## 1.1 Generalidades del Garantismo Penal

El derecho y casi todas las ramas del mismo están expuestas a cambios y variaciones de acuerdo a la realidad en la que van a ser aplicadas, son el producto de la idea del estado por mantener una convivencia pacífica y la unidad social, es por esto que van apareciendo nuevas teorías que buscan dar una respuesta y una eficaz aplicación a los principios que cada rama del derecho abarca.

El Derecho penal tiene a través de su evolución ha pasado por varias finalidades, ser un mecanismo para la tutela jurídica y protección del ordenamiento legal; herramienta para la defensa social y la protección del conglomerado social; proteger los valores fundamentales; ser una garantía de libertad; servir como instrumento de control social; mecanismo de organización y propulsión; instrumento de defensa del débil; protección de bienes jurídicos; limite al poder del estado. Cada una de estas teorías sobre la finalidad del derecho penal coinciden en la idea de que el derecho penal, debe ser una herramienta que debe ser usada con cuidado. La concepción moderna del derecho penal, busca cambiar la idea de un sistema de represión y persecución, el cual se deriva en una mala utilización del sistema carcelario, dando paso a un sistema penal en cual se busca la prevención y la utilidad de las penas.

Se debe por lo tanto tomar al derecho penal desde un doble punto de vista (Merlyn, 2013):

1. **Subjetivamente:** como la facultad inherente al Estado de exigir bajo una sanción el realizar o no ciertos actos que son considerados como peligrosos para el orden social, esta se considera la base del IUS PUNIENDI o el DERECHO DE CASTIGAR.

2. **Objetivamente:** normas jurídicas positivas expedidas por el legislador a la través de las cuales se regula el ejercicio del IUS PUNIENDI, dando lugar a una codificación la cual incluye los delitos y las penas respectivamente.

A diferencia de varias teorías que se han planteado, alrededor de la funcionalidad del derecho penal, la teoría del garantismo penal, menciona que si bien el Derecho penal ha fracasado en la mayoría de los fines que han sido a este asignados, “todavía puede servir para cumplir un fin primordial: la minimización de la violencia en la sociedad” (Rodríguez Meza, 2007, p.13). En páginas siguientes se desarrollará más a fondo el principio de mínima intervención penal, cuyo objetivo principal es el de limitar la intervención del derecho penal a momentos en los que solo el derecho penal sea el medio idóneo.

La teoría del garantismo penal se originó como una solución que ponga fin a las prácticas arbitrarias dentro del poder punitivo del Estado, así también se lo toma como un parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad. (Ferrajoli, 2009), tomando la idea del respeto y primacía de los derechos humanos como la directriz más importante a tomarse en cuenta al momento de aplicar el Derecho Penal.

Ferrajoli (1995) plantea la idea del garantismo penal como una respuesta a:

La creciente anomia del estado contemporáneo generada, de una parte, por la masiva expansión de sus funciones y de los correlativos espacios de discrecionalidad en la vida social y económica y, de otra, por la reducción de la capacidad regulativa del derecho, la inadecuación y la falta de efectividad de sus técnicas de garantía y por la tendencia del poder político a liberarse de los controles jurídicos y a desplazarse a sedes invisibles y extra institucionales. (p.48)

Se tendría un derecho penal que tiene como base la racionalidad, pero para hablar de garantismo es necesario analizar las diferentes acepciones que este término tiene, dentro de la teoría del garantismo penal de Ferrajoli, se identifica claramente tres acepciones las cuales no

son independientes sino que se relacionan y son susceptibles de ser aplicadas en varios campos del ordenamiento jurídico.

La primera acepción designa al garantismo como un *modelo normativo de derecho*, haciendo referencia al modelo de estricta legalidad en el derecho penal, lo cual es una característica propia del estado de derecho. Una segunda acepción del garantismo es designa una *teoría jurídica de la validez y de la efectividad*, pero tomando a estos dos conceptos por separado y haciendo una diferencia con la existencia o vigencia de las normas, lo que esta acepción busca es mantener la separación entre “el ser” y “el deber ser” del derecho penal, haciendo una referencia la complejidad en la construcción de los diversos ordenamientos jurídicos y las practicas operativas de los mismos. Esta segunda acepción busca dar paso a otra teoría denominada *teoría de la divergencia* entre normatividad y realidad, entre derecho valido y derecho efectivo. (Ferrajoli, 2009)

Finalmente la tercera acepción, garantismo, visto desde la *filosofía del derecho y critica de la política*, la cual busca imponer tanto al estado como al derecho la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituyen precisamente la finalidad de estos.

El garantismo presupone, como ya se menciona anteriormente, la separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, esto desde un punto de vista interno y desde un punto de vista externo, haciendo una valoración del ordenamiento jurídico, es decir entre “el ser” y “el deber ser”.

El garantismo tiene un sustento jurídico en las nuevas constituciones en las cuales se materializa de manera fuerte la incorporación de múltiples derechos de las personas y colectividades (Ávila, 2010). En base a esto Ferrajoli (2008) manifiesta que el único modelo de derecho penal que debe seguir un Estado Constitucional de derechos es el garantismo penal, tomándolo como: “un modelo de derecho fundado sobre la rígida subordinación a la

Constitución y la ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuestos a estos para garantía de los derechos consagrados en las constituciones” (p. 27).

Se puede entender al garantismo como una teoría que busca garantizar derechos subjetivos y de esta manera regular y minimizar la violencia ocasionada del uso indebido del poder punitivo del estado. Es importante entender el hecho de que el garantismo no busca que se le otorgue más derechos a las personas que cometen delitos, o que se lo vea como un obstáculo para la aplicación de la justicia penal, por el contrario lo que se busca es que a la vez que se garantiza los derechos de todas las partes involucradas en un delito, también se agilice la justicia penal, teniendo al garantismo como una condición para la validez de la misma.

La teoría del garantismo cuyo creador y principal exponente es el italiano Luigi Ferrajoli, tiene diversos tipos o significados, de esta manera podemos hablar de *garantismo patrimonial* (Acosta, 2006) para designar el sistema de garantías que tutelan el derecho de propiedad y el resto de derechos patrimoniales, *garantismo liberal*, *garantismo social* para designar el conjunto de garantías, encaminadas a satisfacer los derechos sociales, como los derechos a la salud, a la educación, al trabajo, etc., y de manera específica el *garantismo penal*, para designar las técnicas establecidas para la defensa de los derecho de libertad, sobre todo la libertad personal, frente a intervenciones policiales o judiciales arbitrarias.

Para este modelo garantista, se reconoce una doble finalidad al Derecho penal, prevención de los delitos y prevención de las penas arbitrarias, y la técnica de tutela de los derechos fundamentales (Ferrajoli, 1995, p.335). A razón de Ferrajoli (2008) “un sistema penal, está justificado únicamente si la suma de las violencias – delitos, venganzas y punitivas arbitrarias- que él puede prevenir, es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos por las penas para ellos conminadas” (p.37).

Ferrajoli no desestima que uno de los tantos fines que se le ha dado al derecho penal sea la prevención general de delito, aunque esta no sea eficaz, constituye un fin en el cual las garantías procesales son un obstáculo para la consecución del mismo.

Durante los siglos XVII y XVIII, la corriente iusnaturalista del derecho dentro de un sistema penal de estricta legalidad, desarrollo los diez axiomas que comprenden la teoría del garantismo penal, concebidos como principios de carácter político, moral dirigidos a la limitación del poder punitivo (Ferrajoli, 2010).

Se presenta al garantismo a saber de Ferrajoli como “la ley del más débil”, y en el ámbito penal hay varios momentos en donde se evidencia con claridad quien es el más débil:

1. Cuando se está cometiendo el delito, la persona más débil es la víctima; 2. Cuando se está deteniendo, investigando o procesando, la persona más débil es el sospechoso, el procesado o el acusado; 3. Cuando se ha condenado, la persona más débil es quien cumple sentencia (Ferrajoli, 1995, p.335).

A partir de estos tres momentos mencionados, se puede plantear la idea de que una persona no es siempre el más débil, esta característica se la otorga de acuerdo a las circunstancias en las que se encuentre, ya que en un momento puede ser el que ejerza poder sobre otros, o puede ser quien sea el más débil y ejerza sus derechos, es aquí que el garantismo propone la idea de limitar y vincular. Los derechos cumplen dos propósitos, el primero es limitar al poder mediante la imposición de obligaciones de no hacer, se deja que los derechos se ejerzan de manera libre, pero se plantean prohibiciones que al momento de ser irrespetadas traerán graves faltas a los derechos fundamentales; y por el otro lado está el segundo propósito, los derechos vinculan al poder, es decir que imponen obligaciones de hacer, lo cual está dirigido a una actuación de los estados y particulares que tienen poder, para que las condiciones adecuadas para el ejercicio de los derechos sean las adecuadas y que no podrían darse sin la intervención de estos.

Los diez axiomas se dividen en principios penales de fondo y principios procesales penales divididos de la siguiente manera (Ferrajoli, 2010), las cuales buscan evitar que cualquier persona que pueda ser considerada como peligrosa pueda ser enjuiciada de manera injusta y terminar por ser condenada:

## 1. **Principios para el derecho sustantivo penal o principios de fondo**

- Legalidad
- Retributividad o de sucesión de la pena respecto del delito
- Economía o de necesidad del derecho penal
- Lesividad o de la ofensividad del derecho penal
- Materialidad o de la extensión de la acción
- Culpabilidad o de la responsabilidad personal

## 2. **Principios para el derecho procesal penal o principios procesales**

- Jurisdicción
- Acusatorio o de la separación del juez con la acusación
- Carga de la prueba
- Contradicción

Los principios enumerados anteriormente tienen la capacidad de ser flexibles y adaptarse a cualquier realidad, tienen varias funciones, una de ellas es la de legitimar y dar validez sustancial a las reglas producidas legislativa y judicialmente, y la otra es inspirar el proceso legislativo y normativo en general (Ávila, 2010, p.54). Se debe tomar en cuenta que el derecho penal no puede vulnerar los fines, los límites y la configuración constitucional.

Cada uno de los diez axiomas o principios que propugna el garantismo corresponde a uno de los tres momentos básicos del derecho penal: la pena, el delito y el proceso.

Principios de la pena: Retributividad (no hay pena sin delito), legalidad (no hay delito sin ley), necesidad (no hay ley sin necesidad). Principios del delito: lesividad (no hay necesidad sin ofensa), materialidad (no hay ofensa sin acción), culpabilidad (no hay acción sin culpa). Principios del proceso: jurisdiccionalidad (no hay sin juicio), acusatorio (no hay juicio sin

acusación), probatorio (no hay acusación sin pruebas), contradictorio (no hay prueba sin defensa). (Salas, 2014, p.1)

La teoría del garantismo penal expresada en sus diez axiomas o principios constituye una garantía para los miembros de un estado contra acciones arbitrarias en el ejercicio de la justicia, o de errores penales, como el hecho de condenar a alguien a quien no se le ha probado su participación y culpabilidad en un delito.

Anteriormente al desarrollo de la teoría del garantismo penal, ya se pensaba en la limitación al poder punitivo del estado, y a los excesos por prácticas arbitrarias por parte de los jueces, esta idea de la limitación al poder punitivo del estado, se basa en la idea de la predominancia de los derechos fundamentales, como la idea dignidad de humana y la idea de justicia misma y que estos límites pueden reducirse a la vigencia no solo formal, sino material de dos principios fundamentales: *el principio de mínima intervención y el principio de intervención legalizada del poder punitivo del Estado*. (Muñoz Conde, 2001)

La justificación más adecuada para la implementación de un modelo garantista dentro del derecho penal, es el hecho de reducir o minimizar la calidad y la cantidad de la violencia en la sociedad, tanto la violencia de delitos, como la violencia de la reacción ante los delitos. Es decir limitar el cometimiento de delitos por parte de las personas y que la reacción del aparataje estatal ante la existencia del cometimiento de un delito, sea efectiva y eficaz sin que afecte a la persona que ha sido involucrada en un proceso penal.

El modelo de Ferrajoli, con sus diez principios, a los cuales se debe tomar como limitantes y condicionantes al ejercicio del derecho penal, forman una base la cual da seguridad a las personas para poder saber a qué atenerse y cómo reaccionar ante el poder punitivo del estado, al cual debe enfrentar. Y por otro lado sirve para el que estado encuentre un sentido de utilidad a la ejecución del poder punitivo así como también a la implementación de penas.

Estas ideas garantistas se contraponen a las ideas retribucionistas de la pena, las cuales son una característica propia de los estados cuya base es teocrática, a diferencia de las ideas que son base del estado constitucional de derechos (Ferrajoli, 2010).

Así lo manifiesta Joseph De Maistre (2009), para quien la justicia penal, pertenece al designio de la providencia divina y por el denominado principio de la reversibilidad, alcanza a los inocentes y a las generaciones sucesivas, y son estas las que poco a poco van dando mayor importancia al reconocimiento de los derechos fundamentales.

La idea de que el derecho penal no persiga otro fin que la justa retribución de los delitos, no solo ha sido teorizada por Kant y Hegel, sino también por autores como Rossi, Maggiore, Bettiol, Binding (Bacigalupo, 1999).

Si bien la teoría del garantismo contiene postulados concretos, es en la actualidad un paradigma, al cual no se puede materializar, sin embargo se debe puntualizar que esta teoría se contrapone a las tradicionales teorías utilitaristas de la prevención y la defensa social, que aceptan como parámetro solo la utilidad de la mayoría no desviada. Frente a esto el paradigma del derecho penal mínimo, tiene su justificación en su papel de la Ley del más débil como alternativa de la ley del más fuerte, la cual es contradictoria con todos los postulados que nos presenta el garantismo.

Para comenzar con la idea garantista del Derecho Penal mínimo, se debe empezar lógicamente por las prohibiciones penales, o en términos exactos, por la selección de los bienes jurídicos y de las acciones lesivas susceptibles de merecer, respectivamente una tutela y un reproche penal. Se trata por tanto de responder a la pregunta de cuándo castigar, de cuáles han de ser los objetos de protección penal, y de qué castigar, es decir, frente a qué tipo de agresiones procede la intervención punitiva, dando por supuesto que ni todos los bienes jurídicos merecen tutela penal, ni todas las acciones que lesionen o pongan en peligro esos bienes se hacen acreedoras a un reproche de esta clase. (Prieto, 2011)

En este punto entran en juego tres garantías, los principios de necesidad, lesividad y materialidad de la acción, que en los estudios dogmáticos suelen quedar comprendidos en la llamada teoría del bien jurídico, a estos posteriormente se une el principio de culpabilidad.

La palabra garantía no debe ser interpretada, en el sentido civil tradicional, esto es, como un mecanismo orientado a asegurar el cumplimiento de una obligación por ejemplo la garantía hipotecaria; sino más bien en el sentido que se usa al hablar de garantías constitucionales, es decir, como un instituto jurídico destinado a la tutela de la Constitución. Cabe decir entonces que un sistema es garantista cuando las expectativas en qué consisten los derechos subjetivos resultan satisfechas o cumplidas; ya se trate de expectativas negativas o que reclaman la abstención u omisión por parte de los demás o sea que se trate de expectativas positivas que requieren una conducta o prestación a cargo de los sujetos obligados (Ferrajoli, 2010).

El garantismo es ante todo una filosofía del Derecho penal, pero difiere de la mayor parte de las filosofías precedentes no tanto en suministrar un esquema de justificación sustantiva diferente, sino sobre todo en su propósito pragmático, que es formular una doctrina ético política apta para enjuiciar la legitimidad eventual del Derecho Penal y no proporcionar una legitimación apriorística de todo derecho penal. (Prieto, 2011)

En este sentido, el garantismo pretende ofrecer una autentica doctrina axiológica y distanciada, no una teoría descriptiva acerca de las funciones que en la práctica realiza el derecho penal y, menos aún, una ideología que introduzca de manera inadecuada lo que las penas son a partir de lo que deben ser, o lo que deben ser a partir de lo que efectivamente son.

El poder es concebido por el garantismo como un mal, que a falta de una justificación externa que lo minimice mediante límites y vínculos, resulta ilegítimo; pero esto obedece precisamente a que su rasgo fundamental es la detentación de ese poder que se expresa en el ejercicio del Ius Puniendi, es en base a esto que se entiende a la pena como una forma de violencia institucional, ya que se trata de una limitación de derechos y represión de necesidades reales fundamentales de los individuos.

La pena es siempre considerada como un mal y el derecho penal conserva un residuo de ilegitimidad porque supone costes humanos y sociales y solo resulta tolerable y deja de ser ilegítimo si esta y solo en la medida en que esté justificado (Ferrajoli, 2009). Desde esta perspectiva, garantismo penal equivale a la exigencia de justificación de las intervenciones penales, tanto de las prohibiciones como de los castigos.

La alternativa garantista supone un utilitarismo reformado, que se orienta a la maximización del bienestar de la mayoría, poniendo énfasis en la protección de sus derechos frente a la violencia de los crímenes, y además se orienta a la minimización del malestar de la minoría que sufre la acusación o la condena por la comisión de un delito, protegiendo sus derechos en la violencia del proceso y de la pena (Prieto, 2011).

Finalmente se debe señalar que este modelo garantista concibe un derecho penal que se limita a sí mismo, tomando en cuenta tres pilares fundamentales, humanización, configuración y desconexión. Humanización, puesto que se toma a la pena como “un mal, y que consecuentemente obliga a restablecer la seguridad jurídica respecto a ella, a valorar el tratamiento como un derecho disponible del delincuente, y a perfeccionar el sistema de penas” (Rodríguez Meza, 2007, p.13). En cuanto a la configuración, se habla de un derecho penal mínimo; y la desconexión, ya que se busca hacer de lado las exigencias éticas, las cuales han condicionado a que el derecho penal base sus contenidos en necesidades sociales históricamente condicionadas de mantenimiento del orden social (Rodríguez Meza, 2007, p.13).

## **1.2 Principios del Garantismo Penal.**

La sociedad políticamente organizada tiene el derecho a reprimir los actos delictivos que se cometen, dañando o poniendo en peligro bienes jurídicos individuales o colectivos, pero se debe entender que este derecho no es ilimitado, puesto que no se lo puede ejercer según la

libre voluntad o entendimiento de los organismos y funcionarios que tiene que ver con la represión y sanción de las infracciones (Vaca, 2014, p.33).

La imposición de penas, sanciones o castigos, o inclusive medidas de seguridad, solo se da previa instauración de un proceso penal al que se ha sometido al procesado y en el que se le ha rodeado de las garantías y derechos fundamentales que tiene por el solo hecho de tratarse de un ser humano, principalmente el derecho a defenderse y a hacer escuchar sus razones y argumentos.

La función represiva y punitiva del Estado debe necesariamente estar basada en ciertos presupuestos de trascendental importancia para la vida jurídica del país, algunos de los cuales están enunciados en la Constitución, pues constituyen, a la vez, derechos fundamentales de todo ciudadano, incluyendo a quienes han cometido alguna infracción y no por esto pierden la calidad de personas con garantías y derechos.

### **1.2.1 Principios del Garantismo penal para el derecho sustantivo penal**

De manera general se debe entender como principio a una regla que debe cumplirse o seguirse, enfocada a un propósito específico. Etimológicamente según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española principio deriva del latín principium 'comienzo, primera parte, parte principal' a su vez derivado de prim- 'primero, en primer lugar' y cap(i)- "tomar, coger, agarrar", por lo que literalmente principium es "lo que se toma en primer lugar".

Guillermo Cabanellas (1993) define al principio como "el primer instante del ser, de la existencia de la vida, razón, fundamento, origen. Razón, fundamento, origen" (p.319).

En base a esta idea general de principio, dentro de los axiomas del garantismo penal, los principios aplicados al derecho sustantivo penal, son: principio de legalidad, principio de

culpabilidad de la responsabilidad personal, principio de retributividad o de sucesión de la pena respecto del delito, principio de economía o de necesidad del derecho penal, principio de lesividad o de la ofensividad del derecho penal y principio de materialidad o de la extensión de la acción, los cuales serán explicados a detalle a continuación.

Los principios de retributividad, legalidad y necesidad, responden a las preguntas ¿cuándo y cómo castigar? y expresan las garantías relativas a la pena; los principios de lesividad, materialidad y culpabilidad, a las preguntas ¿cuándo y cómo prohibir? y expresan las garantías relativas al delito.

### **1.2.1.1 Principio de Legalidad**

Este principio es una de las consecuencias del principio general de la legalidad de los delitos y las penas, lo que se encuadra en el principio “*nullum crimen nulla poena sine lege*” (Vaca, 2014, p.43) , o principio de reserva lega, base fundamental del derecho penal moderno y que ha sido recogido por las constituciones del mundo, incluyendo la Constitución del Ecuador en el Art. 76 numeral 3<sup>1</sup>, expresa categóricamente que “*Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que, al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicara una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento*”. Además en la misma Constitución en el Art. 132, numeral 2, encontramos la exigencia de expedición de una ley penal para tipificar infracciones y establecer sanciones correspondientes.

Para juristas como Ernesto Albán (2015) “el principio de legalidad es la piedra angular sobre la que ha levantado la doctrina penal moderna” (p.65). Sin embargo este principio es anterior a las ideas propugnadas por Beccaria, y después de que este lo insertara en las concepciones modernas del derecho penal, las legislaciones la mayoría de países, lo han incorporado en sus

---

<sup>1</sup> Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449. Publicada el 20 de octubre de 2008.

leyes, además de estar incluido en varios instrumentos internacionales, como declaraciones de derechos humanos, entre otros.

Además de estar incluido en la Carta Magna, el principio de legalidad, forma parte de la legislación penal, en el Código Penal derogado, se lo encontraba en el Art. 2 inciso 1, mientras que en el Código de Procedimiento Penal también derogado, estaba en el Art. 2 inciso 1.

Sin embargo el Código Orgánico Integral Penal, además de incluir los criterios que rigen el principio de legalidad, hace también una referencia a lo que son los tipos penales en blanco, dándoles validez (Araujo, 2014). En este sentido tenemos que el numeral 1 del Art. 5 del COIP, nos dice *“No hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla”*<sup>2</sup>. Adicionalmente en el Art. 53 tenemos contemplada la legalidad en cuanto a la pena *“No se impondrán penas más severas que las determinadas en los tipos penales de este Código. El tiempo de duración de la pena debe ser determinado. Quedan proscritas las penas indefinidas”*.

Para hablar del origen del principio de legalidad se debe retroceder a los momentos de la Revolución Francesa y la Ilustración, momentos en los que el pueblo deja de ser considerado un instrumento y sujeto pasivo del poder absoluto del Estado, a controlar y participar en ese poder, exigiendo garantías para su ejercicio (Mir Puig, 2002). Históricamente a quien se le debe la formulación de este principio es a Cesar Beccaria, quien en su obra De los Delitos y las Penas lo desarrolla en función de su teoría de la pena como coacción psicológica, y al que se remonta en su formulación latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Este principio es considerado como el máximo principio que consagra la legitimidad y legalidad del derecho penal, se ha inferido que este principio, ofrece importantes rasgos, y

---

<sup>2</sup> Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180. Publicado el 10 de febrero de 2014.

cada uno de estos apuntan a una garantía de libertad y seguridad para el ciudadano y un poder punitivo del Estado ejercido por legisladores y jueces.

El principio de legalidad exige que la ley penal preexista a toda sanción pues es indispensable que en un sistema democrático y absolutamente respetuoso de los derechos humanos, las personas a quienes está destinada la ley penal, o las normas penales, en general, puedan conocer con anticipación cuales son los hechos que a juicio del legislador son considerados como delitos y, como tales, sujetos a sanción, además que nadie puede ser sometido a un procedimiento diverso al preexistente al momento de la realización del delito, aquí se debe incluir a un juez natural, un juicio formal, y el respeto de las garantías impuestas por la ley (Pérez, 2009).

En el derecho penal el delito debe estar descrito con la mayor claridad posible y debe ser anterior al cometimiento de la infracción, del mismo modo que la pena debe estar señalada de forma específica para cada tipo de delito. Solo cuando el hecho ejecutado por las personas se ha cometido, puede hablarse de que hay delito y solo entonces es posible sancionar a una persona, pero previo análisis valorativo de la conducta y todas sus circunstancias dentro del proceso penal (Vaca, 2014).

Entre las consecuencias más importantes de este principio, podemos anotar las siguientes:

1. Absoluta sujeción de jueces y tribunales a las disposiciones constantes en las leyes, tanto en la tramitación de las causas, como en las decisiones o fallos, teniendo presente que los jueces no son legisladores sino interpretes oficiales del derecho vigente que lo aplican a los casos concretos, y esto sin excluir a los integrantes de los entes policiales investigativos, que pueden actuar únicamente si es que se trata de una conducta descrita y claramente tipificada como delito de acción pública en una ley penal.
2. Cumplimiento estricto y cabal de las atribuciones conferidas a los jueces y tribunales por las leyes, debiendo, en consecuencia, limitarse a hacer o disponer exclusivamente aquello que las leyes les faculta.

En su sentido actual, el principio de legalidad se derivó de la teoría ilustrada del contrato social que suponía una organización política basada en la división de poderes, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo, el poder legislativo.

Al respecto Beccaria (1984) mencionaba que solo las leyes dictadas por el poder legislativo pueden establecer los delitos y las penas, en base al contrato social, ya que será el pueblo en un acto de auto limitación, al determinar que conductas serán descritas como delito, y cuáles serán las penas aplicables. En este sentido el principio de legalidad no es solo una exigencia de seguridad jurídica, sino una garantía política, de que el ciudadano no podrá verse sometido a penas que no admita el pueblo a través de sus representantes en el poder legislativo.

El principio de legalidad implica las siguientes garantías (Cerezo Mir, 2015, p.96):

1. **Garantía Criminal:** el delito debe estar previsto en la ley formal y material.
2. **Garantía Penal:** la pena debe estar establecida previamente en la ley.
3. **Garantía Jurisdiccional:** no podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia firme, en un proceso seguido conforme a la ley.
4. **Garantía de Ejecución:** la pena debe ejecutarse tal y como lo prescribe la ley.

Para el derecho penal el principio de legalidad se reconoce en dos momentos, legalidad formal, todo debe estar en la ley penal; y legalidad material, para la cual la ley debe ser clara, taxativa, clara, unívoca, precisa y autónoma. Y de estas dos dimensiones del principio de legalidad surgen tres garantías: la irretroactividad de las leyes penales en tanto perjudiquen al reo, la especialidad en la aplicación de la ley penal, y los criterios de aplicación espacial, temporal y personal de la ley penal (Nader Kuri, 2008).

En cuanto a la irretroactividad de la ley, se parte de la premisa que la ley rige para lo venidero. La especialidad en la aplicación de la ley supone que, cuando una misma materia aparezca regulada por diversas normas, la norma especial es la que prevalecerá por encima de

la norma general, es decir la de mayor protección al bien jurídico será la que deba aplicarse, excluyendo a la norma de menor alcance; y finalmente en cuando a los criterios de aplicación espacial, temporal y personal de la ley penal, se habla de lo que el ordenamiento jurídico disponga en cuanto a territorio o fuero, vigencia de la norma, y la edad en la cual una persona puede ser imputada de un delito.

### **1.2.1.2 Principio de Culpabilidad o de la Responsabilidad Personal**

El principio de culpabilidad, ve al hombre como un ser libre y responsable, y por lo tanto es susceptible de coerción punitiva, la cual se originará si su conducta se adecua a alguno de los tipos penales que se encuentran en la ley. Es decir, cualquier persona por su propia voluntad toma la decisión de afectar un bien jurídico protegido (López, 2013).

El análisis del principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal, es trascendental, pues la culpabilidad es un elemento de la composición del delito, elemento sin el cual no se podría hablar de un delito entendido como un acto, típico, antijurídico y culpable. Sin la culpabilidad, entendida como el elemento psicológico que considera que un comportamiento humano en contra del ordenamiento jurídico, solo puede ser castigado, si es fruto de la voluntad de una persona, que en ejercicio de su libertad, actuó con conciencia y voluntad.

La culpabilidad requiere de una relación de causalidad, que relacione la decisión del agente, la acción y el resultado del delito (Nader Kuri, 2006), entonces la culpabilidad consiste en que el responsable de un delito, aun pudiendo actuar de otra manera, no lo hizo.

A partir de la doctrina y la jurisprudencia, se entiende que el principio de culpabilidad es una derivación de la idea de dignidad del ser humano, idea que se encuentra consagrada en varios textos constitucionales, incluyendo el ecuatoriano, en donde se evidencia la existencia del principio de culpabilidad en el Art. 66 y sus 29 numerales (López, 2013).

Para esto se necesita que el ser humano sea un fin en sí mismo, y que el estado en cuanto a su actuación penal, esta sea previsible y ajustada a límites que aseguren el libre desarrollo del ser humano, protegiendo a esa libertad dentro del marco jurídico supremo, es decir la constitución (Bacigalupo, 1999). Se debe señalar que culpabilidad y responsabilidad no son lo mismo. La responsabilidad es la sujeción jurídica a la sanción, como consecuencia de un delito, cualquiera que sea la relación exigida por la normativa entre el sujeto y el delito.

Es así que mientras la responsabilidad es un juicio de reproche que hace el juzgador a quien es autor o participe como consecuencia de la comprobación de todos los elementos del delito y su vinculación con este, la culpabilidad es un elemento mismo del delito.

Al principio de culpabilidad se le han otorgado varios alcances, entre los más trascendentales tenemos, desde el punto de vista psicológico, en donde la culpabilidad es el vínculo entre la conducta de una persona y el evento producido. Desde el punto de vista de la normatividad en donde la culpabilidad equivale a la reprochabilidad, entonces se entiende que una persona es culpable cuando debiendo y pudiendo actuar conforme al derecho, no lo hace. Y desde el punto de vista material, en donde la culpabilidad parte de la función motivadora de la norma penal (Pérez, 2009).

El principio de culpabilidad garantiza dos cosas: en primer lugar, que el hecho no debe interpretarse como casualidad o como capricho del destino, sino como obra, de una persona; y en segundo lugar, que esta persona es competente para intervenir en asuntos públicos (Jacobs, 2000).

Y a partir de la corriente finalista, actualmente la doctrina actual, estructura a la culpabilidad con el siguiente esquema (Albán, 2015, p.178):

1. **Imputabilidad**, entendida como la capacidad de comprender la ilegalidad, y de actuar en conformidad con esa comprensión.
2. **Posibilidad de conocer la antijuridicidad de la conducta** que se pretende realizar;
3. **Exigibilidad** de la conducta conforme a derecho.

Se habla de una función unilateral del principio de culpabilidad, mediante la cual, se entiende que el hecho de tener una pena corresponde a una culpabilidad, sin embargo no todo comportamiento culpable, exige necesariamente la imposición de una pena, por el contrario, se concibe que el comportamiento culpable debe ser castigado siempre y cuando la función del estado de mantener una convivencia libre y pacífica, así lo determinen (Roxin, 1981).

El principio de la carga de la prueba tiene gran importancia también en la legislación internacional en relación al principio de culpabilidad contenida en tratados y convenciones de Derechos Humanos, algunos de los cuales se enunciarán a continuación:

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, el 2 de mayo de 1948, señala, en su artículo XXVI que *“Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se demuestre que es culpable.”*

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada en la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, dispone, en su artículo 11, inciso 1, que *“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.”*

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, abierto a firma en la ciudad de Nueva York, E.U.A, el 19 de diciembre de 1966, aprobado por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el 18 de diciembre de 1980 y promulgado por el presidente de la República, señala, en su artículo 14, inciso 2, que *“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”*

Para legislación ecuatoriana, antes de considerar culpable a una persona, debe darse un proceso penal, en el cual se comprobara conforme a derecho, la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado, para lo cual el tribunal de garantías penales, emitirá una sentencia en la cual se podrá evidenciar una certeza en cuanto a los elementos ya mencionados (existencia de la infracción y responsabilidad del procesado) (Araujo, 2014). En este sentido se entiende que el ser humano es responsable de infringir la Constitución y la ley. Infracción tomada como un comportamiento típico, antijurídico y culpable, es decir, se compone de una parte objetiva y de otra subjetiva y, por tanto, comprende la referencia ineludible al “psiquismo” del autor (Pérez, 1985, p.59), además que nadie puede ser juzgado sino es en base a las leyes anteriores al acto que se le imputa.

El Código Orgánico Integral Penal hace referencia a este principio en el Art. 5 numeral 3 el cual menciona que *“Duda a favor del reo: la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable”*<sup>3</sup>.

El principio de culpabilidad, es por lo tanto uno de los más importantes, para el derecho penal, y para el modelo garantista de Ferrajoli, ya que centra su atención en los jueces, quienes son los encargados de establecer la gravedad de la culpa, y de encontrar el nexo causal entre la infracción cometida y la responsabilidad del procesado, sin que exista duda alguna.

### **1.2.1.3 Principio de Retributividad o de Sucesión de la Pena Respecto del Delito**

Según este principio, la pena se debe aplicar solo cuando se haya cometido un delito, este principio constituye la causa o condición necesaria suficiente de la pena y esta se configura como su efecto o consecuencia jurídica. La pena, entonces, no es un prius, sino un posterius; no una medida preventiva o ante delictum, sino una sanción retributiva o post delictum, que puede exigir condiciones ulteriores, tales como la ausencia de eximentes las condiciones

---

<sup>3</sup> Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180.

objetivas de punibilidad y de procedibilidad, además de todo el resto de las garantías penales y procesales que condicionan la validez de la definición legal la comprobación judicial del delito (Nader Kuri, 2006).

El carácter retributivo de la pena también significa que nadie puede ser castigado más que por lo que ha hecho y no por lo que es. Por tanto, excluye cualquier modo utilitarista de prevención propio del moderno autoritarismo penal, que castigue al inocente cuando se le considere malvado, desviado, peligroso, sospechoso proclive al delito (Nieto, 1994).

Se entiende que en aplicación a este principio, solo cuando exista un delito habrá lugar a la imposición de una pena, ya sea esta privativa de libertad, pecuniaria y demás sanciones que el ordenamiento jurídico contempla, siempre y cuando la existencia del delito y la culpabilidad hayan sido probadas a través de un procedimiento formal ante una autoridad judicial.

A pesar del anhelo readaptador de la pena, sobre la base de la educación, la capacitación para el trabajo, de toda suerte la pena sigue siendo la retribución posterior que impone el Estado a quien cometa un delito, independiente de sus fines individuales.

#### **1.2.1.4 Principio de Economía o de Necesidad del Derecho Penal**

Este principio tiene relación con el postulado *nulla lex poenalis sine necessitate*, no hay ley penal sin necesidad, no hay delito sin necesidad, en relación con la idea que es base del derecho penal mínimo.

Siguiendo la clasificación propuesta por Ferrajoli, el principio en análisis se expresa en una proposición, aunque implica dos ideas distintas pero complementarias (Ferrajoli, 2010):

1. Necesidad o economía de la prohibición
2. Humanidad en la definición y aplicación de las penas

La intervención penal mínima busca que se logre la optimización del grado de eficiencia de los derechos individuales frente a las limitaciones impositivas por los poderes públicos. Entonces, es obligación de los órganos del Estado el comparar las medidas restrictivas aplicables que sean suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir, finalmente, aquella que sea menos lesiva para los derechos de las personas, esto es, la que sea más idónea para la protección eficaz de los bienes jurídicos (Velásquez, 2003).

Que la prohibición sea necesaria, significa que el legislador penal solo debe de prohibir y sancionar conductas cuando no quede otro remedio; cuando no sea posible regular la situación jurídicamente a través de otras fórmulas legales de distinta naturaleza, incluyendo penas alternativas. Significa también que el juzgador debe aplicar la pena o medida de seguridad sólo cuando ello sea estrictamente indispensable. En síntesis, que el derecho penal debe afectar lo mínimamente posible las relaciones sociales, ser la última ratio, el último recurso del que se valga el Estado, de modo que no se abuse de la tipificación de conductas ni de la imposición de penas (Jiménez de Asúa, 1983).

Cesar Beccaria (1984) en su libro Tratado de los delitos y de las penas, citando a Montesquieu, menciona que toda pena, todo acto de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránica; y que en la medida en que las penas sean justas, será más sagrada e inviolable la seguridad general y mayor la libertad del Estado para castigar los delitos.

Ferrajoli, señala que es para que las penas desarrollen la función preventiva que tienen asignada, deben consistir en hechos desagradables, o, en cualquier caso en males idóneos para disuadir de la realización de otros delitos y evitar que la gente se tome la justicia por su mano, lo cual evidencia que existe una violencia mayor en la aplicación de la pena, que en el cometimiento del delito en sí mismo.

Al referirse al problema ético-político de los límites de la aflicción penal general, recoge la idea ius naturalista de que la pena debe igualar al delito y consistir por tanto en un mal de la misma naturaleza e intensidad; pretensión ilusoria pues deriva del principio del talión, que fue el principal factor de legitimación de la multiplicidad, variedad y atipicidad de las penas en la época pre-moderna, desde las penas infamantes hasta las diversas penas corporales y capitales, hoy propias de la tortura, que responden más a las características personales del reo y no del tipo de delito solamente (Nader Kuri, 2006).

Abordar los problemas de la pre-determinación legal de la medida de las penas para cada tipo de delito y de su determinación judicial para cada delito concreto, expresa que la tipificación y formalización legal de las penas modernas las han convertido en privaciones sobre tres tipos de bienes cuantificables y mesurables: vida, libertad y patrimonio y no ya en aflicciones inhumanas, y se configuran como formalmente iguales, golpeando en igual medida y con el mismo tipo de sufrimiento al margen de las condiciones personales del reo y sobre la base solamente del tipo de delito (Nader Kuri, 2006).

Así, la pena moderna asegura, en principio, la proporcionalidad de las mismas a la gravedad de los delitos, es decir, considerada la naturaleza convencional de los delitos y de las penas, garantiza el ajuste proporcional de la gravedad de los delitos a las medidas de la pena establecidas por el legislador sobre la base de la jerarquía de los bienes y de los intereses elegidos por él como merecedores de tutela (Nieto, 1994).

Al principio de economía o de necesidad del Derecho Penal, se lo ha denominado también como principio de dignidad humana, ya que expresa un alto interés en la prohibición de penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes.

En este sentido la dignidad de la persona humana:

Es el bastión, la columna vertebral, el venero, de donde dimana todo el sistema penal plasmado por el legislador, y es a partir de él como deben ser entendidas todas las

disposiciones de la ley penal; se trata, sin duda, de un principio de carácter absoluto, que debe ser observado sin distingo ni restricción alguna. (Velásquez, 2003, p.77)

El principio *nulla lex poenalis sine necessitate* significa, que la ley no debe establecer más que delitos y penas estricta y evidentemente necesarios, y éstas no deben ser nunca crueles e inhumanas o en forma tal que el hombre sea tratado como medio o cosa y no como fin o persona, se debe tomar en cuenta el gran poder que tiene el estado para poder imponer sanciones y penas a quienes cometen un delito, y no por este poder se debe justificar abusos que provocarían una contradicción en la cual el estado que es quien juzga, estaría también cometiendo delitos.

Requiere que se eviten fórmulas de diferenciación en la ejecución penal, de flexibilidad o incertidumbre en la duración de la pena, y de desigualdad de las actividades pedagógicas o correctivas en la expiación pues es necesario que las condiciones de vida dentro de la cárcel sean para todos lo más humanas posible y lo menos afflictivas que se pueda y evitar, con otras acciones, que se impida la función pervertidora y criminógena de la prisión (Jiménez de Asúa, 1983).

Que el derecho penal sea necesario, mínimo y que las penas respeten la dignidad humana, no es un anhelo que se encuentre expresamente plasmado en la legislación penal ecuatoriana, o que sea una idea de teorías como el garantismo, puesto que a pesar de la vigencia de algunas normas constitucionales que se refieren a la igualdad y dignidad de las personas en lo general y de la proscripción de penas inusitadas y trascendentes, de la existencia de algunas normas dispersas en la legislación ecuatoriana.

Sin embargo para Ferrajoli los estados en la actualidad, incluyen políticas para evitar abusos por parte del poder punitivo del estado, pero en sus legislaciones y al momento de aplicar la justicia, se evidencia una expansión incontrolada de la intervención penal, usando como justificativo la ineficiencia de la aplicación de otro tipo de sanciones (civiles, administrativas,

disciplinarias, pecuniarias). Cada vez más se puede observar que la sanción penal es la preferida por el estado sin que esta sea la más efectiva.

### **1.2.1.5 Principio de Lesividad o de la Ofensividad del Derecho Penal**

Bajo el principio de lesividad, el daño o peligro causado a los bienes fundamentales de tipo individual, social, colectivos y públicos, es la razón, el criterio y la medida de las prohibiciones y de las penas. A partir de este principio se evidencia la separación entre derecho y moral, “señalando que la exigencia de que el delito se construya a partir de los bienes jurídicos impone la carga de la demostración en cuando lesividad del resultado” (Ferrajoli, 1995, p.467), llegando a la conclusión de que el bien jurídico como limite al poder punitivo es una manifestación del derecho penal mínimo.

Los orígenes del principio de lesividad tienen como base de su fundamento un sentido liberal a la exigencia de que la intervención punitiva del estado es admisible solo cuando las acciones u omisiones consideradas delictivas resultan ser dañinas para los intereses de terceras personas que serían los ofendidos.

Se puede entender al principio de lesividad (*nullum crimen nulla poena sine iniuria*) como la imposibilidad de cualquier derecho de legitimar la intervención punitiva del estado, cuando no existe un conflicto jurídico, en el cual exista una afectación de un bien jurídico.

La necesaria lesividad del resultado condiciona toda justificación utilitarista del derecho penal como instrumento de tutela y constituye su principal límite axiológico externo. El daño o peligro debe de concretarse sobre seres humanos, independientemente de sus efectos sociales o comunitarios, pues de lo contrario no se cumple este principio. (Nader Kuri, 2008, p.42)

La lesividad, según Ferrajoli, tiene el valor de criterio polivalente de minimización de las prohibiciones penales y equivale a un principio de tolerancia idóneo para reducir la

intervención penal al mínimo necesario y, con ello, reforzar su legitimidad y fiabilidad (Ferrajoli, 2010). En cuanto a la estructuración de los bienes jurídicos, Ferrajoli pone una visión personalista, en la cual incluso los bienes jurídicos comunitarios deben tener un referente personal para poder tener legitimidad.

Entonces, si el derecho penal es un remedio extremo, deben quedar privados de toda relevancia jurídica los delitos de mera desobediencia, deben degradarse a la categoría de responsabilidad civil los daños y perjuicios reparables patrimonialmente, y a la de responsabilidad administrativa, todos los hechos que lesionan bienes no esenciales y los que son presuntamente peligrosos, evitando así calificar como administrativas sanciones restrictivas de la libertad personal que en realidad son sustancialmente penales (Ferrajoli, 2010).

Al analizar el principio de lesividad, Ferrajoli (2010) menciona que ningún bien justifica una protección penal, si su valor no es mayor al de los bienes de que priva la pena. Por lo tanto el principio de lesividad exige que las consecuencias y repercusiones de un hecho que es considerado socialmente relevante, se proyecten en la sociedad.

El principio de lesividad, también denominado del bien jurídico o de la objetividad jurídica del delito, se trata de un limitante al poder punitivo del estado, ya que no se pueden establecer hechos punibles sin que exista un bien jurídico vulnerado o puesto en peligro, y en consecuencia se debería descriminalizar todos los hechos que no tengan relación con la defensa de un bien jurídico.

Este principio significa que cuando una persona realiza una conducta que está contemplada en la ley penal como delictiva, más allá de la contradicción entre su comportamiento y la norma, se requiere que cause un daño o una efectiva puesta en peligro del bien jurídico tutelado (Pérez, 2009). El principio de lesividad se observa en dos momentos, primero con la conducta que choca con el ordenamiento jurídico, segundo se tiene una conducta que además de

desconocer la ley de manera formal, ocasiona un perjuicio o amenaza con hacer daño a un bien jurídico.

En este sentido se puede hablar de varios tipos de daño (Pérez, 2009, p.266):

*Daño Jurídico:* es la lesión de un bien cuya protección se entronca en el ordenamiento represivo, con fundamento en la Constitución.

*Daño Material, patrimonial o moral:* se refiere a la conducta que molesta la esfera privada de la persona.

*Daño Social:* es la ofensa a los intereses de los coasociados o de la colectividad.

El peligro es la aproximación concreta, directa e inmediata de realización del evento lesivo, que se presenta cuando de una parte concurre la probabilidad de producción de un resultado, y por otra parte se demuestra el carácter dañoso o lesivo de dicho resultado. “No se puede hablar de peligro si la producción del hecho es, o bien imposible, o bien incierta, ni tampoco cuando la misma está de acuerdo con nuestros intereses o no los afecta” (Pérez, 2009, p.267).

El principio de lesividad:

Es denominador común a toda la cultura penal ilustrada: de Hobbes, Pufendorf y Locke a Beccaria, Hommel, Bentham, Pagano y Romagnosi, quienes ven en el daño causado a terceros las razones, los criterios y la medida de las prohibiciones y de las penas. Sólo así las prohibiciones, al igual que las penas, pueden ser configuradas como instrumentos de minimización de la violencia y tutela de los más débiles contra los ataques arbitrarios de los más fuertes en el marco de una concepción más general del derecho penal como instrumento de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. (Ferrajoli, 1995, p.466)

Al bien jurídico se le ha reconocido de varias maneras, como elemento del tipo objetivo, componente de la antijuridicidad. En cuanto a este se han ido desarrollando varias teorías pero en la actualidad se le otorga un concepto amplio en no solo se abarca a los bienes jurídicos individuales, sino también a los denominados “bienes jurídicos suprapositivos”, es decir se da una protección a los valores que están por fuera de los legales.

Sin embargo no se debe desconocer la necesidad de criminalizar y punir las vulneraciones de los bienes jurídicos puestos en peligro, y mientras esto no ocurra el derecho penal debe ser mínimo, por lo tanto los bienes jurídicos que deben ser protegidos deben salir de la Constitución y deben desarrollarse en la ley penal, sin que esta supere los límites impuestos por la primera. Se debe tener claro que los intereses morales, éticos y todos aquellos relacionados con la conciencia y la opinión, no pueden de ninguna manera tener un tratamiento de bienes jurídicos, pues estos tienen contenido exclusivamente material.

La mera desobediencia al precepto, o el simple desconocimiento de las normas, tampoco generan lesividad, puesto que esas concepciones conciernen al derecho penal del totalitarismo y al derecho penal de peligrosidad, por lo tanto la mera infracción normativa no supone ya la concurrencia de un injusto penal, entonces para la aplicación del principio de lesividad no es suficiente la existencia de un desvalor de acción, es necesario también que exista un desvalor de resultado, al menos en un grado de peligro.

Se entiende que en un Estado Constitucional de Derecho se debe priorizar el hecho de que no hay delito sin daño, por lo tanto el hecho punible solo tiene legitimidad si hay una amenaza real o potencial efectiva, respecto del bien jurídico tutelado, entonces el derecho penal solo puede criminalizar y sancionar aquellas conductas cuyo objeto sea la protección de los bienes jurídicos fundamentales.

#### **1.2.1.6 Principio de Materialidad o de la Extensión de la Acción**

Fundado, como los demás, en el utilitarismo jurídico y la separación entre derecho y moral, el principio de materialidad, al que Ferrajoli da carácter de “corazón del garantismo penal”, significa que ningún daño, por grave que sea, puede estimarse penalmente relevante sino como efecto de una acción (Ferrajoli, 2010). En consecuencia, los delitos, como presupuesto de la pena, no pueden consistir en actitudes o estados de ánimo interiores, y ni siquiera genéricamente en hechos, sino que deben concretarse en acciones humanas tanto comisivas

como omisivas -materiales, físicas o externas, es decir, empíricamente observables-describibles exactamente, en cuanto a tales, por la ley penal.

Por tanto, la intención, la voluntad, las acciones ejecutivas de la fase interna del iter criminis, e inclusive los comportamientos e inclinaciones desviadas, no se toman en cuenta sino en la medida en que sirvan para explicar la naturaleza y significación del hecho.

Con este punto de partida, es necesaria una relación de causalidad entre la acción y el resultado dañoso o peligroso; relación que está indisolublemente unida al principio de materialidad dado que sólo la acción externa está en condiciones de producir una modificación al mundo exterior calificable de lesión. Entonces, la exterioridad de la acción criminal es un presupuesto necesario de la lesividad del resultado, por lo que queda excluida del nexo causal toda forma de responsabilidad por hechos de otro o por caso fortuito (Márquez, 2003, p. 57).

Se ve a la tentativa como un elemento subjetivo, tornándose no en una entidad delictiva independiente, sino que corresponde al proceso externo del iter criminis como acto de ejecución (Nader Kuri, 2008), dando lugar a la idea de una sanción a la modalidad de tentativa de delito, y no al delito consumado en sí, afirmando la idea de que no existe una lesión sin acción.

### **1.2.2 Principios del Garantismo penal para el derecho procesal penal**

Ferrajoli sostiene que mientras las garantías penales o sustanciales subordinan la pena a los presupuestos sustanciales del delito (lesión, acción típica y culpabilidad), las garantías procesales o instrumentales permiten la efectividad de esas garantías en tanto se afirme la presunción de inocencia, la separación entre acusación y juez, la carga de la prueba y el derecho del procesado a la defensa (Ferrajoli, 2010).

A continuación se desarrollará cada uno de los principios del garantismo penal, aplicados al derecho procesal penal, estos son: principio de jurisdicción, principio acusatorio o de la separación del juez con la acusación, principio de la carga de la prueba y principio de contradicción. Estos principios responde a las preguntas de ¿cuándo y cómo juzgar? y expresan las garantías relativas al proceso.

### **1.2.2.1 Principio de Jurisdicción**

El principio de Jurisdicción, es dentro de la teoría del Garantismo penal, la principal garantía procesal, la cual es el presupuesto de todas las demás garantías. El principio *nulla culpa sine iudicio*, no hay responsabilidad sin previo juicio penal, tiene su origen en el Artículo 39 de la Carta Magna inglesa de 1215 y que incluía garantías contra la detención, la reserva de jurisdicción y la presunción de inocencia, de esta manera el principio de jurisdicción, exige en sentido estricto, la acusación, la prueba y la defensa, como elementos primordiales de un proceso penal.

La jurisdiccionalidad significa que sólo podrá imponerse una pena si un juez previamente determina la culpabilidad del reo a través de un proceso jurisdiccional indeclinable e insustituible; proceso que no debe entenderse como un silogismo perfecto, sino en un razonamiento formado por una serie de deducciones en que el juez dispone de las facultades de denotación, verificación, connotación y disposición (Nader Kuri, 2008).

Este principio está claramente delimitado en nuestra Constitución. De acuerdo a ella, toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por jueces y tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, de manera pronta, completa, imparcial y gratuita, por lo que nadie puede hacerse justicia por sí mismo, ni ejercer violencia para reclamar algún derecho.

Entonces, nadie podrá ser privado de sus derechos fundamentales si no existe un proceso penal previo, el cual contenga todas las garantías necesarias para llegar a determinar la culpabilidad de una persona, para posteriormente aplicar una sanción, en este proceso se incluirán también todas las formalidades esenciales del proceso conforme a la legislación penal, además se tomara en cuenta los principios del ejercicio del derecho penal, como el *in dubio pro reo*.

En cuestiones de pena, esta debe ser impuesta exclusivamente por una autoridad judicial, además que en ningún caso se podrá imponer penas de muerte o cualquier otra que por su naturaleza o por sus efectos se considere inaudita para la persona que va a cumplir la misma.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José Costa Rica, adoptado el 22 de noviembre de 1969, aprobada por la H. Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el 18 de diciembre de 1980, establece, en su artículo 7, inciso 5, bajo el título “Derecho a la Libertad Personal”, que *“Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un Juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe en proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.”*

Es por el principio de jurisdiccionalidad que se debe exigir dos condiciones: la verificabilidad o refutabilidad de las hipótesis acusatorias en virtud de su carácter asertivo y la prueba empírica, que hace que la ley y el juicio penal tengan un carácter reconocitivo de las normas y cognoscitivo de los hechos regulados por ella (Ferrajoli, 1995).

La base de las garantías procesales son las relativas al juicio, es decir, la recolección de pruebas, estructura y desarrollo de la defensa, el órgano jurisdiccional, la carga de la prueba, el principio de contradicción, el principio de oralidad, el derecho a la defensa, la motivación

que deben tener todas las actuaciones judiciales, las reglas del debido proceso penal, todo esto encaminado a la obtención de una sentencia “justa”.

Pero este principio no se basa únicamente en la idea de una presunción de inocencia del imputado, “tiene también el valor de una norma de organización sobre la inderogabilidad del juicio cuando el mismo es activado por una acción acusatoria que denuncia la existencia de un delito y reclama la imposición de una pena” (Ferrajoli, 1995, p.561). Además se debe tomar en cuenta que la inderogabilidad del juicio no es posible debido a que la imposición de la pena requiere de un proceso legal previo, y ante el cometimiento de un delito la reacción del derecho penal debe ser inmediata, ya que no existe la coacción directa, por el contrario se habla de una coacción que es justificada precisamente por el proceso.

Se debe entender a la inderogabilidad del juicio como un juicio que es indeclinable:

(...)en el sentido de que el juez no puede sustraerse a él, sea cual fuere el sujeto al que hay que juzgar, y que no es fungible, en el sentido que no puede ser sustituido por otras formas de actividad cognoscitiva o potestativa a cargo de otros sujetos públicos o privados. (Ferrajoli, 1995, p.565)

El juicio está fijado a las garantías procesales, las cuales deben cumplirse, ya que si no se cumplen, no existe un debido proceso, estas garantías deben estar taxativamente determinadas, y por lo tanto como ya se ha mencionado la imposición de una sentencia debe ser producto de un proceso probatorio fáctico y jurídico.

### **1.2.2.2 Principio Acusatorio o de la separación del juez con la acusación**

En una época en que se asiste a un abuso de los principios con el riesgo de convencionalismo e irrealidad que ello comporta (Nieto, 1994), el principio acusatorio parece ser el paradigma incontestable del proceso penal de un Estado de Derecho (Armenta, 2000).

La separación entre juez y acusación, característica del modelo acusatorio, significa no solo la diferenciación entre los sujetos que intervienen en el proceso penal, tales como el juez, fiscal, acusación particular, defensa, pero en este principio toma un papel fundamental el rol que juega el órgano de acusación. Este principio representa la condición esencial de la imparcialidad del juez respecto a las partes de la causa y también el presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba de la imputación sobre la acusación. (Márquez, 2003, p.67)

Tres son los puntos de partida cuya combinación fijan la estructura del proceso penal y el papel que en el mismo juega el principio acusatorio: la naturaleza pública del derecho penal, la garantía jurisdiccional y la finalidad del proceso penal. (Armenta, 2000)

El modelo acusatorio supone necesariamente la obligatoriedad y la irrevocabilidad de la acción penal por parte de los acusadores, independientemente de las fórmulas que condicionen el inicio de las investigaciones, es decir, de que importe o no la voluntad del sujeto pasivo (Nader Kuri, 2006).

Sin embargo no se debe confundir lo que es un proceso penal acusatorio con lo que es el principio acusatorio, ya que por proceso acusatorio se debe entender a la separación entre las funciones de acusación y decisión, es decir que quien acusa y el juez no deben ser la misma persona. Por otro lado el principio acusatorio afirma que la acusación es el requisito principal para el inicio de todo proceso penal, y no se concibe un proceso sin una acusación (Roxin, 2008).

Para Ferrajoli, la obligatoriedad de la acción penal no debe entenderse como un irrealizable deber de proceder por el más leve u oculto delito, sino sólo la obligación de los órganos de la acusación pública de promover el juicio sobre toda noticia criminis que llegue a su conocimiento, aunque sea para pedir después el archivo o la ratificación de la inocencia del procesado, cuando consideren que el hecho es penalmente irrelevante o que no existen indicios de culpabilidad; criterio que no se comparte pues implicaría, reducir el papel de la Fiscalía a un mero tramitador de causas y transformar toda denuncia o querrela en un proceso

jurisdiccional, con los agravios que ello causaría a las partes inocentes involucradas, especialmente tratándose de casos que no permitiesen la libertad provisional, y al Estado, sobre todo por los costos que estarían involucrados (Ferrajoli, 2010).

Es importante tomar en cuenta que el Órgano Acusador, en este caso la Fiscalía General del Estado, no puede dejar de perseguir los delitos y acusar cuando se surtan las hipótesis de procedencia establecidas en la legislación penal, ni insistir en una imputación cuando considere que legalmente no procede seguir haciéndolo, es la fiscalía como principal sujeto del proceso penal, quien tendría la posibilidad de efectivizar los postulados contenidos en la teoría del garantismo penal, sin perjuicio de que los jueces también tengan una formación orientada a dar una relevancia mayor a los derechos fundamentales de las personas.

El principio acusatorio deriva del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, del derecho a ser informado de la acusación y del derecho a un proceso con todas las garantías, y que en virtud del principio acusatorio, nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defensa de manera contradictoria (Uriarte, 2007, p.40).

La efectividad del principio acusatorio exige que el hecho objeto de la acusación y el que es la base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto factico de la calificación de la sentencia (Uriarte, 2007, p.42).

El principio acusatorio comprende: la existencia de una acción, el paralelismo entre acusación y defensa, y la prohibición de reformatio in peius. La acusación es la primera de las partes de un proceso penal tripartito en el cual interviene una parte que acusa, una parte que defiende y el juez. Con la acusación se inicia el juicio por lo tanto esta debe ser precisa, debe contar con los suficientes indicios de culpabilidad, debe ser completa incluyendo todos los indicios que permitan una refutación por parte del procesado, y debe ser oportuna dejando que el procesado cuente con tiempo suficiente para poder preparar su defensa.

### **1.2.2.3 Principio de la Carga de la prueba**

Dentro de la teoría del Garantismo penal, no basta con que se formule una acusación en términos unívocos y precisos, idóneos para denotar exactamente el hecho atribuido y para circunscribir el objeto del proceso y de la sentencia que le pondrá fin. También es necesario que la acusación cuente con el apoyo de pruebas plenas sobre la culpabilidad del procesado, puesto que si no existe una certeza en la culpabilidad del acusado, el juzgador no debe arriesgarse a condenar a un inocente (Nader Kuri, 2008).

Es por esto que el principio de la carga de la prueba está relacionado con el principio acusatorio, ya que si existe un órgano que va a sustentar la acusación, este necesariamente debe tener pruebas que respalden su postura, por lo tanto es este órgano el encargado de destruir la presunción de inocencia que ampara al imputado.

El principio de la carga de la prueba o de la verificación es la esencia de la garantía de presunción de inocencia supuesto que se destruye cuando se acredita irrefutablemente la responsabilidad del procesado en la realización del delito por el que se le acusa; destrucción que sólo es posible a través de la obtención de pruebas por parte del fiscal a través del proceso, pues, al estar la inocencia asistida por el postulado de su presunción hasta prueba en contrario, esa prueba contraria debe aportarla quien niega aquélla formulando la acusación. Entonces, nadie puede ser penado si no se acredita plenamente su responsabilidad, y por ello es que las sentencias penales son los únicos actos jurídicos públicos cuya validez depende de su verdad (Nieto, 1994).

Por el contrario en el modelo procesal inquisitivo no cabe hablar de la carga de la prueba para la acusación, sino de necesidad de la prueba, exigida, pretendida o arracada al procesado. En cambio, en el sistema acusatorio la verdad se obtiene a través del contraste entre la exposición máxima de las hipótesis acusatorias a la refutación de la defensa; es decir, al libre desarrollo

del conflicto entre las dos partes del proceso, portadoras de puntos de vista contrastantes, precisamente porque son titulares de intereses opuestos (Nieto, 1994).

Dentro del principio acusatorio se debe hablar del *in dubio pro reo*, el cual parte de la premisa de que la duda beneficia al procesado, pero esta duda puede surgir en dos momentos. Primero cuando exista una contradicción de normas o conflicto de leyes, y cuando exista una falta de certeza o duda sobre los hechos. Ferrajoli (1995) menciona que por cuanto la presunción de inocencia es una presunción legal, quien la niega es quien debe aportar con pruebas que confirmen tal idea.

El principio de la carga de la prueba, se reconoce en varios instrumentos internacionales, tal es el caso de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la cual en su Art. 27 señala que *“se presume que todo acusado es inocente, hasta que se demuestre que es culpable”*. También la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada en la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su artículo 11, inciso primero dispone *“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”*.

También está el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual en su artículo 14, inciso 2, señala *“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”*. Finalmente entre los instrumentos internacionales más relevantes esta la Convención Americana sobre derechos, Pacto de San José Costa Rica, que en su artículo 7, inciso 5, establece *“Toda personas detenida o retenida debe ser llevada sin demora ante un Juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad sin perjuicio de que continúe en proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”*.

#### 1.2.2.4 Principio de Contradicción

El principio de contradicción nace del concepto de bilateralidad de la acción, por lo tanto se entiende que este principio otorga la posibilidad a las partes intervinientes en el proceso penal, a objetar y poner en cuestionamiento cada una de las posturas que puedan influir en la decisión final.

Cada sujeto procesal debe exponer los argumentos de los que se crean asistidos, para refutar los argumentos de las demás partes procesales, para esto deberán presentar pruebas y podrán contradecir las pruebas que se presenten en su contra.

El principio de contradicción según el jurista San Martín (2015) comprende:

La imputación, la intimación y el derecho de audiencia, es decir, la necesidad de que los cargos que se formulan consistan en la relación clara, precisa y circunstanciada de un delito, y que esa relación sea conocida por el imputado, y que el imputado sea oído y pueda presentar su defensa antes de la resolución. (p.74)

Por su naturaleza este principio rige plenamente en el juicio oral, busca garantizar que las pruebas sean realizadas bajo el control de todos los sujetos procesales. Cada una de las partes va realizando la construcción de su teoría del caso, y la parte contraria tiene el derecho de contradecir dicha teoría, por lo que el principio de contradicción tiene como base la igualdad en cuanto a las atribuciones procesales de cada uno.

De la mano del principio de contradicción, está el derecho a la defensa, el cual se considera un principio fundamental recogido por varios instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>4</sup>, Pacto Internacional de Derechos Civiles<sup>5</sup> y

---

<sup>4</sup> Aprobada por la Asamblea General en Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948.

<sup>5</sup> Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976 de conformidad con el artículo 49.

Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>6</sup>; en todos estos instrumentos se reconoce el derecho a un debido proceso, en donde debe asegurarse una defensa adecuada.

Calamandrei (1973) pone al principio de contradicción como la fuerza motriz del proceso penal, ya que existe la interacción de las partes ante un tercero independiente e imparcial, por lo tanto menciona que:

El juez no está nunca solo en el proceso. El proceso no es un monólogo, sino un diálogo, una conversación, un cambio de proposiciones, de respuestas y de réplicas, un cruzamiento de acciones y de reacciones, de estímulos y contraestímulos, de ataques y contraataques. (p.238)

La aplicación del principio de contradicción garantiza que la producción de la prueba en el juicio oral sea bajo supervisión de los sujetos procesales, además que garantiza que los sujetos procesales escuchen mutuamente sus argumentos y puedan rebatirlos, finalmente garantiza que la información otorgada al juzgador sea verídica al someterla a este proceso, otorgando las herramientas suficientes para que este emita un fallo adecuado.

Ferrajoli (1995) manifiesta que el principio de contradicción tiene un carácter metodológico que contribuye de modo esencial a la búsqueda de la mejor decisión posible por parte del juez, y señala que “la defensa es el más importante instrumento de impulso y de control del método de prueba acusatorio, consistente precisamente en el contradictorio entre hipótesis de acusación y de defensa y las pruebas y contrapruebas correspondientes” (p.150).

Ferrajoli (1995), además manifiesta, que el contenido del principio de contradicción tiene una fuerte asimilación también con el principio de igualdad y para su ejercicio resulta indispensable el principio de contradicción, expresando lo siguiente:

Para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria, por otro lado, la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar, que la defensa esté dotada de la

---

<sup>6</sup> Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32). San José de Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; en segundo lugar, que se admita su papel contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio, de los experimentos judiciales y las pericias al interrogatorio del imputado, desde los reconocimientos hasta las declaraciones testimoniales y los careos. (p.614)

Con el cumplimiento del principio de contradicción se cumple una función garantizadora del Estado, es decir, actúa como contrapeso obligatorio, que respeta los derechos humanos, y que permite la intervención del procesado en cualquier diligencia.

### **1.3 Principio de Mínima Intervención penal**

Para hacer el estudio de la composición de un delito basándose en los principios que expone la teoría del garantismo penal, es importante mencionar, aunque sea de manera general uno de los principios que se configura como la base de la teoría de Ferrajoli, este es el Principio de Mínima Intervención Penal.

El Principio de mínima intervención penal, es un principio que nace la política criminal y por lo tanto no es correcto pensar que está comprendido en el principio de legalidad, o que se deduce de él, por el contrario lo que se debe entender por el principio de mínima intervención es que “el Derecho penal no interviene de cara a la regulación de todos los comportamientos del hombre en sociedad, sino en orden a evitar los atentados más graves que se dirijan contra bienes jurídicos que se encuentran protegidos” (Villegas Fernández, 2003, p.122). Esta consideración del principio de mínima intervención penal, tiene su base en la tesis de subsidiariedad del derecho penal.

En base a este principio, se trata de ver al derecho penal y al poder punitivo estatal, no como una herramienta cuyo único fin es la privación de la libertad, se busca ampliar su utilidad hacia los demás objetivos olvidados por los órganos judiciales, tales como contener y combatir la criminalidad, resocializar al condenado, defender intereses elementales de los individuos y la comunidad (Baratta, 2004, p.302).

El sistema de control social que tiene el estado abarca varios subsistemas, entre los cuales tenemos al derecho penal, todos estos enfocados a un mismo fin último, el aseguramiento del orden social, utilizando instrumentos como las normas, sanciones y procesos para que dicho fin se logre (Rodríguez Meza, 2007, p. 3). Lo que se pretende evitar con el principio de mínima intervención penal, es que el derecho penal se convierta en un mecanismo que justifique la dominación y evidencie las desigualdades sociales.

Santiago Mir Puig, señala que el derecho penal debe ser de *ultima ratio*, tomando en cuenta la naturaleza fragmentaria y el carácter subsidiario del mismo, y que por lo tanto no se debe sancionar todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino solo las que se consideran más peligrosas para ellos. (MIR PUIG, 2001).

Por lo tanto este principio se configura en una herramienta para que el legislador, en base a las necesidades del grupo social introduzca en la legislación los tipos penales adecuados. Rodríguez (2007) afirma:

No se trata de relajar las garantías político-criminales del Estado de Derecho, sino de propugnar la exclusión de aquellas conductas que no revistan la necesaria lesividad del ámbito punitivo, hasta llegar a un derecho penal más acorde con el principio de mínima intervención penal (p. 4).

#### **1.4 Estructura de los tipos penales según la teoría del garantismo penal**

Después de analizar cada uno de los principios que el garantismo penal considera relevantes para la construcción de un derecho penal mínimo, se debe entender que el punto de partida, son los tipos penales, si estos no cumplen con estándares mínimos que permitan garantizar

una correcta aplicación, el proceso penal y la ejecución de la pena, que son los siguientes peldaños en la cadena, también serán ineficaces.

Ferrajoli (2010) estos estándares mínimos “son las garantías penales sustanciales, desde el principio de estricta legalidad o taxatividad de los hechos punibles a los de lesividad, materialidad y culpabilidad” (p193).

Para el estudio de la estructura de los tipos penales, es necesario recurrir a la teoría del delito, la cual conforma una parte del derecho penal, con la que se puede analizar los elementos positivos y negativos del delito, así como sus formas de manifestarse. Los elementos positivos del delito configuran la existencia de este, mientras que los elementos negativos constituirán su existencia; las formas de manifestación, se refieren a la aparición del mismo (López, 1998, p. 3).

Los tipos penales se derivan del ejercicio del poder punitivo del estado, el cual se justifica solo cuando es estrictamente necesario y cuando atenta contra bienes jurídicos que están constitucionalmente protegidos (Ávila, 2010). Un tipo penal no puede proteger o garantizar un bien jurídico que no tenga un sustento constitucional basado en derechos humanos. Con esto no se busca que todos los derechos humanos tengan necesariamente un tipo penal, sino que todos los tipos penales que el legislador introduzca en la legislación penal, tengan un sustento constitucional.

El legislador está en la obligación de adecuarse a un programa penal el cual se encuentra en la parte dogmática de la constitución (Ávila, 2010), al momento de definir los tipos penales, el legislador se encuentra con su principal preocupación, por un lado debe promover los derechos humanos y evitar su restricción, y por el otro lado necesariamente debe restringir los derechos de las personas que han cometido un delito para que puedan ser procesadas, es en este momento en que los principios que propone la teoría del garantismo penal entran para resolver el dilema.

La doctrina para conocer la composición del delito, ha recurrido principalmente a dos acepciones:

1. Totalitaria o unitaria
2. Analítica o atomizadora (Bettioli: consideración analítica o parcial)

En cuanto a la concepción de la totalidad o totalitaria, se ve al delito como un todo ya que su esencia se encuentra en el todo y no en cada elemento que lo compone. Se ve al delito como una entidad esencialmente unitaria y orgánicamente homogénea, ya que la realidad del delito se encuentra en su unidad y no se puede dividir (López, 1998, p. 4).

Por otro lado la concepción analítica sostenida por Bettioli señala que el delito está compuesto por elementos que tienen una conexión entre sí, formando una unidad. En base a esta última concepción, para el estudio del delito y de su estructura se han desarrollado varias teorías, tal como son la finalista y la causalista.

En términos generales, esos elementos suelen clasificarse en: objetivos, normativos y subjetivos, respecto de cada una de las categorías también se realizan distinciones dependiendo del punto de vista de la teoría que se ocupe de ello (Márquez, 2003, p.72).

Sin embargo, es necesario dar una idea general de lo que se entiende por tipo penal, al cual se lo debe entender como una descripción de conductas humanas las cuales han sido consideradas como ilícitas por el legislador (Márquez, 2003).

Como puede verse, dicho autor hace alusión a las tres categorías de los mencionados elementos del tipo, esto es: Descriptivos u objetivos, normativos y subjetivos, los cuales serán explicados a continuación:

***Elementos Descriptivos.***- Desde la perspectiva causalista del delito, el tipo penal se conforma esencialmente con elementos objetivos o descriptivos. Señala Jiménez de Asúa: la ley, al

definir los delitos, al establecer los tipos legales, suele limitarse a dar una descripción objetiva, más o menos escueta o detallada (Jiménez de Asúa, 1983).

Al hacer una mera descripción objetiva, encontraremos el núcleo, el cual tiene por objetivo la determinación del tipo a través de la identificación de un verbo principal, como por ejemplo: matar, apoderarse, apropiarse, sustraer, y junto a este verbo-núcleo, se encuentran las referencias al sujeto activo y pasivo, es decir a quien ejecuta el verbo núcleo y a quien recibe esa acción. También se hace referencia al objeto, al tiempo, al lugar o la ocasión, y a los medios.

***Elementos Normativos.***- Siguiendo con la línea de la teoría causalista, el tipo penal fundamentalmente contiene elementos descriptivos. Sin embargo, dentro de la propia apreciación causalista, se admitió también la innegable presencia de los llamados elementos normativos.

El jurista Max Ernest Mayer (2007) se refiere a esta clase de elementos sosteniendo que se distinguen en las referencias del acto y son, lo más fácil de reconocer por una característica que falta en ellas: son partes esenciales que con el movimiento corporal no están en relación de causalidad (p.59).

Por lo tanto es al mencionado autor, a quien se lo considera como uno de los primeros en dar una importancia valorativa a los elementos normativos del tipo penal.

En relación a esta clase de elementos normativos, suelen manejarse dos concepciones o divisiones respecto de los mismos, dependiendo del tipo de valoración que respecto de ellos se realice, así por ejemplo se catalogan como: a) de contenido jurídico, b) de valoración cultural o contenido extrajurídico (Echandia, 2013, p. 215).

De acuerdo con ello, los primeros podrían considerarse “verdaderos” elementos de valoración jurídica o normativa, por implicar una relación específica a la antijuricidad, en contraposición con aquellos que admiten una valoración de carácter cultural, ético o social (Echandia, 2013, p.106).

***Elementos Subjetivos.***- Tomando en cuenta una concepción bipartita inicial, en la cual se señala que todo lo objetivo corresponde a la tipicidad y todo lo subjetivo a la culpabilidad, no es fácil la integración de los elementos subjetivos dentro del estudio de la estructura de los tipos penales, aunque desde la perspectiva de la teoría causalista se los tiene como elementos verdaderamente enraizados al tipo y cuya presencia se justifica en la variedad de matices que la actuación humana muestra haciendo necesario destacar aquellos especiales subjetivos del actor cuya presencia nutre ilicitud la conducta.

Para la teoría causalista la acción está definida como “un comportamiento humano dependiente de la voluntad, que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior. Dicha consecuencia puede consistir tanto en el puro movimiento corporal, como en este movimiento corporal seguido del resultado ocasionado por el en el mundo exterior.” (Jescheck, 1989, p. 292). En esta teoría se toma a la acción como un factor de causa que ocasiona un efecto, y no se da importancia a la intención que pudo tener el sujeto para cometer esa acción. Lo que importa es el hecho de que exista un resultado.

## **CAPITULO 2: DELITO DE TERRORISMO**

### **2.1 Generalidades del Terrorismo**

Para el segundo capítulo de esta investigación, se estudia el fenómeno del terrorismo, hasta su inclusión en el Código Orgánico Integral Penal, como delito.

El terrorismo no es un concepto nuevo para la sociedad, este ha estado presente siempre, manifestándose en múltiples formas, sin embargo, actualmente ha tomado mayor relevancia a nivel internacional, esto debido a los medios que el terrorismo emplea, los cuales ocasionan gran conmoción social.

Antes de iniciar con el análisis del terrorismo como tipo penal, es importante señalar que, “piedra angular del derecho penal liberal es el principio de legalidad, lo cual supone, en la actualidad una limitación de la Potestad del Estado para calificar las acciones delictivas, como una garantía de los derechos fundamentales de la persona” (Hurtado Pozo, 1980, p.1).

Si bien el fenómeno del terrorismo tiene ya varios años de historia, el tomar al terrorismo como un delito e incluirlo en la legislación penal, responde a una relación de derecho penal – globalización (Rodríguez Meza, 2007, p. 5), dentro de este marco de la globalización se ha ido desarrollando una marcada tendencia a una inconsistencia e incapacidad de la aplicación de las leyes y del sistema penal, en su esfuerzo por regular y controlar las nuevas conductas sociales.

Pero antes de tomar al terrorismo como delito, es necesario realizar un pequeño análisis de lo que esta palabra significa, para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el terrorismo tiene 3 acepciones.

Primero como dominación por el terror. Segundo como una sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror. Finalmente como actuación criminal de bandas organizadas,

que, reiteradamente y por lo común de modo indiscriminado, pretenden crear alarma social con fines políticos (DRAE, 2016, p.1471).

Además hay varios expertos que nos brindan una definición de lo que es el terrorismo (Jiménez, 2012, p.10):

**BRIAN JENKINS:** “Es el uso calculado de la violencia o de la amenaza de la violencia de inculcar miedo; se propuso forzar o intimidar a gobiernos o a sociedades en la búsqueda de las metas que son generalmente políticas, religiosas, o ideológicas.”

**WALTER LAQUEUR:** “Es el asesinato sistemático, la mutilación criminal, y amenaza del inocente para crear miedo e intimidación para ganar un acto político o táctico y para ser ventajoso, normalmente para influir a un público.”

**JAMES M. POLAND:** “El terrorismo es el uso ilegal o amenaza de violencia contra personas o propiedad. Normalmente se piensa que intimida a un gobierno, individuo o grupo, o para modificar su conducta o política.”

Pero a pesar de tener varias ideas de lo que se entiende por terrorismo, no existe un consenso internacional en cuanto a un significado unánime, esto se debe a los distintos enfoques que cada estado, y sobre todo los gobiernos de turno le dan al terrorismo. Sin embargo, la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1987, aprobó la Resolución 42/159, la cual consiste en:

Medidas para prevenir el terrorismo internacional que pone en peligro vidas humanas inocentes o causa su pérdida, o compromete las libertades fundamentales y estudio de las causas subyacentes de las formas de terrorismo y los actos de violencia que tienen su origen en las aflicciones, la frustración, los agravios, y la desesperanza y que conducen a algunas personas a sacrificar vidas humanas, incluida la propia, en un intento de lograr cambios radicales<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Asamblea General de Naciones Unidas. Cuadragésimo segundo período de sesiones. Medidas para prevenir el terrorismo internacional que pone en peligro vidas humanas inocentes o causa su pérdida, o compromete las libertades fundamentales, y estudio de las causas subyacentes de las formas de terrorismo y los actos de violencia que tienen su origen en las aflicciones, la frustración, los agravios y la desesperanza y que conducen a algunas personas a sacrificar vidas humanas, incluida la propia, en un intento de lograr cambios radicales.

El estudio del terrorismo y la evolución del mismo se han ido marcando por la realidad social, la cual impone un límite temporal dentro del cual se va desarrollando un concepto diferente para este fenómeno. Si bien la violencia y la fuerza ha sido siempre un recurso dentro de la lucha política, es importante destacar dos momentos históricos que dieron paso a que los términos "terror" y "terrorismo" adquirieran su significación actual, estos son las dos revoluciones, la francesa y la rusa.

El fenómeno del terrorismo ha tomado tal importancia, que el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, y varios organismos internacionales, se encargan de investigar, prevenir y sancionar por medio de la jurisdicción internacional, las actuaciones terroristas, como un mecanismo de paz. Si bien el terrorismo es un fenómeno mundial, en principio este era un problema que era atacado por la legislación interna de cada estado, razón por la cual a esta conducta se la tenía como un delito político, al cual se puede definir como:

Un delito artificial, que en el fondo es solo una discrepancia con una determinada forma de gobierno. Fuera del lugar, tiempo y circunstancias en que se presenta y castiga, no encierra inmoralidad ni peligro. El sujeto que lo realiza esta impulsado por móviles altruistas, decidido a sacrificarse por el bien de la patria y de la sociedad. (Ebile, 1985, p.14)

Pero si se toma en cuenta instrumentos internacionales como la Convención Interamericana contra el Terrorismo, la cual fue firmada por el Ecuador el 06 de marzo de 2002, está en su Artículo dos, menciona a que se debe entender como delito, basándose en varios otros instrumentos internacionales, tales como:

1. Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970.
2. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971.

3. Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1973.
4. Convención Internacional contra la toma de rehenes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979.
5. Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares, firmado en Viena el 3 de marzo de 1980.
6. Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que prestan servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988.
7. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988.
8. Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988.
9. Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997.
10. Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1999.

Por considerar al terrorismo como un delito político, es que se lo relaciona con términos como el comunismo y el anarquismo, y ya que a finales del siglo XIX se realizaron una gran cantidad de atentados anarquistas que preocuparon a la opinión pública y a los gobiernos, estos optaron por una promulgación abundante de leyes encaminadas a reprimirlos.

Históricamente, el atentado de Marsella, con la muerte de Alejandro I de Yugoslavia y Louis Barthou, Ministro de Asuntos Exteriores de Francia, constituyó el punto de partida de la consideración actual del delito de terrorismo. (Ebile, 1985, p.20). Este acontecimiento fue de

vital importancia en la construcción de una doctrina internacional en cuanto al terrorismo, puesto que en este punto se dejó de lado la idea de que el terrorismo podría considerarse como un delito social, independizándolo del anarquismo e internacionalizándolo, dejando en evidencia que era necesario prestar atención a este fenómeno que estaba en crecimiento.

La internacionalización del terrorismo dio lugar a las Convenciones de Ginebra de 1937; para la prevención y represión del terrorismo y para la creación de una Corte Penal Internacional, pero también dio como resultado un rompimiento de fronteras en cuanto al accionar de las organizaciones terroristas, tomando al mundo entero como herramienta en sus objetivos.

El enfrentamiento que se ha producido al universalizarse el fenómeno terrorista, ha obligado a los Estados y a los Organismos Internacionales a intentar su represión también con carácter universal (Ebile, 1985, p.21), pero sin descuidar su tratamiento a nivel interno.

Es por esta razón que los ordenamientos jurídicos internos optaron por la inclusión del terrorismo dentro del catálogo de acciones que la sociedad considera reprochables, dándole la categoría de delito, al cual Cabanellas (2003) lo define como “Etimológicamente, la palabra delito proviene del latín *delictum*, expresión también de un hecho antijurídico y dolo castigado con una pena.” (p.115)

Si bien el delito de terrorismo y la acción misma del terrorismo no cuenta con una definición precisa que permita comprender con exactitud cuál es la conducta punible, existen varias definiciones que sirven de guía al legislador para tipificar el delito de terrorismo. Para el jurista ecuatoriano Bolívar Torres Cevallos (2013), el terrorismo podría ser definido como “la práctica metódica, organizada y sostenida del terror llevada a cabo por una persona, un movimiento o un grupo de personas o por el propio Estado, con el propósito de alcanzar sus objetivos por medio de la violencia” (p. 63).

Por otro lado, es importante también mencionar el criterio del jurista ecuatoriano Ernesto Albán (2011), quien brinda varias características de lo que él considera es el terrorismo:

1. Actos de violencia dirigidos contra las personas (en algunos casos previamente determinadas; en otros, contra personas indeterminadas), los bienes (igualmente determinados o no) o servicios públicos;
2. Delitos pluriofensivos, pues afectan de manera simultánea a varios bienes jurídicos: la vida, la integridad física, la libertad de las personas; la propiedad, la seguridad pública; y en último término, la seguridad del Estado. Los titulares de estos bienes jurídicos son los sujetos pasivos de los delitos;
3. Propósito de provocar terror o intimidación general en la población (fin inmediato).
4. Un móvil principalmente político, pero que puede presentar alternativa o simultáneamente, matices ideológicos, sociales, religiosos o de otro carácter (fin mediato). (p.49)

Sin embargo las nociones de terrorismo y terrorista, siguen siendo debatidas, y como la falta de una definición universal es un problema que trae consecuencias tanto políticas como jurídicas. Pero se puede hablar de una razón objetiva para la inexistencia de esta definición general, es la existencia de un sin número de maneras en las que el terrorismo puede manifestarse (Stepanova, 2008, p.1).

## **2.2 Delito de Terrorismo en el Derecho Internacional**

Continuando con el análisis del delito de terrorismo, no se puede dejar de lado importantes posturas respecto de este, del derecho internacional y varias legislaciones que de una u otra manera han sido influencia para la normativa ecuatoriana. La concepción internacional de terrorismo de forma genérica, es la que está enfocada en la intención de afectar la estructura y distribución del poder. Sin embargo, es evidente que los actos terroristas causan un agravio importante no solo a las víctimas sino también a la comunidad internacional, independientemente del país en el que ocurra el acontecimiento.

En cuanto a la consideración de si el terrorismo es o no un delito de derecho internacional, se debe mencionar que a través de varios tratados y resoluciones emitidas por la ONU, además de la práctica judicial y legislativa de cada estado, se ha dado origen a una regla consuetudinaria de derecho internacional sobre el terrorismo, existe:

Una práctica consolidada en cuanto a la punición de actos de terrorismo, esta práctica es prueba de una creencia de los estados de que la punición del terrorismo responde a una necesidad social y, por esta razón, es hecha obligatoria por una regla que lo exige (Ambos, 2009, p.158).

Para Ambos (2009) Esta regla muestra tres obligaciones para los actores estatales y no estatales, además que confiere un derecho a los estados:

i) la obligación de abstenerse de realizar actos de terrorismo; ii) la obligación de prevenir y reprimir el terrorismo, particularmente de perseguir y juzgar a sus supuestos autores; y iii) el derecho de perseguir y reprimir el crimen de terrorismo cometido en su territorio por nacionales o extranjeros, y la obligación correlativa de terceros de abstenerse de objetar tal persecución y represión en contra de sus nacionales. (p.158)

Sin embargo esta regla no convierte automáticamente al terrorismo como un delito de derecho internacional, a pesar de que el derecho internacional ha caracterizado al terrorismo como una amenaza para la paz y seguridad, dándole un tratamiento distinto y especial de otros delitos transnacionales.

El derecho penal internacional en la actualidad distingue entre crímenes basados en tratados y crímenes internacionales; y crímenes supranacionales considerados auténticos o nucleares. Entre estos existe una diferencia jurídica importante, los crímenes basados en tratados, tienen un tratamiento por parte de los Estados a nivel nacional, por el contrario que en los crímenes supranacionales auténticos se crea una responsabilidad penal individual verdadera (Ambos, 2009). Sin embargo en el derecho penal internacional no se tiene claro cuáles son los criterios que se van a determinar que un delito se ha convertido en un crimen de derecho internacional.

Por lo tanto para que el terrorismo sea considerado como un crimen de derecho internacional debe cumplir con tres supuesto; primero la prohibición respectiva debe ser parte del derecho internacional; segundo una infracción a esta prohibición debe ser particularmente grave y debe afectar valores universales importantes; y tercero la infracción debe implicar responsabilidad penal individual por sí misma, independientemente de una criminalización en el derecho penal nacional.

El sistema jurídico internacional presenta un carácter fragmentario en relación al terrorismo (Ambos, 2009, p.142), pues cada normativa de cada país tiene sus elementos característicos, en algunas legislaciones se considera al terrorismo como una estrategia que atenta o amenaza la integridad territorial y la seguridad del estado, mientras que otras lo muestran como una conducta que alude al terror o la intimidación como modo de operación.

El Código Penal de España de 1995 en su artículo 571, donde tipifica el delito de terrorismo, menciona:

*Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, cometan los delitos de estragos o de incendios tipificados en los artículos 346 y 351, respectivamente, serán castigados con la pena de prisión de quince a veinte años, sin perjuicio de la pena que les corresponda si se produjera lesión para la vida, integridad física o salud de las personas.<sup>8</sup>*

Por otro lado el Código Penal Argentino en su artículo 213, señala a quien puede considerarse como autor del delito de terrorismo:

*Tomare parte de una asociación ilícita cuyo propósito sea, mediante la comisión de delitos, aterrorizar a la población u obligar a un gobierno o una organización internacional, a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, siempre que ella reúne las siguientes características:*

- 1. Tener un plan de acción destinado a la propagación del odio étnico, religioso o político;*
- 2. Estar organizado en redes operativas internacionales;*

---

<sup>8</sup> Código Penal de España 1995.

*3. Disponer de armas de guerra, explosivos, agentes químicos o bacteriológicos, o cualquier otro medio idóneo para poner en peligro la vida o la integridad de un número indeterminado de personas.*<sup>9</sup>

Se puede decir que a nivel internacional el país que más ha desarrollado el terrorismo como conducta delictiva es Estados Unidos de América, quien desde 1983, ha utilizado la definición de terrorismo, que se encuentra el Título 22 del Código de los Estados Unidos, sección 2656f (d): *“Terrorismo: Violencia premeditada y con motivos políticos perpetrada contra objetivos civiles por grupos subnacionales o agentes clandestinos, generalmente con la intención de influencias a un público determinado”*.<sup>10</sup>

Además de la legislación interna de cada país, el terrorismo como delito, ha tenido un tratamiento en tratados internacionales, por ejemplo se introduce al terrorismo como delito en la Tercera Conferencia para la Unificación del Derecho Penal en Bruselas del año 1930, en donde se indica que:

*El bien jurídico lesionado, identificado como la vida, libertad e integridad corporal de las personas y bienes del estado o de los particulares, además que es un móvil para manifestar o realizar ideas políticas o sociales a costa del exterminio humano.*<sup>11</sup>

El Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, ya no habla del terrorismo a nivel de cada estado, sino que se refiere al terrorismo a nivel internacional, al cual define como una amenaza a la paz y a la seguridad internacional<sup>12</sup>. También menciona que los actos terroristas, afectan tanto a la vida de las personas, además de su bienestar.

Sin embargo, a pesar de encontrar varias normativas en las cuales se contempla al terrorismo, en América Latina, este término aún sigue en construcción. Históricamente el termino

---

<sup>9</sup> Código Penal de Argentina 2007.

<sup>10</sup> Código de los Estados Unidos de América 1983, sección 2656f (d).

<sup>11</sup> Tercera Conferencia para la Unificación del Derecho Penal en Bruselas 1930.

<sup>12</sup> Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 1373-2001, aprobada en su 4385ª sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001.

terrorismo se menciona por primera vez en la Primera Cumbre de las Américas en 1994, en la cual se habló de un rechazo total a todo acto terrorista, y todos los estados participantes se comprometieron a combatir los actos terroristas utilizando todos los medios que estén a su alcance.

En 1996 se realizó la Conferencia Especializada Interamericana sobre Terrorismo, en la cual se acoge a la Carta de la Organización de los Estados Americanos como el marco global de la región para prevenir, combatir y eliminar el terrorismo, aquí se presentó el llamado Plan de Acción de Lima contra el Terrorismo.

Los Estados Americanos son quienes más se han preocupado del combate contra el terrorismo, es por esto que en noviembre de 1997, se suscribe la Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros Materiales Relacionados, aquí se hace un análisis más profundo de la influencia de las armas de fuego en el combate de los actos terroristas, puesto que se les vincula con varias conductas criminales que podrían entenderse como terrorismo.

Pero existen varios documentos de carácter universal que se han desarrollado alrededor de la problemática del terrorismo:

- *Convención sobre los Crimines y otras Acciones cometidas a bordo de un Avión (1963).*
- *Convención para la Represión del Secuestro Ilegal de Aviones (1970).*
- *Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas (1973).*
- *Convención Internacional contra la Toma de Rehenes (1979).*
- *Convención sobre la Protección Física del Material Nuclear (1980).*
- *Convención sobre la Marcación de Explosivos Plásticos para los Fines de Detección (1991).*
- *Convención Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas (1997).*

- *Convención Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (1999).*
- *Convención Internacional para la Supresión de Actos de Terrorismo Nuclear (2005).*
- *Convención Árabe para la Represión del Terrorismo (1998).*
- *Convención de la Organización de la Conferencia Islámica para Combatir el Terrorismo Internacional (1999).*
- *Convención Europea para la Represión del Terrorismo (2001).*
- *Convención de la OAU para la Prevención y el Combate del Terrorismo (1999).*
- *Convención Regional de la SAARC para la Represión del Terrorismo (1987).*

La Asamblea General de las Naciones Unidas, ha tomado un importante protagonismo en la lucha contra el terrorismo, es por esto que a partir del año 2000 se buscó consolidar la elaboración de una Convención General sobre el terrorismo internacional. El Consejo de Seguridad aprueba la “histórica” resolución 1373, según la cual “todos los Estados deben prevenir y suprimir la financiación de los actos terroristas”. (IAEA, 2005)

En marzo del 2005, en el aniversario de los atentados del “11M” se celebra en Madrid la Cumbre Internacional sobre Democracia, Terrorismo y Seguridad, donde el secretario general, Kofi Annan, motivo a los asistentes a buscar una definición unificada de “terrorismo”, sobre la que no hay consenso, y un equilibrio entre la eficacia de la lucha antiterrorista y la protección de los derechos humanos. (IAEA, 2005)

### **2.3 Delito de terrorismo en la legislación ecuatoriana**

Como ya se ha mencionado anteriormente, el derecho penal es un instrumento estatal muy importante para la protección de los bienes jurídicos relevantes para la sociedad, por lo tanto es necesario que las conductas que atentan contra estos bienes jurídicos sean reprimidas y sancionadas con una pena, es por esto que el terrorismo ha sido tipificado en nuestro código penal, además de ser sancionado con penas privativas de libertad.

El Código Penal Ecuatoriano ya derogado y reemplazado por el Código Orgánico Integral Penal, en su Libro II, De los Delitos en Particular, Título I, De los Delitos Contra la Seguridad del Estado, Capítulo IV; tipifica los delitos de sabotaje y terrorismo. Aquí se entendía al terrorismo como:

Aquellos actos que afectaban la seguridad común de las personas o de los bienes, y podían consistir en fabricar, suministrar, adquirir, sustraer, arrojar, usar o introducir al país: armas, municiones o bombas explosivas, materias explosivas, asfixiantes o tóxicas, o sustancias materiales destinados a su preparación (Araujo, 2014, p.518).

Estos actos terroristas, tenían una sanción de reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años, y una multa de cuatrocientos cuarenta y dos a ochocientos ochenta y cuatro dólares de los Estados Unidos de América. Mientras que el Código Orgánico Integral Penal, vigente actualmente, tiene un capítulo en el cual se habla del terrorismo y su financiación.

El tipo penal de terrorismo como se menciona en el párrafo anterior, es un delito cuyo bien jurídico atacado, es la seguridad del estado, se lo define como un acto típico, antijurídico y culpable, el cual atenta contra la situación de paz del estado, además de que se va en contra de las bases constitucionales del mismo.

Fontán (1951) afirma que “Los delitos contra la seguridad pública son tipos penales o figuras delictivas destinadas a la protección del Estado mismo en su personalidad, del territorio y sus habitantes, en cuanto constituyen la Nación” (p.65).

Pero las conductas consideradas terroristas, en nuestro país, empiezan a formar parte de la legislación interna, a partir del año 1971<sup>13</sup>. Año en el cual se incluye al Código Penal Ecuatoriano, el capítulo IV, al cual se lo denomina “De los delitos de sabotaje y terrorismo”. En este capítulo se observa que se toma al terrorismo como un concepto general, que atraviesa

---

<sup>13</sup> Registro Oficial No. 147 de 22 de enero de 1971.

un conjunto de conductas, pero no se hace una descripción específica de lo que se debe entender como terrorismo o como una conducta terrorista (García Falconí, 2015, p.320).

La reforma a la que se hace referencia en el párrafo anterior, constaba de 11 artículos, los cuales abarcaban conductas como, “la paralización de servicios de salud; sustracción de medios de socorro con ocasión de incendios, inundaciones o naufragios; paralización de servicios públicos, etc.” (García Falconí, 2015, p.320), además se incluía acciones como “las de impedir, desorganizar o perturbar la recolección de productos elaborados o materias primas; fabricar armas, municiones o explosivos” (García Falconí, 2015, p.320), entre otras, pero en este listado de conductas, en ningún momento se especifica claras circunstancias, a través de las cuales se puede calificar a estos actos, como “actos terroristas” o que representen una “amenaza terrorista”.

Después de 7 años, mientras el país atravesaba una dictadura militar, el decreto supremo 2636<sup>14</sup>, se emitió y con él se dieron varias reformas al Código Penal, Código de Procedimiento Penal y a la Ley de Estupefacientes. Reformas que vuelven a incluir al terrorismo, como un fenómeno que amenaza con destruir los cimientos de la soberanía ecuatoriana, pero a pesar de tratarse de un tema tan trascendental para la seguridad nacional, de nuevo las reformas incluidas, olvidan dar definición alguna de terrorismo.

Pero el término terrorismo sigue avanzando en la legislación ecuatoriana, y ya no se reserva solo a la legislación penal, en esta ocasión se la incluye en la Ley de Extradición, en donde se señala que “no se considerarán delitos políticos los actos de terrorismo, dejando sin especificar lo que caracterizaría a dichos actos de terrorismo” (García Falconí, 2015, p.321). A raíz de esto, se empieza a ligar al terrorismo con varios problemas sociales, tales como el tráfico de drogas, tráfico de personas, lavado de activos, entre otros, lo cual ocasionó que se den asociaciones sin un fundamento claro.

---

<sup>14</sup> Registro Oficial No. 621 de 4 de Julio de 1978.

Como se puede evidenciar, el Ecuador ha venido hablando del término terrorismo, un largo tiempo, sin que durante este tiempo se haya dado una idea concreta de en qué consiste esto del terrorismo.

Sin embargo, la legislación nacional no es la única que no ha aterrizado el termino del terrorismo, el Ecuador es signatario, de la Convención Interamericana contra el Terrorismo<sup>15</sup>, de la Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa cuando Estos tengan Trascendencia Internacional<sup>16</sup>, y del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo<sup>17</sup> (García Falconí, 2015, p.321), y en todos estos instrumentos internacionales, tampoco se evidencia una definición clara de lo que es el terrorismo.

Es importante señalar que el terrorismo, no solo significó modificaciones a nivel de cuerpos legales tanto en el ámbito nacional como internacional, conllevó a una lucha contra el mismo, que posteriormente se evidenciaría en Políticas de Estado que justificaban “la invasión de predios, eliminación del derecho a la huelga y restricción del derecho a la reunión” (Ycaza Patricio, 1985, p.268). Cada gobierno buscaba una justificación a la represión, cubriendo sus excesos, con la bandera de la lucha contra el terrorismo.

Finalmente, no fueron los cuerpos legales ni los legisladores quienes definieron al terrorismo, fueron los gobiernos de turno los encargados de construir la idea de lo que ellos y la sociedad debe considerar que es el terrorismo, dando como resultado la creación de un enemigo al cual no se puede describir, pero está presente en todo momento, y al cual hay que atacar, usando la filosofía de Maquiavelo, lo importante es el fin, no los medios.

---

<sup>15</sup> Aprobada en la primera sesión plenaria celebrada el 3 de junio de 2002.

<sup>16</sup> Suscrita en el Tercer Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General, celebrada en Washington, DC, el 2 de febrero de 1971.

<sup>17</sup> Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución A/RES/54/109 de 9 de diciembre de 1999. Entró en vigor el 10 de abril de 2002 de conformidad con el artículo 26.

### **2.3.1 Reseña Histórica del terrorismo en el Ecuador**

Si bien es cierto que en el Ecuador no se ha dado un amplio tratamiento a lo que es el terrorismo, este no es un término nuevo, ya que durante toda la historia del país ha sido utilizado por varios gobiernos en diversas maneras, pero siempre bajo la bandera de la protección de la seguridad estatal.

El 11 de Julio de 1963 es derrocado el entonces Presidente de la Republica Dr. Carlos Julio Arosemena Monroy, y asumió el poder, con apoyo norteamericano, una Junta Militar de carácter desarrollista, de ultraderecha y represiva. Esta Junta estuvo dirigida por el Contralmirante Ramón Castro Jijón e integrada además por los generales Marcos Gándara Enríquez, Luis Cabrera Sevilla y Guillermo Freire Posso.

El 18 de Julio de 1963, la Junta Militar ante el temor que se repita en nuestro país la Revolución Cubana de 1959, declaro ilegal al comunismo, sus actividades y organizaciones similares. Se emprendió la persecución de los denominados “subversivos”, llegándose a clausurar universidades y a encarcelar dirigentes políticos. Estos actos provocaron cientos de presos y exiliados.

El 17 de Marzo de 1963 la Junta Militar, por primera vez en nuestro país tipificó los delitos de sabotaje y terrorismo.

El 30 de Marzo de 1966, se realizó una Huelga General contra las actividades de la Junta Militar por parte de los trabajadores, estudiantes y partidos políticos. Por el amplio apoyo popular que tuvo esta protesta las Fuerzas Armadas decidieron entregar el poder a un colaborador civil de la Junta, el guayaquileño Clemente Yerovi Indaburu, quien estuvo acompañado por los ex-presidentes Galo Plaza Lasso y Camilo Ponce Enríquez.

El 16 de Noviembre del mismo año, la Asamblea Constituyente designó como Presidente Interino al Dr. Otto Arosemena Gómez. El Dr. Arosemena gobernó el país hasta el 1 de Septiembre de 1968, fecha en la que el Dr. José María Velasco Ibarra asumió por última ocasión la Presidencia de la República.

El Dr. Velasco Ibarra, contando con el apoyo del Alto Mando de las Fuerzas Armadas, se declaró dictador en el año 1970 y el 22 de enero de 1971 incluyó los delitos de sabotaje y terrorismo en nuestro Código Penal. El Dr. Velasco gobernó hasta el 15 de Febrero de 1972. Ese día el poder volvió a manos militares representadas por el General Guillermo Rodríguez Lara.

En el año de 1974 el General Rodríguez Lara expidió el Decreto 1273 que reformó la tipicidad del terrorismo en nuestro Código Penal. Las reformas consistieron en sustituir el Artículo 160, incluyendo un tipo que sancionaba hasta el solo acto de tener combustibles, y tipificar por primera vez el Artículo 161 referente al terrorismo organizado.<sup>18</sup>

Por el descontento de las Fuerzas Armadas, el 12 de Enero de 1976 asumió el poder un Consejo Supremo de Gobierno integrado por nuevos militares: el Almirante Alfredo Poveda Burbano, presidente; el General Guillermo Durán Arcentales y el Teniente Luis Leoro Franco. El 26 de Junio de 1978 esta dictadura expidió el Decreto Supremo 2636<sup>19</sup> que aumentó las penas para los delitos de sabotaje y terrorismo.

Terminadas las dictaduras militares, en 1979 asumió la Presidencia de la República el Dr. Jaime Roldós Aguilera. La Cámara de Representantes dirigida en ese momento por Assad Bucaram Elmhalm substituyó el Primer inciso del Artículo 160 del Código Penal, eliminando algunas de las ambigüedades de dicha norma.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> Registro Oficial N° 705 del 19 de Diciembre de 1974.

<sup>19</sup> Registro Oficial N° 621 del 4 de Julio de 1978.

<sup>20</sup> Registro Oficial N°36 del 1 de Octubre de 1979.

A partir de esa reforma, las posteriores leyes 47-2001<sup>21</sup>, 75-2002<sup>22</sup> y 31-2006<sup>23</sup>, aumentaron las penas de privación de libertad a reclusión mayor especial (16 a 25 años), si el resultado del acto es la muerte de una persona. Además las referidas leyes actualizaron las sanciones pecuniarias, cambiando los sucres por dólares.

El 30 de Diciembre de 2010, durante la Presidencia del Economista Rafael Correa Delgado, se reformó nuevamente estos delitos en el Código Penal. La Ley Reformatoria de la Ley para Reprimir el Lavado de Activos tipificó un nuevo delito para sancionar el financiamiento al sabotaje y terrorismo.<sup>24</sup>

Se debe destacar que los gobiernos de los últimos 30 años han sido los que más énfasis han hecho en la lucha contra el terrorismo, por lo tanto se han preocupado de dar un mayor reconocimiento de derechos.

### **2.3.2 Ecuador miembro del GAFI**

El GAFI es un organismo internacional creado en 1989 en París, en la reunión Cumbre del Grupo de los 7 países más industrializados del mundo: Alemania, Canadá, Estados Unidos, Italia, Japón y Reino Unido. Este organismo prevé dos sanciones para los países que no legislen en materia de financiamiento al terrorismo: declarar públicamente a la comunidad internacional que tengan cuidado de relacionarse con aquellos países y se expulsado de este. Es un organismo no gubernamental creado para desarrollar y promover políticas tanto nacionales como internacionales para combatir el lavado de dinero y la financiación del terrorismo.

---

<sup>21</sup> Registro Oficial N° 422 del 28 de Septiembre de 2001.

<sup>22</sup> Registro Oficial N° 635 del 7 de Agosto de 2002.

<sup>23</sup> Registro Oficial N° 231 del 17 de Marzo de 2006.

<sup>24</sup> Registro Oficial N° 352 del 30 de Diciembre de 2010.

Dentro del GAFI, se encuentra una organización intergubernamental de base regional denominada GAFISUD en la cual se agrupa a los países de América del Sur para combatir el lavado de dinero y la financiación del terrorismo. Se creó formalmente el 8 de diciembre de 2000 en Cartagena de Indias, Colombia, mediante la firma del Memorando de Entendimiento constitutivo del grupo por los representantes de los gobiernos de diez países: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú y Uruguay.

Este organismo internacional expidió 40 Recomendaciones para combatir el lavado de dinero en 1990. Estas Recomendaciones fueron modificadas en 1996 con Notas interpretativas.

El 30 de octubre de 2001 en una reunión plenaria de carácter extraordinaria realizada en Washington, el GAFI decidió emitir 8 recomendaciones especiales sobre el financiamiento al terrorismo y a los actos terroristas. Si los Estados no cumplen estas recomendaciones pueden ser sancionados con una declaración pública de, ser colocados en la lista negra como países poco seguros para las intervenciones o ser expulsados del organismo. Las Recomendaciones se pueden resumir de la siguiente manera:

- *Ratificación y ejecución de los instrumentos de las Naciones Unidas sobre el terrorismo.*
- *Tipicidad de la financiación del terrorismo, de los actos terroristas y de las organizaciones terroristas y el blanqueo asociado.*
- *Congelamiento de fondos y otros activos de los terroristas y su decomiso.*
- *Deber de informar rápidamente sobre transacciones sospechosas de relacionarse con el terrorismo.*
- *Cooperación internacional para investigaciones sobre terroristas y tomar medidas para denegar el refugio y extraditarlos a los individuos acusados de su financiamiento.*

- *Adoptar todas las medidas para asegurar que todas las personas físicas o jurídicas que brindan servicios de transmisión de dinero o títulos valores deban estar sujetas a las Recomendaciones del GAFI.*
- *Adoptar medidas para que las instituciones financieras realicen un examen detallado, vigilando las transferencias de fondos de actividades sospechosas.*
- *Revisar las leyes referentes a organizaciones sin fines de lucro para evitar el financiamiento al terrorismo.*

### 2.3.3 Código penal y Código Procesal penal vigentes hasta agosto 2014

Previo a la implementación del Código Orgánico Integral Penal, el delito de terrorismo, según el catálogo de delitos, publicado por la Fiscalía General del Estado, el delito de terrorismo se lo expone de la siguiente manera:

<b>Tipo Penal</b>	<b>TERRORISMO</b>
<b>Descripción</b>	El que con el fin de cometer delitos contra la seguridad común de las personas o de los bienes, fabricare, suministrare, adquiriere, sustrajere, arrojar, usare o introducir en el territorio ecuatoriano todo tipo de armamento, sustancias o materiales destinados a su preparación
<b>Tipo de acción</b>	Acción penal pública
<b>Ley</b>	Código Penal
<b>Título</b>	I – De los Delitos contra la Seguridad del Estado
<b>Capítulo</b>	IV – De los delitos de sabotaje y terrorismo
<b>Artículos principales</b>	160 Inc. 1
<b>Penas general</b>	Reclusión mayor ordinaria

<b>Pena Especifica</b>	4 a 8 años; multa 442 a 884 dólares; daños y perjuicios
<b>Sanción en caso de tentativa</b>	Código Penal: Arts. 16; 46
<b>Titular de la acción</b>	Fiscal
<b>Tiempo de indagación previa</b>	1 año
<b>Tiempo de instrucción fiscal</b>	90 días

<b>Circunstancias modificatorias no constitutivas</b>	<b>Pena Modificada</b>	<b>Articulo</b>	<b>Indagación</b>
Si el sujeto activo del delito fuese un extranjero naturalizado en el Ecuador	Reclusión mayor ordinaria de 4 a 8 años; multa 442 a 884 dólares; daños y perjuicios; cancelación de la carta de naturalización; expulsión del país, después de cumplida la sanción	166	1 año
Si, por efecto de los hechos indicados, se produjeren lesiones a personas	Reclusion mayor ordinaria de 8 años; multa de 884 dolares	160 Inc. 2	1 año
Si, por efecto de los hechos indicados, resultares muerta una o más personas	Reclusion mayor especial de 16 a 25 años; multa de 884 a 1767 dólares	160 Inc. 2	1 año
Si los hechos delictivos afectaren exclusivamente a bienes	Reclusion; mayor ordinaria de 4 a 8 años; mutla de 442 a 884 dolares; condena a indemnización de daños y perjuicios	160 Inc. 3	1 año

**Fuente:** Catálogo de Delitos Fiscalía General del Estado 2009

Aquí se tiene al terrorismo, desde una visión limitada y no lo suficientemente clara de lo que es el terrorismo, por lo tanto, si no se cuenta con un tipo penal claro, es difícil que los encargados de administrar justicia lo hagan de la mejor manera.

#### **2.3.4 Código Orgánico Integral Penal**

El 10 de febrero de 2014 se publicó el Código Orgánico Integral Penal, mismo que entró en vigencia el 10 de agosto del mismo año, el cual en su libro primero en el Art. 366, por primera vez en el Ecuador, tipifica al terrorismo como un tipo penal autónomo (García Falconí, 2015, p.322).

Esta nueva normativa penal, integra delitos que van en contra de la estructura del Estado Constitucional, aquí se tipifican todas las acciones que representen un peligro a la seguridad pública. Además de dar mayor amplitud a los delitos de terrorismo y sabotaje, que ahora son dos tipos penales diferentes, el COIP también incluye nuevas conductas como la rebelión.

La justificación para la implementación de estos tipos penales, viene de la necesidad del gobierno de evitar casos como la Rebelión del 30S, casos que marcaron un precedente, en el cual se puede hablar de una concentración de justicia en el poder ejecutivo.

#### **2.4 Análisis estructural del delito de terrorismo: teoría del delito y de la pena**

Para Mir Puig (2007) “Todo Derecho Penal responde a una determinada política criminal, y toda política criminal depende de la política general propia del Estado a que corresponde” (p.4).

Previo al análisis estructural del delito de terrorismo, es necesario analizar varios aspectos generales de teoría del delito y de la pena, que son relevantes para el desarrollo de esta investigación.

Al hablar de delito, la primera idea que aparece, es el de una conducta que va en contra del ordenamiento jurídico, pero para tener una definición más exacta, es necesario recurrir a Cabanellas (2003), quien define al delito, como “un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena” (p.93).

En la legislación penal ecuatoriana, no se habla de delitos, se habla de infracciones, a las cuales se define como “actos imputables sancionados por las leyes penales”, y a estos se los clasifica en delitos y contravenciones. Pero en esta definición no se observa una explicación en cuanto a los elementos y características que integran la estructura de la infracción, ya sea esta un delito o una contravención.

La falta de esta aclaración en cuanto a las características y elementos de la infracción, la cual en adelante se la denominará tipo penal, nos deja un vacío que por varios años, importantes juristas del derecho penal han intentado cubrir, sin que se llegue a un consenso general, que permita finalmente, estructurar una definición completa de lo que se debe entender por delito.

El tipo penal de terrorismo, en la legislación ecuatoriana, se encuentra dentro de los delitos que atentan contra la seguridad pública. Se lo tiene como un acto, típico, antijurídico y culpable, cumpliendo con las características fundamentales que debe tener el delito para ser considerado como tal.

El delito de terrorismo contiene actos que están dirigidos a colocar al estado en una situación de peligro, alterando su paz y dignidad, a través de la afectación de bases constitucionales, integridad territorial, además de atentar contra el funcionamiento de instituciones

fundamentales, y en general se habla de un irrespeto al ordenamiento jurídico vigente (Palacios, 2016).

#### **2.4.1 Bien Jurídico Protegido**

En el delito de terrorismo el bien jurídico protegido, es la seguridad del estado, se entiende entonces que todas las conductas incluidas en el tipo penal de terrorismo, afectan o vulneran, actual o potencialmente, la supervivencia del estado, su soberanía, su integridad territorial, la paz con otros estados y de manera general las relaciones internacionales, además de alterar la paz interna, el orden constitucional y la estabilidad política e institucional (Albán, 2011).

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 (Díaz, 2012, p.1).

Se entiende que los gobernantes reciben de sus gobernados, la exigencia de que estos garanticen una vivencia en un ambiente de paz y seguridad, el cual sea óptimo para el desarrollo de una vida integral y productiva, y a cambio de esto los gobernados dan a los gobernantes el poder de usar una violencia legitimada, poder punitivo, a fin de garantizar a los ciudadanos el derecho a una seguridad estatal (Díaz, 2016).

#### **2.4.2 Elemento Subjetivo**

Para el jurista Ernesto Albán (2011) estos delitos contra la seguridad del estado tienen un elemento subjetivo en común, en sus diversas modalidades y por su contenido de deslealtad e infidelidad, determinan que deben cometerse con dolo, es decir con conocimiento de las obligaciones que tiene como ciudadano del estado y del alcance lesivo de su conducta para la seguridad del país. Los casos culposos o imprudentes son impunes, salvo excepciones. (p.33)

### 2.4.3 Elementos Constitutivos del delito de Terrorismo

El determinar cuáles son los elementos constitutivos del delito de terrorismo no es una tarea fácil, ya que la legislación penal ecuatoriana no da una definición de lo que es el terrorismo en sí, el diccionario define a esta conducta como una sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror. En base a esto, si se habla de sucesión, aquí se tiene una condición de continuidad, y al tener la expresión genérica de “actos de violencia” se hace una referencia clara a la multiplicidad de maneras en las que este delito se puede materializar.

Sin embargo, varios estudios dedicados a una búsqueda general de una definición clara y una determinación clara de los elementos que tiene el terrorismo, se ha podido determinar de manera genérica la existencia de varios elementos característicos que el profesor Ernesto Albán (2011) enumera de la siguiente manera:

- Actos de violencia dirigidos contra las personas, los bienes o los servicios públicos.
- Delitos pluriofensivos, pues afectan de manera simultánea a varios bienes jurídicos: la vida, la integridad física y la libertad de las personas; la propiedad, la seguridad pública; y, en último término, la seguridad del Estado. Los titulares de estos bienes jurídicos son los sujetos pasivos de los delitos.
- Propósito de provocar terror o intimidación general en la población, esto como fin inmediato.
- Un móvil principalmente político, pero que puede presentar, alternativa o simultáneamente, matices ideológicos, sociales, religiosos, o de otro carácter, esto como fin mediato. (p.56-57)

Ahora, para hablar del sujeto pasivo, en el delito de terrorismo, se puede decir que en la mayoría de los casos, no se trata de una sola persona, por lo general estos delitos se los adjudica a personas que actúan en conjunto y en forma sistemática, lo cual no significa que siempre será así (Albán, 2011).

Por las características que tiene el delito de terrorismo, resulta compleja la tarea de tipificarlo, esto es debido a la heterogeneidad de las conductas que este incluye, que no solo adoptan múltiples formas, sino que también constituyen delitos, por lo cual quienes les confieren un carácter particular son los fines mediato o inmediato (Albán, 2011).

Como ya se ha mencionado en varias ocasiones durante esta investigación, en la tipificación del delito de terrorismo, tanto en el Código Penal ya derogado, como en el Código Orgánico Integral Penal, se hace evidente la lamentable técnica jurídica utilizada, además de una extensa enumeración casuística de conductas, por ejemplo en el Código Penal derogado, se encontraban expresiones enumerativas como “etcétera”, lo cual ya daba paso a posibles interpretaciones análogas.

Ahora bien, continuando con el análisis, si se observa el Art. 160 y el Art. 160.1 del Código Penal anterior, se tiene que:

*Art. 160.- El que con el fin de cometer delitos contra la seguridad común de las personas o de los bienes, fabricare, suministrare, adquiriere, sustrajere, arrojare, usare, o introdujere al país armas, municiones o bombas explosivas, materias explosivas, asfixiantes o tóxicas, o sustancias o materiales destinados a su preparación, será reprimido con reclusión mayor ordinaria de 4 a 8 años y multa de cuatrocientos cuarenta y dos a ochocientos ochenta y cuatro dólares de los Estados Unidos de Norte América.*

*Si, por efectos de los hechos indicados, se produjeren lesiones a personas, se impondrá el máximo de la pena señalada en el inciso anterior; y, si resultare muerta una o más personas, la sanción será de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años y multa de ochocientos ochenta y cuatro a mil setecientos sesenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América.*

*Si los hechos delictivos afectaren exclusivamente a bienes, además de la pena señalada en el primer inciso, el autor será condenado a la indemnización de los daños y perjuicios causados.*

*Art. 160-A.- Los que, individualmente o formando asociaciones, como guerrillas, organizaciones, pandillas, comandos, grupos terroristas, montoneras o alguna otra forma*

*similar, armados o no, pretextando fines patrióticos, sociales, económicos, políticos, religiosos, revolucionarios, reivindicatorios, proselitistas, raciales, localistas, regionales, etc., cometieren delitos contra la seguridad común de las personas o de grupos humanos de cualquiera clase o de sus bienes: ora asaltando, violentando o destruyendo edificios, bancos, almacenes, bodegas, mercados, oficinas, etc, ora allanando o invadiendo domicilios, habitaciones, colegios, escuelas, institutos, hospitales, clínicas, conventos, instalaciones de la fuerza pública, militares, policiales o paramilitares, etc., ora sustrayendo o apoderándose de bienes o valores de cualquier naturaleza y cuantía; ora secuestrando personas, vehículos, barcos o aviones para reclamar rescate, presionar y demandar el cambio de leyes o de órdenes y disposiciones legalmente expedidas o exigir a las autoridades competentes poner en libertad a procesados o sentenciados por delitos comunes o políticos, etc.; ora ocupando por la fuerza mediante amenaza o intimidación, lugares o servicios públicos o privados de cualquiera naturaleza y tipo; ora levantando barricadas, parapetos, trincheras, obstáculos, etc. con el propósito de hacer frente a la fuerza pública en respaldo de sus intenciones, planes, tesis o proclamas; ora atentando, en cualquier forma, en contra de la comunidad, de sus bienes y servicios, serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años y multa de mil setecientos sesenta y siete a cuatro mil cuatrocientos dieciocho dólares de los Estados Unidos de Norte América.*

*Si por los hechos delictivos enumerados, se produjeran lesiones a las personas, se impondrá a sus autores el máximo de la pena indicada en el inciso anterior y, si se produjere la muerte de una o más personas, la pena será de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años y multa de cuatro mil cuatrocientos dieciocho a ocho mil ochocientos treinta y cinco dólares de los Estados Unidos de Norte América.*

*Si los hechos a los que se refiere el inciso primero de este artículo, afectaren únicamente bienes, además de la sanción impuesta en el mismo, el autor o autores serán condenados al resarcimiento de daños y perjuicios que hubieren causado.*

Primero el núcleo del delito, está en la frase “delitos contra la seguridad común de las personas o de grupos humanos de cualquiera clase o de sus bienes” (Albán, 2011, p.47), lo que da una evidente amplitud que podría ser suficiente para calificar de terrorista a cualquier acto de violencia.

Segundo, se incluyen varios verbos rectores que enumeran acciones que podrían ejecutarse sobre distintos bienes, establecimientos u objetos: “asaltar, violentar o destruir, allanar, invadir, sustraer, apoderarse, secuestrar, ocupar por la fuerza, levantar barricadas u obstáculos.”<sup>25</sup> Se termina con la frase genérica “*atentando en cualquier forma*” en contra de la comunidad, de sus bienes y servicios. El delito puede ser cometido de forma individual o colectiva.

Los objetivos de este delito son variados, pueden ser: patrióticos, sociales, económicos, políticos, religiosos, revolucionarios, reivindicatorios, proselitistas, raciales, localistas, regionales, finalizando esta enumeración con un etcétera, que vuelve ineficaz el listado, dando como resultado que no importa el objetivo, cualquier acto puede encuadrarse dentro de esta tipificación.<sup>26</sup>

La pena para este delito es de reclusión mayor de cuatro a ocho años y multa, con un agravante, si se producen lesiones o muerte, si esto se da, la pena será de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años. Sin embargo no se hace una diferenciación en cuanto a la gravedad de las lesiones causadas.

Por otro lado, se tiene el Art. 366 del Código Orgánico Integral Penal, el cual tipifica el delito de terrorismo:

*Art. 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:*

*1. La persona que, respecto de un transporte terrestre, una nave o aeronave, plataformas fijas marinas, se apodere de ella, ejerza control sobre la misma por medios tecnológicos, violentos,*

---

<sup>25</sup> Código Penal derogado. Art.160 Delito de Terrorismo.

<sup>26</sup> Código Penal derogado. Art.160 Delito de Terrorismo.

- amenaza o intimidación; derribe, destruya, cause daños, coloque o haga colocar un artefacto o sustancia capaz de destruirlo o causar daños que le incapaciten para su transportación.*
- 2. La persona que destruya por cualquier medio, edificación pública o privada, plataforma fija marina, instalaciones de áreas estratégicas, servicios básicos esenciales, así como de las instalaciones o servicios de transportación terrestre, navegación aérea o marítima, si tales actos, por su naturaleza, constituyen un peligro para la seguridad de la transportación terrestre, de las aeronaves o naves, como de la seguridad de las plataformas y demás edificaciones.*
  - 3. La persona que realice actos de violencia que por su naturaleza, causen o puedan causar lesiones o constituyan un peligro para la seguridad de estos o sus ocupantes, en un transporte terrestre, a bordo de una aeronave, nave, en una plataforma fija marina, en puertos, aeropuertos, instalaciones de áreas estratégicas, servicios básicos esenciales o ambiente.*
  - 4. La persona que comunique, difunda o transmita informes falsos poniendo con ello en peligro la seguridad de un transporte terrestre, de una nave o aeronave.*
  - 5. La persona que, irrumpa los locales oficiales, la residencia particular o los medios de transporte de las personas internacionalmente protegidas.*
  - 6. La persona que realice por sí misma o por medio de terceros, operaciones y transacciones financieras económicas, con el objeto de dar apariencia de licitud para desarrollar actividades terroristas tipificadas en este Código.*
  - 7. La persona que hurte, robe, malverse, obtenga mediante fraude o extraiga mediante amenazas, uso de la violencia o intimidación materiales nucleares.*
  - 8. La persona que reciba, posea, use, transfiera, altere, evacúe o disperse materiales nucleares sin autorización legal, si tal acto causa lesiones graves a una persona o grupo de personas o daños materiales sustanciales.*
  - 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.*
  - 10. Cuando por la realización de estos actos se produzca la muerte de una o más personas, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.*

La primera observación es que en la normativa penal derogada el terrorismo no se encuentra en un solo articulado, se encuentra en varios, los cuales presentan modificaciones o

agravantes del delito principal, mientras que en el COIP, se tiene una recopilación en un solo articulado de todo lo que implica el terrorismo y su financiación.

En cuanto al sujeto activo y sujeto pasivo, se coincide con la normativa anterior, por la naturaleza misma del delito. El legislador se refiere a *actos que pongan en peligro la vida* se debe justificar que los hechos realizados por el presunto sujeto activo coloquen a la víctima en una verdadera situación de riesgo a su integridad física o vida. (Palacios, 2016, p.68)

La persona acusada de este tipo penal, debe reunir varias condiciones para que su conducta se encuadre en la conducta típica, por lo que se vuelve al problema de la existencia de elementos subjetivos, que permiten al juzgado a configurar actos mínimos en sanciones máximas, o por el contrario actos totalmente reprochables en desistimiento o penas mínimas.

En cuanto a la pena, se evidencia un aumento considerable, en caso de que el delito de terrorismo ocasione muerte, en el Código Penal derogado la pena era privativa de libertad de doce a dieciséis años, mientras que en el COIP se tiene una pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.

## **CAPITULO 3: ANÁLISIS DEL TERRORISMO DESDE LOS AXIOMAS DEL GARANTISMO PENAL**

### **3.1 Terrorismo a través de los axiomas enfocados al derecho penal sustantivo**

La sistematización de principios expresa que cada uno designa una condición necesaria para atribución de una pena en un modelo del derecho penal garantista. Cada uno de los principios enuncia una garantía para la afirmación de la responsabilidad penal y para la aplicación de la pena.

En base a los principios del garantismo penal aplicados el derecho penal sustantivo, esto es principio de legalidad, principio de culpabilidad, principio de retributividad, principio de economía o necesidad, principio de lesividad y principio de materialidad de la acción, en este punto de la investigación se desarrollará un análisis en cuanto al delito de terrorismo.

Los principios de retributividad, principio de legalidad y principio de necesidad, expresan las garantías relativas a la pena, respondiendo a las preguntas de cuándo y cómo castigar. Los principios de lesividad, principio de culpabilidad y principio de materialidad, expresan las garantías relativas al delito y responden a las preguntas de cuándo y cómo prohibir.

Si se toma en cuenta el principio de legalidad, el cual consta en el Código Orgánico Integral Penal en su Art. 5 numeral 1, se entiende que en el sistema jurídico ecuatoriano impera el derecho penal de acto, y por lo tanto en el delito de terrorismo se debe tomar en cuenta los actos externos y no los pensamientos o la condición de peligrosidad de los procesados.

El principio fundamental sobre el que se asienta el ejercicio del poder punitivo del estado es el principio de legalidad, cuyo único requisito para la habilitación del sistema penal, es la existencia y vigencia previa de la norma.

El principio *nullum crime nulla poena sine lege* debe ser observado de manera estricta, ya que constituye una garantía constitucional, se debe entender que para que una persona pueda ser procesada y condenada por un delito, en este caso, delito de terrorismo, no debe ser a través de una idea de criminalización de conductas e ideologías en contra del régimen político, debe existir una reflexión jurídica, que no presente al país como un lugar en el que el riesgo de un ataque terrorista, visto desde la visión internacional, es posible en cualquier momento.

Para que exista una aplicación desde el principio de legalidad, del delito de terrorismo, primero se debe eliminar la idea de que todo “rebelde” o quien se alza contra el sistema, es un terrorista que atenta contra la seguridad de todos, y por esto se lo debe castigar antes de que lastime al resto de personas, creando una figura enemiga.

Ramiro Ávila (2010) refiriéndose al Estado legal menciona que “la ley determina la autoridad, la estructura de poder y el contenido de las normas, dejando al arbitrio del legislador cuando y como prohibir” (p.12). Esta idea también, tiene relación con el principio de materialidad de la acción, y el principio de lesividad, ya que se entiende que todo acto debe causar una lesión a un bien jurídico o ponerlo en peligro. Se busca sancionar actos más no autores.

Los cambios que la legislación ecuatoriana ha sufrido en cuanto al tema del terrorismo, presenta dos aristas importantes, la primera, el fin último, la lucha contra el terrorismo, y por otro lado, se busca alcanzar ese objetivo, aun prescindiendo de los principios de garantía y las reglas de imputación que caracterizan al derecho penal moderno (Palacios, 2016).

Ahora, con el principio de culpabilidad, numeral 3 del COIP, se debe entender que para considerar a alguien como culpable de delito de terrorismo debe comprobarse conforme a

derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado, y por el contrario si no se tiene la certeza de uno de estos dos elementos, se tendrá que dictar una sentencia absolutoria. En base al principio de culpabilidad el garantismo penal, presenta la idea de que no se puede ser castigado por lo que se es, sino solamente por lo que se hace.

Para el principio de materialidad de la acción, el delito de terrorismo debe ser materializado, no se puede imponer a meras intenciones, actitudes o estados de ánimo interiores, debe concretarse en acciones humanas materiales, físicas o externas. El delito de terrorismo al ser un tipo penal que atenta contra la seguridad del estado, es obvio que el bien jurídico que protege es importante, por lo tanto se cumple el principio de lesividad, el cual exige que el derecho penal solo regule aquellas conductas humanas que sean socialmente relevantes.

Sin embargo los principios más importantes a tratarse en este punto son el principio de lesividad y el de necesidad, los cuales están estrechamente relacionados con el concepto de bien jurídico, el cual en el caso del terrorismo es la seguridad del estado. Por lo tanto debemos entender que desde el principio de necesidad, debe existir una verdadera necesidad de crear una norma de carácter penal que considere al Derecho Penal de *ultima ratio*, dando un límite al poder estatal encargado de la creación de normas, es decir al poder legislativo.

En este caso previo a la puesta en vigencia del Código Orgánico Integral Penal se debe señalar que el delito de terrorismo no se encontraba de la manera en la que está actualmente. La Asamblea Nacional como órgano que crea normas, debió hacer un análisis exhaustivo de la necesidad de incluir al terrorismo como un delito, esta necesidad no debe nacer de la Constitución, o de las recomendaciones que emitan las entidades internacionales (GAFI), debe nacer del análisis de la realidad social y sus necesidades.

Si se analiza la tipificación del delito de terrorismo, se puede asegurar que no existió el análisis adecuado, puesto que los ejemplos en la aplicación de este tipo penal, dan a entender que se trató de un discurso en el cual los legisladores usaron al derecho penal para poder cumplir con peticiones ajenas a la realidad, y que lamentablemente han beneficiado a los

intereses del gobierno de turno, logrando que el derecho penal se convierta en una herramienta para disuadir a los infractores.

En cuanto al principio de lesividad, se debe entender que no hay necesidad si no existe una lesión o daño, entonces se debe entender que entre el principio de necesidad y de lesividad existe una dependencia, por lo cual para poder hablar de existencia de necesidad, esta debe tener fundamento en la existencia de un daño, y este daño debe darse sobre un bien jurídico determinado.

Al hablar del principio de lesividad, se debe tomar en cuenta dos su principios, el principio de lesividad abstracto, el cual menciona que nadie puede ser castigado por un hecho que no ofenda bienes jurídicos de relevancia constitucional; y el principio de lesividad en concreto, en el cual se entiende que nadie puede ser castigado por un hecho que, aun correspondiendo a un tipo normativo de delito, no produzca en concreto, al bien por éste protegido, ningún daño o peligro.

El principio de lesividad abstracto, al consistir en una norma dirigida al legislador, debería formularse en la Constitución, mientras que el principio de lesividad concreto, al ser una norma dirigida a los jueces, podría ser previsto por la ley común. En ambos casos, este principio tiene la forma, que es propia de todas las garantías, de límite de la intervención penal.

Para evitar la arbitrariedad del Estado en la definición de un delito, en este caso del delito de terrorismo, antes debe precisarse lo que es protegido por el tipo penal. Decidir cuales objetos merecen protección penal debe ser un aspecto condicionado por los principios que definen la estructura de todo estado social y democrático de derecho.

En el libro primero del Código Orgánico Integral Penal se encuentra al bien jurídico como un criterio de clasificación de los delitos, además de ser el fundamento para la cuantificación de

la pena, la cual es puesta a criterio del legislador. Sin embargo que una conducta sea contraria a derecho no solo implica la contradicción con la norma, implica además la lesión o peligro efectivo de un bien jurídico protegido.

A pesar de que el principio de legalidad sigue siendo el pilar fundamental para el establecimiento de la sanción penal, se debe también cumplir con el principio de lesividad, el cual es tan importante que podría dejar de lado al principio de legalidad al momento de analizar una conducta presuntamente punible, así se entiende que a pesar de que una conducta se encuentre descrita en la normativa penal como delito, si esta conducta no lesiona de manera grave o pone en un peligro efectivo a un bien jurídico protegido, esta conducta no puede tener una sanción penal, pudiendo incluso llegar a una inaplicabilidad de la norma penal.

A lo anteriormente señalado se debe agregar que la intervención del derecho penal se justifica siempre y cuando las restantes ramas del derecho no sean suficientes para tutelar los derechos reconocidos en la Constitución, esto en aplicación al principio de mínima intervención penal.

Desde el principio de retributividad de la pena, se debe señalar que el delito de terrorismo debe tener una pena, siempre que exista el delito, por lo tanto no se puede hablar de una pena preventiva, además que la pena deberá ser proporcional al delito que se ha cometido, en el caso del delito de terrorismo, este incluye varias conductas, y cada una de estas conductas conlleva a un resultado diferente, en cuanto a gravedad y en cuanto a las consecuencias, esto podría dificultar la imposición de una pena proporcional y justa por parte del órgano jurisdiccional.

Además lo que busca el principio de retributividad de la pena es que la misma tenga un sentido utilitario en tanto que la pena sirve para el mantenimiento de la norma como modelo de dirección para la relación social.

Pasando el principio de economía o necesidad, aquí se habla de una necesidad en la tipificación del delito de terrorismo y de su pena, lo cual como ya se ha mencionado durante esta investigación, es un tema muy discutible puesto que las ideas sobre terrorismo son varias, además que existe una diferencia clara entre la concepción internacional de terrorismo, y la idea del mismo en el Ecuador, y en este sentido existen diversas maneras de materializar este delito, por lo tanto el principio de economía o necesidad, busca que las penas no sean crueles, y que solo sean impuestas cuando sea estrictamente necesario.

En razón del principio de economía, se habla de tolerancia y respeto a la dignidad humana, esto materializado en que es lo que merece una pena, siempre respetando los límites fundamentales del ejercicio del poder punitivo. Por lo tanto el legislador debe tener cuidado de no entrar en ámbitos que no le corresponden, por ejemplo ámbitos que son exclusivos de la moralidad del ser humano.

El contenido del principio de necesidad de la pena se ha integrado con varios subprincipios: extrema ratio, subsidiariedad, fragmentariedad, non bis in ídem, proporcionalidad, consideración de las consecuencias de la incriminación y alternatividad.

### **3.2 Terrorismo a través de los axiomas enfocados al derecho procesal penal**

El modelo garantista constituye las reglas del juego fundamentales del Derecho penal, por lo tanto los principios incluyen garantías no solo procesales sino penales, y la estructura de manea vinculada, según estén incluidos o excluidos por cada uno.

El principio de jurisdiccionalidad, principio de carga de la prueba y principio de contradicción, expresan las garantías relativas al proceso, y responden a las preguntas de cuándo y cómo juzgar.

El sistema procesal penal ecuatoriano, implica un modelo de juicio oral y acusatorio adversarial, que busca el respeto a las garantías procesales básicas contenidas en la Constitución, esto es oralidad, publicidad, inmediación, concentración y contrariedad. Esto da la oportunidad de que exista una igualdad entre quien va a someterse a un proceso penal y quien va a juzgar.

El debido proceso penal implica una serie de reglas procesales que se pueden identificar como exigencias mínimas para imponer una pena, reglas para que en los procedimientos penales se garantice la imparcialidad y la equidad, siempre respetando la dignidad de las partes intervinientes en el proceso.

Para Ferrajoli (1995):

Nadie podrá ser privado de su libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. (p.281)

Las garantías del debido proceso se contienen en los principios de: no hay culpa sin juicio, no hay juicio sin acusación, no hay acusación sin prueba y no hay prueba sin defensa.

Para que el delito de terrorismo cumpla con la idea garantista de Ferrajoli en el derecho procesal penal, se debe analizar cada uno de los principios enfocados al proceso penal, sin embargo se debe aclarar que no existe un sistema penal que sea o absolutamente garantista o autoritario, sino que se ha dado una convivencia entre estos.

Pero la Constitución del Ecuador, ha mostrado un sistema de derecho penal mínimo, el cual es garantista de los derechos de los ciudadanos, y el cual muestra la idea de que ninguna persona

que sea inocente será castigada, incluso asumiendo el riesgo de que una persona culpable quede impune.

Si se habla del principio de jurisdicción dentro del delito de terrorismo, se debe entender que antes de tachar a una persona de terrorista y de imponerle una pena, debe existir previamente un juicio en el cual se va a determinar la culpabilidad del procesado, entonces no importa si se considera al delito de terrorismo como un delito grave, nadie puede ser privado de sus derechos si no existe un proceso penal previo, y que contenga todas las garantías del debido proceso.

Este proceso debe ser público, con predominio de actuaciones orales, contradictorio y de dilaciones indebidas. De esta idea se deducen los principios de publicidad y contradicción en su esencia adversarial, con atributos de justicia pronta y de oralidad que favorece a la publicidad.

Ahora bien, conjuntamente con el principio de jurisdicción, está el principio acusatorio, por medio del cual se hace una diferenciación entre el juez y la acusación, se entiende que quien va a realizar la acusación debe ser una entidad o persona autónoma y deslindada, de quien va a cumplir la función de juzgador.

El principio acusatorio, no hay culpa sin acusación, más que hacer una distinción entre quien acusa y quien juzga, se debe iniciar el juicio con una acusación formal y quien hace esta acusación formal debe ser diferente a quien va a juzgar.

Debido a que el bien jurídico afectado en el delito de terrorismo es la seguridad del estado, no es necesario hablar sobre un hecho penalmente relevante, pues por la concepción de lo que implica el delito de terrorismo, resulta extraño pensar que una acción en vías de poner en peligro la seguridad del estado, no sea un hecho relevante para el derecho penal.

Sin embargo es tarea de quien realiza la acusación discernir si es adecuado o no continuar con la acusación aun cuando se ha comprobado que no es procedente continuar en ello, ya sea porque no se configuraron todos los elementos del tipo penal, o porque no se cuenta con las pruebas necesarias para comprobar la culpabilidad del imputado. El principio de acusación se deriva del derecho a la tutela judicial efectiva.

En cuanto a los principios de carga de la prueba y de contradicción, ambos están relacionados con el derecho a una legítima y eficaz defensa, en la que se pueda exponer argumentos, todas las partes procesales sean escuchadas, que existan pruebas obtenidas bajo las directrices otorgadas por la legislación.

Del principio de carga de la prueba, nace el principio de presunción de inocencia, que obliga a quien acusa a reunir las pruebas suficientes que borren ese estatus de inocencia. Se debe entender que toda actividad probatoria se regirá por el principio de inmediación, dando la oportunidad al juez de valorar la actividad probatoria y apreciar aspectos relevantes como los testigos.

Cuando se habla de la aplicación del principio de contradicción, se entiende que ambas partes se ponen al mismo nivel ante un tercero imparcial, en este caso el juez, por lo que no puede hablar de una relación entre delincuente y víctima.

En cuanto al principio de contradicción, este prohíbe la indefensión y permite que el debate procesal de desarrolle en términos de igualdad entre la acusación y la defensa.

A la víctima, que en el caso del delito de terrorismo es el estado, se le debe dar una posición neutral, pero como dar es neutralidad al estado como víctima, si es este el que tiene en sus manos el poder judicial, dando como resultado que la función de administración de justicia, tienda a convertirse en un instrumento conductor de finalidades políticas.

### **3.3 Incompatibilidad del delito de terrorismo con la teoría garantista**

Para hablar de la existencia de una compatibilidad del delito de terrorismo con la teoría garantista penal es necesario volver a la idea principal de esta investigación. Ferrajoli plantea dos puntos importantes en cuanto a la tipificación de los delitos: que castigar y como castigar.

Para esto se debe evidenciar la conexión entre los principios del garantismo penal, conexión que se observa de la siguiente manera: no puede haber una sanción sino existe un delito (principio de retribución); pero no puede haber delito sin ley previa que lo contemple (principio de legalidad); y no puede una ley prever una conducta como delictiva si no es necesario (principio de necesidad).

No hay necesidad si no existe una ofensa y, en consecuencia, un daño (principio de lesividad); pero no se puede considerar que haya lesión u ofensa si no hay acción (principio de materialidad o de exteriorización de la conducta), porque la mente por sí sola no delinque, la intención debe materializarse, pero no habrá acción sin culpa (principio de culpabilidad), lo que supone el juicio de reproche a quien, pudiendo actuar de otra manera, no lo hizo.

Por último, no puede haber culpa sin enjuiciamiento (principio de jurisdiccionalidad), lo que significa que para deslindar la responsabilidad del procesado es necesario seguir un procedimiento penal en donde se garantice la audiencia del procesado, proceso en el que previa acusación (principio acusatorio), se pruebe la acusación (principio de carga de la prueba), y tras garantizar la defensa del inculpado (principio de contradicción), se decida el conflicto y, por ende, sobre la responsabilidad penal y la sanción adecuada.

La idea de que existen ataques terroristas y la idea del terrorismo en sí, ha dado paso a que las legislaciones internas de casa país, den un valor especial al tratamiento de este fenómeno, sin embargo, todas las legislaciones coinciden en la necesidad de tomar medidas ante el terrorismo, pero dejan de lado la necesidad de darle una definición jurídica adecuada.

El legislador al momento de redactar e incluir un tipo penal debe tomar en cuenta varios aspectos, primero la realidad del país en la que se va a aplicar dicho tipo penal, y el hecho de tener una correcta técnica legislativa que permita una identificación clara de cuál es la conducta que va a sancionarse. El garantismo habla de una relación entre el derecho penal mínimo y la eficiencia; y entre el garantismo y el papel de defensa social del derecho penal; además de la relación entre el derecho penal mínimo y la credibilidad del derecho penal (Ferrajoli, 2010).

Para esto se debe tomar en cuenta el principio de legalidad, desde sus dos momentos, la legalidad formal, la cual sirve para mostrar al legislador cuales son los pasos que debe seguir para tipificar una ley pena, sin que eso signifique un limitante a cumplir solo lo que menciona la Constitución para la sanción legal de conductas que son contrarias a derecho, ya que el núcleo del principio de legalidad es la precisión que debe tener el legislador en la definición, sin ambigüedades, para que el ciudadano sepa con certeza que le está permitido o prohibido, garantizando de esta manera la seguridad jurídica.

Por lo tanto si el legislador no toma en cuenta el principio de legalidad formal, la intervención punitiva sería ilegítima, yéndose en contra de cualquier idea garantista que limita el ejercicio del poder punitivo del estado.

Si bien el derecho penal busca tutelar bienes jurídicos que son relevantes para mantener la convivencia social, es necesario determinar si realmente son relevantes, no se trata de tener la mayor cantidad de bienes jurídicos protegidos por un delito, se trata de que las ofensas que realmente se considera que podrán ser juzgadas de manera adecuada por el sistema jurídico, sean las que deban estar tipificadas.

Una vez que se realice una observación en cuanto a los bienes que realmente necesitan una protección del derecho penal, y por lo tanto las conductas que atenten contra estos, se

tipifiquen, se debe hablar de la siguiente idea, como se debe castigar. Es evidente que la forma tradicional de pena en el ordenamiento jurídico penal, es la privación de la libertad.

Una privación de libertad que es cuantificable y graduable en tiempo, primero por el legislador y segundo por el juez, en relación con la gravedad del delito. No es aislado el hecho de que la privación de libertad, tal como se la ha venido manejando por tanto tiempo en el Ecuador, no ha conllevado a una rehabilitación de las personas que se encuentran en los centros de reclusión, por el contrario ha significado aflicciones debido a las condiciones de vida que se mantiene ahí, afectando no solo el derecho a la libertad de las personas, sino a otros derechos que son fundamentales para el desarrollo integral.

Para Ferrajoli (2010) “tanto las aflicciones físicas como las psíquicas de la privación de libertad, le quitan a la pena carcelaria sus caracteres de igualdad, tipicidad, legalidad y jurisdiccionalidad” (p.204).

Si se toma en cuenta las ideas que nos otorga el garantismo penal, el delito de terrorismo en el Ecuador, al no mantener una definición y delimitación clara, no se sabe exactamente que conducta se está castigando, y si por otro lado, a quienes se acusa de cometer el delito de terrorismo, se los considera terroristas, la pena privativa de libertad no es la mejor alternativa para sancionar dicha conducta, por lo tanto se demostraría una carencia de compatibilidad entre los que presenta la idea garantista en cuando a la tipificación de un delito, ya que no se tiene claro que castigar y cómo hacerlo.

El delito de terrorismo, los actos terroristas y el terrorista, son conceptos que producen una coerción hacia quien vaya dirigida la acción de justicia, y van de acuerdo a la valoración que quien tenga en su deber aplicar la justicia al caso concreto debe hacer (Torres, s.f).

En el Ecuador es evidente la existencia de un abuso de la figura del terrorismo, la cual coincidentalmente en los últimos años ha sido aplicada a personas que son contrarias al

régimen, si se pierde la objetividad en la aplicación de los tipos penales, se pierde la objetividad en el proceso, y por lo tanto, se pierde la eficacia de todo.

La finalidad que tiene el Código Orgánico Integral Penal según su artículo primero, es *sancionar las infracciones de carácter penal, garantizar la seguridad de las y los ciudadanos y mantener el orden social*, finalidad que no es compatible con las propuestas por el garantismo penal, las cuales consisten en la prevención de los delitos y prevención de las penas arbitrarias, y la técnica de tutela de los derechos fundamentales.

Se entiende que el COIP es netamente un instrumento de control social que sirve para mantener el orden y la seguridad, por tanto, hablando del delito de terrorismo, el cual afecta directamente el orden y la seguridad es necesario tipificar esta conducta sin importar que se vaya en contra del principio de dignidad humana, ya que si no existe límites claros que muestren que es el delito de terrorismo y quien es terrorista, cualquier conducta puede ser tomada como terrorismo y cualquier persona puede ser terrorista.

El COIP en concordancia con la idea garantista de la Constitución, en su primer libro hace la selección de los comportamientos que merecen una sanción penal, esto atendiendo el principio de legalidad, comportamientos que deberán ser escogidos tomando en cuenta los principios de materialidad, lesividad y necesidad, por lo tanto solo serán punibles los actos que produzcan resultados externos, describibles y demostrables, que lesionen, o pongan en peligro, de manera grave un bien que haya sido reconocido constitucionalmente, y cuya punición sea útil e idónea para proteger determinado bien jurídico.

Finalmente Ramiro García Falconí (2015) afirma:

Terrorismo no es cualquier cosa, pues una definición laxa y vaga se presta simplemente para que se califique como tal, a cualquiera que ose disentir con el poder. Su existencia va necesariamente ligada a delitos de tal atrocidad, que ameriten la activación de los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. (p.12)

De lo que sí se puede hablar en el país, es de un terrorismo de estado, en donde el objetivo es imponer obediencia a quienes no comparten las ideas del gobierno. Sin embargo observando las ideas del garantismo penal, el COIP debería tener como finalidad establecer límites al ejercicio del poder punitivo y darle racionalidad a su uso. Se podría decir que el justificativo para tipificar el delito de terrorismo es una idea de protección preventiva, yendo en contra del principio de lesividad y de mínima intervención penal, tomando como base la “peligrosidad”.

En este sentido se tendría que el objeto de tutela es impreciso, y en consecuencia el comprobar la lesión al bien jurídico protegido es difícil.

Sin embargo la alternativa que queda es la de adaptar el ordenamiento jurídico penal, para que sin descuidar las garantías, se eficiente en el tratamiento de delitos como el terrorismo, sin caer en la idea de un derecho penal del enemigo. El poder punitivo del estado no puede recurrir a excesos y a la aplicación de métodos desproporcionados para el tratamiento de delitos como el terrorismo.

Se debe tener en cuenta que no por la gravedad del delito, el derecho penal debe olvidarse de los principios y garantías que este implica, no se debe dar un tratamiento especial a quienes son considerados terroristas, el derecho penal debe mantenerse en su postura tradicional, otorgando un proceso legal y un trato igualitario. No tiene ningún sentido el buscar un tratamiento especial o imponer reglas particulares de carácter procesal, pues solo se genera confusión.

El hecho de que al delito de terrorismo se le dé la categoría de un delito político, es razón suficiente para coincidir con la idea de Carrara (1998) “en el campo de los delitos contra la seguridad del estado no existe el derecho penal, en ellos no hay ni un delito ni una pena, sino una guerra y defensa directa” (p.525).

De esta idea nace la premisa de que el derecho penal es un instrumento inútil para enfrentar fenómenos como el terrorismo, llegando a la idea de una flexibilización garantista para que el derecho penal sea eficiente en esta tarea.

Plantear una “limitación a las garantías constituye un riesgo que debe prevenirse a toda costa; que el Derecho penal liberal propio de un Estado de Derecho no puede cometer la ingenuidad de cederle un espacio y menos aún su instrumento orientador” (Carnevali, 2010, p.112), determinado por los principios iluministas, a un Derecho penal autoritario, entendiendo como tal un derecho penal que enfatice en la seguridad o una mayor optimización en la protección de bienes jurídicos (Zaffaroni, 2006).

El fenómeno terrorista contiene varias características que no se pueden pasar desapercibidas y que, acreditan una postura en la dirección correcta. Además que, considerando las graves consecuencias que pueden derivarse de actos terroristas, adquiere particular relevancia el recurso de instrumentos dirigidos a la minimización de riesgos. Por tal motivo, la orientación del ordenamiento debe tener un carácter prospectivo más que de orden retrospectivo, como sí acontece en el Derecho penal clásico (Carnevali, 2010).

Para hablar de la existencia o no de una compatibilidad entre los postulados garantistas y el delito de terrorismo, es necesario primero mantener un concepto claro de lo que es el terrorismo, una vez que esto se dé, se puede hablar de una necesidad o conveniencia en cuanto al delito de terrorismo.

Existen varias posturas respecto de la necesidad de incluir el delito de terrorismo en el ordenamiento jurídico interno, por ejemplo una de esas posturas manifiesta que no es necesario incluir al delito de terrorismo en el derecho interno, ya que las conductas que lo constituyen están previstas como delitos distintos (Ebile Nsefum, 1985).

Además de analizar los principios del garantismo penal, ya sea aplicados al derecho penal sustantivo o al derecho procesal, la parte de análisis más importante es la técnica legislativa empleada, puesto que si bien las garantías del garantismo pueden representar un marco de acción y aplicación del poder punitivo del estado, es la técnica legislativa la que “verifica el desarrollo y tecnificación de las acciones u omisiones consideradas como delictivas” (Araujo, 2012, p.61). Es evidente que en el caso del delito de terrorismo, se habla de una vulneración a un bien jurídico que representa un peligro a la estabilidad y seguridad del estado.

El Código Orgánico Integral Penal, al presentar una modificación en la tipificación del delito de terrorismo, evidenció una falencia en la aplicación de la técnica legislativa en cuando a tipificación, procesamiento, juzgamiento y sanción, vulnerando de cierta manera el principio de legalidad material, la cual exige en materia penal una taxatividad y redacción precisas, además que su interpretación debe ser literal y restringida (Araujo, 2012).

La aplicación de una correcta técnica legislativa es el inicio de un proceso, a través de la misma se obtendrá un producto que será de obligatorio cumplimiento, y que permitirá la aprehensión del juicio de valor aplicado por el legislador y que, en un primer momento servirá para que la sociedad se oriente acerca de las conductas prohibidas y su consecuente pena, y luego en un segundo momento, la viabilización del ejercicio del poder punitivo, en donde entrarían todos los axiomas que la teoría garantista presenta (Araujo, 2012).

Si bien la interpretación restrictiva no es un principio independiente en el garantismo penal, se puede considerar dentro del principio de legalidad en cuanto que es necesaria para la elaboración y aplicación de las normas penales, y en su aplicación a un caso concreto, que permita declarar la existencia de la infracción y la responsabilidad de la persona que se procesa.

El aplicar la teoría del garantismo penal, tanto en las decisiones legislativas y judiciales, se evidencia en la idea de que estas sean legítimas, racionales y no contradictorias, formando un

marco en conjunto con las normas del ordenamiento jurídico, que limitan y condicionan el poder punitivo del estado.

Para Paulina Araujo (2012):

Al momento que el legislador y los juzgadores cuentan con un sistema dentro del cual podrán ejercer y poner de manifiesto el poder punitivo del estado, y tales directrices se basen en el principio de mínima intervención penal y de respuesta sancionadora como último recurso para actuar solo cuando el delito se ha manifestado, brindándose adicionalmente parámetros de racionalidad y de justicia de la intervención punitiva, que permita la tutela de los valores o derechos fundamentales, puesto que la pena es una segunda violencia que se añade al delito y que está programada y puesta en acto por el Estado contra un individuo, se ha presentado indudablemente una clara limitación a ese poder represivo estatal y ese freno o control del ius puniendi que lo contiene o reduce, es la razón de ser Derecho Penal. (p.73)

No puede dejar de tomarse en cuenta el principio de *ultima ratio* el cual debe ser pilar fundamental del derecho penal ecuatoriano, y se debe entender que la normativa penal no es el único mecanismo ni el más efectivo para la lucha contra el crimen, o en este caso para la lucha contra el terrorismo.

Es por esto que el bien jurídico protegido debe estar claramente determinado para la creación de normar y la consecuente aplicación de la justicia penal. Ideas como la “estabilidad política” o la “seguridad del estado”, muchas veces han dado paso para que se ejerza una política criminal que no respeta las garantías del debido proceso, y menos los derechos humanos.

Se olvida el verdadero sentido de expresiones como agresión terrorista y se deja de lado la necesidad de probar que ha existido el propósito de producir alarma colectiva, para convertir cualquier expresión de protesta en acto terrorista, dejando de lado elementos fundamentales del tipo, con el único propósito de asignar a la protesta consecuencias tales que desalienten el disenso e impongan la obediencia.

La implementación de figuras como el delito de terrorismo en el COIP, fueron una respuesta a la constitucionalización de la justicia penal, por lo que en su título preliminar se evidencian los principios y garantías constitucionales como preámbulo de la ley penal que se convierten en verdaderas normas para materializar la idea de mínima intervención penal.

No obstante, el escenario en que discutió su propuesta fue distorsionado por los discursos de inseguridad, la agendas internacionales y los intereses de colectivos sociales nacionales, los cuales a pesar de haber sido legítimos terminaron cediendo a una cultura del castigo.

El catálogo de delitos amplió las penas y creó nuevos tipos penales, a la vez que la parte procesal se halla fuertemente direccionada por el eficientismo de sustanciar y condenar a cada imputado con celeridad sin menor reproche al recogimiento de los derechos y garantías.

Además, la propuesta garantista no se limita a la normativa penal, es más pone principal atención en las constituciones las cuales según Ferrajoli (1995) deben ser entendidas hobbesianamente, es decir, como pactos de convivencia necesarios para regular conflictos, tensiones y problemas de las distintas subjetividades heterogéneas que componen la sociedad (p. 213).

Para que una Constitución y en consecuencia el ordenamiento jurídico en general, sea compatible con la idea garantista no basta con incluir derechos y garantías, debe tratarse de un pacto de no agresión, cuya razón social es la garantía de la paz y los derechos fundamentales de todos.

El derecho penal mínimo y la propuesta garantista, corresponden a un *ius puniendi* condicionado y limitado al máximo, respondiendo a un grado máximo de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, y a un ideal de racionalidad y certeza.

Como ya se ha mencionado el garantismo, viene de la mano con el constitucionalismo, que es la técnica de la libertad a través de la cual se les asegura a los individuos el ejercicio de sus libertades y derechos y al mismo tiempo se pone al estado en la posición de no poder pasar por alto dichos derechos y libertades.

Se debe exigir del estado una política penal que no se despoje del marco mínimo de protección para todos los procesados: garantías del debido proceso, respeto a los derechos fundamentales, tutela judicial efectiva, que aplique una protección internacional de los derechos humanos y que aplique los convenios y tratados a favor del reo (Arias, 2014).

Además que los jueces ecuatorianos asuman el rol de garantistas, aplicando los principios de derecho penal mínimo, que las medidas cautelares sean de ultima ratio y que respeten el principio de presunción de inocencia.

El ius puniendi del estado, a pretexto de combatir el terrorismo, permite a los estados una serie de prácticas que antes no eran permitidas, precisamente por vulnerar garantías fundamentales.

Por lo tanto el sostener un sistema basado en garantías, es la única forma de precautelar un derecho vinculado a las garantías del estado de derecho, aplicable a todas las personas sin exclusión de ninguna naturaleza.

## **CAPITULO 4 APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL GARANTISMO PENAL: CASO PRÁCTICO**

### **4.1 “Los 10 de Luluncoto”: delito de terrorismo**

Como último punto, dentro de esta investigación, se trasladará, toda la teoría analizada en páginas anteriores, en este caso práctico, el cual fue conocido a nivel nacional, como un precedente de lo que se considera como delito de terrorismo en el Ecuador.

Los 10 de Luluncoto, fue el nombre que este caso tan emblemático adquirió, ya que sus procesados fueron detenidos, en un allanamiento realizado en un inmueble ubicado en el sector de Luluncoto, de la ciudad de Quito, en el operativo denominado Sol Rojo. El derecho a un debido proceso, que es aplicable a la detención y el posterior procesamiento de presuntos terroristas, se desprende de varias fuentes, en el ámbito internacional, esta es una garantía que se encuentra en las Convenciones de Ginebra, además de estar en los tratados de derechos humanos; y en el ámbito nacional se encuentra en la Constitución nacional.

Este derecho a un debido proceso conlleva la aplicación de varios derechos procesales, el derecho a ser juzgados por un tribunal competente, independiente, imparcial y establecido por la ley; el derecho a un juicio público y una declaración pública de la sentencia; el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a la legítima defensa, entre otras garantías que aseguran que el proceso penal va a ser justo y legítimo. Además de incluir los principios del garantismo penal enfocados al proceso penal, principio de jurisdicción, principio acusatorio, principio de la carga de la prueba y principio de contradicción.

El operativo se llevó a cabo por miembros de la Unidad de Lucha Contra el Crimen Organizado, quienes presentaron evidencia de una supuesta vinculación de los procesados con el Grupo de Combatientes Populares (GCP), además de acusar a los 10 de planear actos de sabotaje y terrorismo, atentando contra la seguridad del estado.

La intervención de figuras públicas como el ministro del interior, José Serrano, y del mismo Presidente de la República Rafael Correa, dieron como resultado que el caso se popularizara en el país, ya que como mencionaron ambas autoridades, se trataba de la captura de los líderes del GCP (Grupo de Combatientes Armados), los cuales representaban una seria amenaza contra el estado y su seguridad.

#### **4.1.1 Fases del proceso**

Para un mejor análisis se dividirá al caso, en las fases del procedimiento ordinario que fue aplicado de acuerdo al Código Orgánico Integral Penal, tal como se indica en su Art. 583<sup>27</sup>:

*Etapas.- El procedimiento ordinario se desarrolla en las siguientes etapas:*

- 1. Instrucción*
- 2. Evaluación y preparatoria de juicio*
- 3. Juicio.*

Así se podrá explicar mejor el desarrollo de cada etapa y el estudio correspondiente de acuerdo a la teoría del garantismo penal y sus principios.

Sin embargo previo a la primera etapa del proceso, la instrucción, es importante mencionar la indagación previa, que se realizó para que todo este proceso se lleve a cabo.

Dentro de los hechos que forman parte de este proceso, y los cuales no presentan objeción alguna, tenemos que, 10 ciudadanos ecuatorianos, fueron detenidos, en un allanamiento realizado el 3 de marzo de 2012, en una vivienda ubicada en el barrio Luluncoto, ciudadanos que se encontraban reunidos.

---

<sup>27</sup> Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180. Publicado el 10 de Febrero de 2014.

El COIP en su Art. 480, nos habla del allanamiento y las condiciones bajo las cuales el domicilio o el lugar donde una persona desarrolle su actividad familiar, comercial o laboral puede ser allanado. Por lo tanto tenemos:

1. Cuando se trate de detener a una persona contra la que se ha dictado orden de detención con fines de investigación, prisión preventiva o se ha pronunciado sentencia condenatoria ejecutoriada con pena privativa de libertad.
2. Cuando la Policía Nacional esté en persecución ininterrumpida de una persona que ha cometido un delito flagrante.
3. Cuando se trate de impedir la consumación de una infracción que se está realizando o de socorrer a sus víctimas.
4. Cuando se trate de socorrer a las víctimas de un accidente del que pueda correr peligro la vida de las personas.
5. Cuando se trate de recaudar la cosa sustraída o reclamada o los objetos que constituyan elementos probatorios o estén vinculados al hecho que se investiga. En estos casos se procederá a la aprehensión de los bienes.
6. En los casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cuando deba recuperarse a la agredida, agredido, o a sus familiares; cuando la agresora o el agresor se encuentre armado o bajo los efectos del alcohol, de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización o esté agrediendo a su pareja o poniendo en riesgo la integridad física, psicológica o sexual de cualquier miembro de la familia de la víctima.
7. Cuando se trate de situaciones de emergencia, tales como: incendio, explosión, inundación u otra clase de estragos que pongan en peligro la vida o la propiedad.

En los casos de los numerales 1 y 5 se requerirá orden motivada de la o el juzgador y en los demás casos no requerirá formalidad alguna.

Para evitar la fuga de personas o la extracción de armas, instrumentos, objetos o documentos probatorios y mientras se ordena el allanamiento, la o el fiscal podrá disponer la vigilancia del lugar, la retención de las cosas y solicitar a la o al juzgador la orden de detención con fines investigativos para las personas que se encuentren en él. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, Art. 480)

Para realizar el allanamiento, y de acuerdo al Art. del COIP mencionado, el fundamento fue el numeral 1, es decir, se trataba de detener a una persona contra la que se ha dictado orden de detención con fines de investigación, en este caso se trataba de Cristhiam Royce Gómez Romero de 25 años, a quien se lo vinculaba con la explosión de bombas panfletarias tiempo atrás, en las ciudades de Guayaquil y Quito.

Sin embargo en dicho allanamiento se procedió a la detención de diez ciudadanos ecuatorianos: Cristhiam Royce Gómez Romero (25 años), Ana Cristina Campaña Sandoval (23 años), Jescenia Abigail Heras Bermeo (28 años), Pablo Andrés Castro Cangas (24 años), Luis Santiago Gallegos Valarezo (30 años), Fadia Elizabeth Tapia Jarrín (18 años), César Enrique Zambrano Farías (18 años), Víctor Hugo Vinueza Puente (48 años), Luis Alberto Merchán Mosquera (23 años) y Héctor Javier Estupiñán Prado (27 años).

Este allanamiento, fue realizado por la Fiscalía de delincuencia organizada transnacional e internacional de Pichincha, el 3 de marzo de 2012, se realizó mediante acto urgente (Art. 583 COIP) solicitado al Juez Vigésimo Segundo de Garantías Penales de Pichincha. El acto urgente que se llevó a cabo, fue justificado, en la idea de la detención de los presuntos líderes del Grupo de Combatientes Populares (GCP), “líderes” que se encontraban realizando reuniones en las cuales se organizaban y planificaban actos, que atentaban contra la seguridad del estado.

Además de la detención de los presuntos infractores, el juez también ordenó la incautación de todos los objetos y elementos que pudiesen estar relacionados con la infracción y que más tarde, durante el proceso, servirían como prueba del cometimiento del delito.

Pero antes de continuar con el estudio de este proceso penal, se debe hacer una pausa, para analizar la legalidad y legitimidad de los actos que se estaban produciendo. Para esto hay que ir al origen, el 30 de noviembre de 2011, agentes policiales inician una investigación a la cual

se le denomina “Sol Rojo”, investigación que se inició con motivo de la explosión de bombas panfletarias en Guayaquil y en Quito.

A partir del mencionado acontecimiento, tiempo más tarde, se inicia una investigación sobre Royce Gómez (uno de los 10 de Luluncoto), puesto que, según lo que evidencia el expediente de la causa, el figuraba como miembro de la organización que ocasionó las explosiones panfletarias. Desde febrero del 2012, tiempo en el que se inicia la investigación en contra de Gómez, un agente policial inicia un seguimiento en su contra. Para el jurista Ramiro Ávila (2013) es inconcebible la idea de una investigación de esta naturaleza, sin una dirección correcta de fiscalía, y sin que la información obtenida de dicha investigación, haya sido analizada de forma adecuada por el juez. (p.29)

Sin embargo, dicha investigación fue el justificativo, para que se restrinjan derechos tan importantes, como el derecho a la libertad, a los 10 ciudadanos detenidos en Luluncoto, y no solamente a Royce Gómez, lo cual deja abierta la posibilidad de pensar en la existencia o no de una validez jurídica, de las investigaciones llevadas a cabo.

La idea de una supuesta relación entre la explosión de varias bombas panfletarias y los objetos encontrados en la vivienda donde se realizó la reunión donde los 10 ciudadanos fueron detenidos, fueron razón suficiente para en base al principio de lesividad y el principio de materialidad de la acción, indicar que efectivamente hubo un daño y se puso en peligro al bien jurídico protegido, en este caso la seguridad del estado.

#### **4.1.1.1 Instrucción**

Continuando con el análisis del caso, dejando de lado la indagación previa realizada, para iniciar formalmente el proceso, y según el Art. 591 del COIP, esta etapa se inicia con la audiencia de formulación de cargos, y se realiza cuando el fiscal cuenta con los elementos suficientes para poder teorizar una imputación.

En base a lo que indica el principio acusatorio, la Fiscalía como organismo acusador es quien debe recopilar las pruebas suficientes que deslegitimen la calidad de inocentes que a pesar de mantenerse en prisión preventiva, aun ostentan los 10 de Luluncoto.

En base a la investigación iniciada, fiscalía determina que, el día 3 de marzo de 2012, día en que ocurrió la detención, los líderes de la banda organizada, se reunirían en la ciudad de Quito, para la planificación de actos que atentaría contra la seguridad pública. Para la fiscalía y para el juez, las pruebas recopiladas desde la investigación y el día del allanamiento, fueron pruebas suficientes para justificar la existencia de un delito contra el Estado, y en base a esto, se da inicio a la instrucción fiscal en contra de los 10 detenidos.

Durante la audiencia de formulación de cargos, la fiscalía mencionó, que los presuntos infractores pertenecían a una banda organizada, la cual tenía planificado actos para provocar alarma social. Además, fiscalía indicó que desde el año 2011, se había ya iniciado una investigación a esta “banda organizada”, la cual tendría actividades a nivel nacional, y a quienes también se los relacionó con la explosión de bombas panfletarias, en Cuenca, Quito y Guayaquil.

Sin embargo, en este punto se debe destacar, que desde la etapa de indagación previa, después de realizada la detención de los presuntos infractores, hasta que se llevó a cabo la Audiencia de Formulación de cargos, y tal como lo expresa la resolución dada por el Juez Vigésimo Segundo de Garantías Penales de Pichincha, a cargo del caso, hasta este momento procesal, no se individualiza el delito por el cual, los 10 ciudadanos detenidos están siendo juzgados, siendo un claro atentando a los derechos constitucionales del debido proceso contenidos en el Art. 76 de la Constitución y en el Art. 5 del COIP, ya que se estaba aduciendo que los acusados eran presuntos responsables, no de uno, sino de varios delitos, condenándolos a una indefensión.

Además que según el Art. 595 numeral 2 del COIP, la formulación de cargos deberá contener: *La relación circunstanciada de los hechos relevantes, así como la infracción o infracciones penales que se le imputen.* Pero al no determinar un tipo penal exacto, o determinar la infracción penal que se estaba imputando a los 10 procesados, se volvería a pensar en una invalidez del proceso.

La única luz que se da al respecto, es el hecho de que la infracción cometida por los procesados se encuentra tipificada en el libro II del Código Penal, de los Delitos en Particular Título I de los Delitos Contra la Seguridad del Estado.

El Juez Vigésimo Segundo de Garantías Penales, menciona que no se hace la individualización del tipo penal, debido a que la fiscalía aún se encuentra 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” (Ávila, 2013, p.32).

Debido a que los abogados defensores, no pudieron justificar el arraigo social de sus defendidos, el Juez ordenó la prisión preventiva para 9 de los 10 procesados, se excluyó a la procesada FADUA ELIZABETH TAPIA JARRÍN, ya que se evidenció que se encontraba en estado de embarazo, por lo cual se le dio arresto domiciliario con supervisión y vigilancia policial, como medida alternativa, según lo que establecía el Art. 160 numeral 11 del Código de Procedimiento Penal, actual Art. 537 del COIP.

Aquí se encuentra otra violación de derechos, puesto que en ninguna parte de la legislación ecuatoriana, se menciona que el arraigo debe ser probado, por el contrario, se debe tomar en cuenta que la prisión preventiva es una medida que se aplica por excepción y en casos determinados por la ley misma.

La prisión preventiva es una medida que busca garantizar la comparecencia de los procesados, además del posterior cumplimiento de la pena, y debe existir una petición fundamentada por

parte del fiscal al juez para que se acepte la misma. Si se observa los requisitos que se deben dar para que proceda la prisión preventiva, Art. 534 COIP, se muestra lo siguiente:

- 1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.*
- 2. Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción.*
- 3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena.*
- 4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.*

En el numeral primero se habla de elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito, pero como ya se ha mencionado, desde el principio del proceso, no se determina cual es la infracción por la que serán procesados, los 10 detenidos, desde aquí, ya se encuentra un argumento en contra de la aplicación de la prisión preventiva. En el numeral segundo en cambio se habla de elementos que determinen la autoría o responsabilidad, pero de nuevo, se vuelve al primer problema, si no se sabe cuál es la infracción por la cual se juzga, como se puede determinar si existe o no elementos de responsabilidad.

La falta de motivación para que se aplique la prisión preventiva como medida cautelar es evidente, sin embargo la petición fue aceptada.

Los abogados defensores, apelaron la prisión preventiva, sin embargo la Corte Provincial de Pichincha, menciona que “los procesados si salen en libertad iban a obstaculizar la investigación procesal y que había la existencia de peligro para la sociedad, además que se alteraría el descubrimiento de la verdad fáctica y jurídica que comporta en debido proceso”<sup>28</sup> (Ávila, 2013, p.34).

---

<sup>28</sup> Expediente 2012-020 Juzgado Vigésimo Segundo de Garantías Penales de Pichincha. Foja 59,

Para Ferrajoli (1995) “la prisión preventiva es una institución intolerable porque equipara al imputado con el culpable, imponiéndole materialmente un castigo ante el temor de que el sujeto pueda reincidir en un delito todavía no probado” (p.521). El hecho de privar de la libertad a estos 10 ciudadanos con la idea de prevenir un delito que no se ha cometido, en nombre de un delito que tampoco ha sido probado, es una total aberración a las garantías del debido proceso, específicamente a la garantía del debido proceso.

Finalmente, se determinó que los procesados, serían juzgados por el tipo penal contenido en el Art. 160 del Código Penal, sin embargo al finalizar el proceso, se los sancionó por el tipo penal contenido en el Art. 160.1 del Código Penal, correspondiente al Art. 366 del COIP, lo cual como ya se menciona en líneas anteriores va en contra de los principios del debido proceso, y en aplicación a la teoría garantista penal analizada en esta investigación se violan varios principios. Además se debe señalar que si bien el Art. 366 del COIP tipifica la conducta del terrorismo, esta no es equivalente a las conductas de los artículos del Código Penal anteriormente mencionados.

Tipo penal abierto y ambiguo, que no delimita claramente lo que constituye su núcleo de conducta, rompiéndose el principio de legalidad y tipicidad, además que si bien existen pruebas, ninguna de estas conlleva a una seguridad total, del cometimiento de un delito, se hacen especulaciones sobre posibles conductas y acciones que pudieron haberse dado, pero no se evidencia nada concreto, se está acusando de terroristas a 10 personas, basándose en supuestos.

#### **4.1.1.2 Evaluación y preparatoria del juicio**

Continuando con el proceso, una vez que el tiempo de la instrucción fiscal, terminó, se llevó a cabo la Audiencia de Juzgamiento ante el Tercer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha. En esta audiencia, se receptaron las versiones de los testigos, tanto de la fiscalía como de los procesados.

A pesar de que la fiscalía presento varias pruebas, entre las que constaron, los objetos obtenidos en los allanamientos realizados, y los testimonios de los agentes policiales que habían participado en la investigación, no fue posible determinar la existencia de pruebas suficientes que acrediten la calidad de responsables del delito de terrorismo, por el cual estaban siendo procesados los 10 ciudadanos detenidos.

Sin embargo, durante todo el proceso, es evidente como tanto la fiscalía como los agentes policiales, se empeñan en relacionar a los detenidos con organizaciones políticas estudiantiles, movimientos como el Movimiento Popular Democrático, y se busca de manera constante, el ponerlos como los responsables de las bombas panfletarias que explotaron en Cuenca y Guayaquil, responsabilidad que nunca fue probada. Se debe mencionar que el hecho de pertenecer a un movimiento político, sea este reconocido o no por el estado, no constituye en ningún momento un delito, por el cual una persona deba ser procesada, es además el derecho a la libre asociación, un derecho que está consagrado en la Constitución de nuestro país.

Del análisis de este caso, se puede evidenciar que no hay prueba material o testimonial, que sea lo suficientemente fuerte, como para determinar la responsabilidad penal de los procesados, como miembros de organizaciones terroristas o como autores del estallido de las bombas panfletarias.

Se basa la teoría del caso, en elementos que vinculan a los procesados con el grupo de combatientes, además en el expediente se menciona que se encontraron manuales de operaciones tácticas de asalto y de cómo armar bombas, sin embargo, se puede decir que si bien con estos elementos se podría probar la existencia de un grupo terrorista, este no es argumento suficiente para que se continúe con todo este proceso.

Es aquí donde podemos notar, el poder que tiene el Estado al momento de juzgar a una persona, a quien fácilmente, se la puede convertir en enemigo para la sociedad, y se evidencia la teoría de Ferrajoli (2010) la cual menciona que:

El derecho penal del enemigo invierte este esquema. En él la predeterminación legal y la averiguación judicial del hecho punible ceden el puesto a la identificación del enemigo, que inevitablemente, al no estar mediada por la prueba de actos específicos de enemistad, se resuelve en la identificación, la captura y la condena de los sospechosos. En efecto, el enemigo debe ser castigado por lo que es y no por lo que hace. El presupuesto de la pena no es la realización de un delito, sino una cualidad personal determinada en cada ocasión con criterios puramente potestativos como los de sospechosos o peligroso. (p.242)

El informe presentado por el Observatorio de Derechos y Justicia del Ecuador, evidencia la teoría de Ferrajoli antes mencionada, ya que se indica que en la audiencia ante el Tribunal de Garantías Penales, al dar su testimonio, uno de los agentes policiales, al ser repreguntado por uno de los abogados defensores, respecto de la evidencia de la culpabilidad de los procesados, este menciona que, los agentes policiales solo se limitaron a investigar a la organización, mas no a identificar a las personas.

Se entiende que el objetivo de la investigación policial, fue determinar la existencia una organización irregular, en este caso el Grupo de Combatientes Populares (GCP), mas no determinar la responsabilidad penal de los 10 procesados, situación que de nuevo, además de poner en indefensión a los procesados, va en contra de varios de los principios que la teoría garantista de Ferrajoli presenta.

#### **4.1.1.3 Juicio**

Finalmente el Tercer Tribunal de Garantías Penales, condena a los procesados a un año de prisión correccional, por haberlos encontrado culpables del delito de tentativa de actos de terrorismo, es importante recordar, que este no fue el tipo penal inicial en el proceso, lo cual como ya se analizó, dejó en total indefensión a los procesados. Sin embargo a criterio del Tribunal, los “10 de Luluncoto”, fueron acusados de ser parte de una asociación, que a través de fines sociales y políticos, tenían como finalidad de atentar contra la comunidad.

Los “10 de Luluncoto”, fueron injustamente detenidos y sancionados, puesto que no existió prueba material o testimonial, que determine que ellos adecuaron su conducta al tipo penal establecido en el Art. 160 del Código Penal, tipo penal que posteriormente fue cambiado por el contenido en el Art. 160.1, delito por el cual si fueron sancionados, actualmente Art. 366 del COIP. A pesar de que en todos los artículos se habla de terrorismo, el Art. 160 habla de actos de terrorismo, mientras que el Art. 160.1 trata de terrorismo organizado, y en el Código Orgánico Integral Penal, el Art. 366 abarca todo lo que corresponde al terrorismo.

Para el primer tipo penal, la fiscalía debió comprobar que efectivamente anterior a la detención o al momento de la misma, como delito flagrante, los acusados tenían en su poder elementos químicos, explosivos, u objetos relacionados a una intención de causar daño a la propiedad privada, propiedad pública o a personas, pero las evidencias encontradas se limitaban a manuscritos, libros, vestimenta, música, perteneciente a grupos de izquierda, lo cual en ningún momento constituye delito alguno.

Y para el segundo tipo penal, era necesario que la fiscalía, pruebe el hecho de que los procesados eran sujetos activos de lo que establece el Art. 160.1, de terrorismo organizado. “El estándar del juez, para juzgar el terrorismo, es: violencia indiscriminada, imprevisibilidad, infunde terror. Nada de esto existió siquiera en la explosión de las bombas panfletarias, ni en la reunión del 3 de marzo de 2012” (Ávila, 2013, p.34).

Sin embargo para que todo este proceso tenga sentido, la teoría del caso que terminará por convencer al juez, debe tener varios elementos que deberán ser probados. Hablamos de: acción, objeto, finalidad y actor(es). Si se analiza desde el tipo penal del Art. 160, el cual tiene que ver con fabricación, suministro, adquisición, sustracción, uso de bombas explosivas con la finalidad de atentar contra la seguridad común de las personas y los bienes, el análisis de los elementos se podría hacer de la siguiente manera:

En cuanto a la acción, tenemos la gran cantidad de verbos rectores que componen el tipo penal de terrorismo, pero del análisis del expediente se obtiene dos conductas aisladas, esto es la explosión de las bombas panfletarias, y la segunda es la reunión en la cual se produjo la detención de los 10 ciudadanos. Si bien en la primera conducta se podría hablar de uso, lo cual si se encuentra dentro de uno de los tantos verbos rectores del tipo penal analizado, el usar, en base a esto no se tiene elementos que nos lleven a una persona determinada que sea responsable de este uso.

Ahora bien, del expediente del caso, se puede evidenciar que dentro de los elementos recopilados en la reunión, se encontró un manual para hacer bombas, lo cual, no se relaciona con fabricar o usar bombas. Para Ramiro Ávila (2013) esto se puede comparar a “tener un libro cualquiera de Stephen King y ver cómo se mata de forma horrorífica. Nadie sería tan loco de seguir un juicio por asesinato con agravantes, por el solo hecho de tener un libro sobre muertes producidas terroríficamente” (p.35).

Continuando con el análisis, tenemos el objeto, el cual es la bomba, en la explosión de las bombas panfletarias, existe evidentemente el objeto, es más, se realizaron los peritajes pertinentes, pero en la reunión en la cual se realizó la detención de los 10 ciudadanos, en ninguna parte encontramos el objeto, es más ni siquiera se encuentran los materiales para hacer una bomba.

En este caso, no se presentaron testigos que probaran una relación entre los procesados y los hechos, además de las versiones repetitivas de los agentes policiales que participaron en el operativo, ninguna de las pruebas presentadas, demostró que en efecto alguno de los procesados estuvo físicamente en alguna de las ciudades en donde explotaron las bombas panfletarias. Las pruebas de descargo fueron totalmente descartadas por los jueces del Tribunal, dejando a los procesados sin el derecho a una legítima defensa, y dejando de lado el principio de contradicción contenido en la teoría garantista analizada en esta investigación

La finalidad, de acuerdo a lo que determina el Art. 160, es atentar contra la seguridad de las personas y los bienes, y según lo que se concluye de los hechos ya enunciados, en ningún momento se logra esta finalidad. Por último tenemos el actor o actores, es aquí en donde se debería evidenciar un nexo causal entre acción y el actor o actores, volviendo a lo que consta en el expediente del caso, para la fiscalía, los agentes policiales y el juzgador, el nexo causal se evidencia en el momento en que, al realizar la investigación a Royce Gómez, en su blog y en su cuenta de facebook se encontraron imágenes que coinciden con las imágenes encontradas en la explosión de las bombas panfletarias, lo que relaciona a Gómez como responsable de dicha explosión y lo que más tarde serviría de argumento para el allanamiento realizado en la reunión en la vivienda de Luluncoto en la que Gómez también se encontraría.

Para que el nexo causal sea válido, debe existir una relación lógica de causa y efecto, pero por el contrario en este caso se tiene una relación sin mucho sentido.

Algo así como: si exploto bombas panfletarias con una foto del presidente Santos, entonces cuelgo la misma foto en mi Facebook. Si cuelgo la misma foto, entonces me reúno el 3 de marzo con desconocidos. Si me reúno con desconocidos, soy fabricante de bombas (Ávila, 2013, p.36).

Se habla entonces de un nexo causal, casi inexistente y lo suficientemente débil como para dudar de la legitimidad y legalidad de todo este proceso. Es más si tomamos en cuenta el principio de presunción de inocencia, que rige nuestro sistema acusatorio penal, es indispensable que quienes acusan tengan las pruebas suficientes que rompan con ese status de inocencia que la ley otorga por principio a quien atraviesa un proceso penal. Y como es evidente en este juicio, no existieron las pruebas suficientes para quitar el status de inocencia a los 10 de Luluncoto, sin embargo se dio la sentencia condenatoria.

Es por esto que después de la sentencia del 26 de febrero de 2013, a un año de prisión por el delito de tentativa de terrorismo que se les dio a los 10 procesados, estos presentaron la apelación a la sentencia.

La resolución de la apelación tomo un tiempo considerable, pero a pesar del tiempo, la Tercera Sala Penal de la Corte de Justicia de Pichincha, negó la apelación, su motivación, fue la existencia clara del delito, lo cual como ya se ha manifestado anteriormente, no es así, además se habla de una responsabilidad, la cual tampoco es comprobada totalmente con las pruebas aportadas durante el proceso, con esto se ratifica la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales.

Se evidencia la manipulación de las leyes en esta sentencia, la motivación policial empeñada en inculpar como autores de las explosiones de las bombas panfletarias, la fiscalía y la deficiente investigación basada en indicios abstractos, y las pruebas que si bien están orientadas a demostrar un hecho, ese hecho no tiene nada que ver con el delito de terrorismo.

Para los 10 de Luluncoto, la apelación pudo haber sido su carta de salida, sin embargo quedan otros medios, presentar el recurso de casación, y recurrir a instancias internacionales, en busca de justicia.

#### **4.1.2 Audiencia de Casación**

Finalmente después de casi tres años de este proceso, el cual fue calificado como reservado, la Corte Nacional de Justicia, terminó declarando la extinción de la pena a los procesados, anulando el fallo que dio la Corte Provincial.

El argumento atendido por los jueces, fue el de la inexistencia del tipo penal, y por lo tanto se aplicó el principio de favorabilidad, el cual según el COIP Art. 5 numeral 2, se deberá aplicar en el caso de que exista conflicto entre dos normas de la misma materia y que contemplen dos sanciones diferentes. A los 10 procesados se les encontró culpables del delito contemplado en el Art. 160.1 del Código Penal ya derogado, delito que fue suprimido del actual Código Orgánico Integral Penal, y por lo tanto ya no existe.

Sin embargo, el aplicar el principio de favorabilidad, no es exactamente la mejor decisión por parte de la Corte Nacional de Justicia. Los 10 ciudadanos culpables de terrorismo, perdieron su condición de inocentes en un proceso en el cual jamás existieron las pruebas suficientes que demuestren que ellos planeaban actos para desestabilizar la seguridad del estado, o las pruebas de que ellos fuesen los responsables de la explosión de las bombas panfletarias, y si no existía esa certeza, nunca debieron ser condenados; y con esta sentencia de casación se da el mensaje equivocado, esta sentencia implica que se les sigue reconociendo como culpables, pero que la ley les ha otorgado un beneficio, que “lamentablemente” debe ser aplicado.

## **4.2 Principios Constitucionales del proceso penal**

Para poder acceder a la justicia, las partes deben someterse a varias formas que la ley impone, estas formalidades constituyen una garantía que la Constitución otorga y que han de respetarse en el proceso penal. Los principios que se inducen de la Constitución de cierta manera pueden considerarse como principios de carácter general, y participan de la fuerza normativa que tiene la Constitución en comparación a las demás normas del ordenamiento jurídico.

En el Estado Constitucional, la Constitución determina el contenido de la ley, el ejercicio de la autoridad y la estructura del poder. La Constitución es material (contiene derechos), orgánica (señala los órganos que forma el estado) y procedimental (establece mecanismos de participación pública para la formación de leyes y toma de decisiones). Los derechos de las personas son límites del poder y vínculos (los poderes de los estados están obligados a efectivizarlos. (Ávila, 2011, p.120)

Los principios toman cuerpo y sustancia dentro del ordenamiento jurídico, en el momento en que son transformados en derecho positivo, ya sea por los órganos jurisdiccionales o por el legislador.

En general para el ejercicio de derechos la Constitución ecuatoriana determina los principios por los cuales hay que regirse:

**Art. 11** <sup>29</sup> .- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.
2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

---

<sup>29</sup> Constitución de la República del Ecuador 2008. Registro Oficial 449.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales

actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.

Además del articulado anterior, en el Art. 76 se encuentra las garantías básicas que deben cumplirse para asegurar el derecho al debido proceso, aquí se encuentra el principio de presunción de inocencia en el numeral 2, el principio de legalidad en el numeral 3, principio de carga de la prueba en el numeral 4, principio de favorabilidad en el numeral 5, principio de proporcionalidad en el numeral 6 y principio de contradicción en el numeral 7.

Adicional a estos principios, el Art. 77 habla específicamente del proceso penal en el cual se haya privado de libertad a una persona, en este caso se tiene principios como la excepcionalidad de la prisión preventiva y la legalidad de la misma.

Es probable que el principio que está relacionado de manera estrecha con el proceso penal, es la presunción de inocencia, pues si el proceso ha de enderezarse a la prueba de unos hechos que constituyen al sujeto en culpable, es obvio que mientras tales hechos no sean objeto de verificación en una sentencia, el imputado sigue siendo inocente.

Para que los principios constitucionales del debido proceso se cumplan, es necesaria la existencia de una rigurosa separación entre las tres figuras fundamentales del proceso, el acusador, la defensa y el juez. Y quien debe destruir la presunción de inocencia es la parte acusadora, mas no el juez, quien debe asumir el papel de espectador imparcial y garante de las reglas del procedimiento (Prieto, 2011, p.168).

Otro de los principios constitucionales del proceso, es la publicidad procesal, que si bien representa una garantía secundaria, es el único modo de asegurar que se han satisfecho las garantías básicas de la imputación, la carga de la prueba, y el principio contradictorio. La publicidad procesal busca dar transparencia a todas las actuaciones procesales, dando como resultado a la regla general en los procesos de que toda actuación judicial es publica, salvo que la ley determine lo contrario.

Finalmente se debe incluir a la motivación como un principio trascendental, ya que esta representa la garantía de cierre del sistema judicial. Se debe entender a la justicia como:

Una relación de saber y poder, que en cuanto más se tenga de saber, menos de poder, la exigencia de motivación y el control sobre la misma son el principal exponente del saber y por tanto de la legitimidad, has el punto de que el papel asignado a la motivación es uno de los criterios más seguros para discriminar entre cognoscitivismo y decisionismo judicial, entre garantismo y sustancialismo penal. (Prieto, 2011, p.172)

En los principios constitucionales para el proceso penal, se debe destacar que al ser principios que se encuentran en el texto constitucional, quienes aplican los principios no deben inducir nada al respecto de los mismos, simplemente deben apreciar el sentido del principio para el supuesto que se esté tratando. Tanto la norma constitucional como los principios en ella incluidos deben gozar de una laxitud.

### **4.3 Argumentos Jurídicos para la aplicación del tipo penal de terrorismo**

En este punto de la investigación se debe tomar en cuenta dos posturas, primero la postura que se mantuvo por la fiscalía y los juzgadores hasta antes de que el caso llegue a la Corte Nacional por el recurso de casación, y la postura de los acusados y sus abogados defensores.

Si bien es cierto que a través del análisis del expediente del caso y su observación a través de la doctrina del garantismo penal, de sus principios, de los principios que la legislación penal y constitucional ecuatoriana, se pudo observar ciertas falencias para la correcta aplicación del tipo penal de terrorismo, o de tentativa de terrorismo (tipo penal que finalmente fue aplicado), los abogados defensores de los procesados, se mantuvieron firmes al mencionar que no existía motivación ni argumento jurídico valido para iniciación del proceso y peor para la aplicación de ese delito.

Ellos afirman que existen motivos más allá de una lucha contra el terrorismo, hablan de la existencia de intereses políticos, los cuales llevaron a una dilatación excesiva del proceso. Para los acusados y sus abogados, durante todo el proceso existió arbitrariedad y persecución.

La fiscalía y los órganos de administración de justicia, hasta antes de la casación, concuerdan en que se realizó el análisis suficiente de todas las piezas procesales, por lo cual la sentencia que se impuso fue acorde a derecho.

Para la Fiscalía bastaron cuatro argumentos para considerar que los procesados era culpables de tentativa de terrorismo, primero se trataba de personas que se encontraban en un lugar determinado, segundo estas personas venían de diferentes partes del país, tercero estas personas coincidentalmente eran de los mismo lugares en donde se dieron las explosiones de las bombas panfletarias, y cuarto las evidencias que encontraron al momento de realizar el allanamiento a los domicilios de los 10 procesados se encontraron evidencias que hacían presumir que ellos era parte del Grupo de Combatientes Populares.

Si a los 10 de Luluncoto se les procesó y acusó por su vinculación con la explosión de bombas panfletarias, lo más lógico era que la fiscalía tome esto como su argumento jurídico principal, y con pruebas demostrar que así fue, por el contrario el trabajo de la fiscalía se limitó a tratar de demostrar que los 10 procesados formaban parte del Grupo de Combatientes Populares, no fue necesario para la fiscalía demostrar la existencia de la infracción penal y mucho menos la responsabilidad de los procesados.

Se podría hablar una manipulación de las leyes con fines políticos, pero antes, es necesario afirmar que sin los argumentos correctos cualquier delito contenido en la normativa penal, y que no esté descrito de manera clara y taxativa, corre el riesgo de ser arma de un poder punitivo que busca solo responder a sus intereses en lugar de buscar la seguridad jurídica.

El Tribunal de Garantías Penales, declara culpables a 10 ciudadanos, por haberlos encontrado culpables de la explosión de varias bombas panfletarias, una vez más se aclara, que no se contó con las pruebas suficientes para que este argumento sea válido. Ahora casi tres años después, en Audiencia de Casación, la Corte Nacional de Justicia, declaró la extinción de la pena, en aplicación del principio de favorabilidad.

El principio de favorabilidad, principio procesal, contenido en la Constitución, manifiesta que en el caso de que existan dos normas de la misma materia, que se encuentren en conflicto, y las cuales contemplen sanciones diferentes, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando la promulgación sea posterior a la infracción.

El Código Orgánico Integral Penal contempla en un solo artículo el tipo penal de terrorismo, al contrario del Código Penal anterior el cual contenía varias manifestaciones de terrorismo, por lo tanto la normativa penal actual no contenía el delito por el cual los 10 ciudadanos fueron acusados, razón por la cual no podían ser condenados.

#### **4.4 Delito de terrorismo como delito de derecho penal del enemigo o derecho penal autoritario**

Si bien el terrorismo como fenómeno social está ganando terreno a nivel mundial, durante esta investigación se ha aclarado que la concepción globalizada de terrorismo no es igual a la concepción de delito de terrorismo que se encuentra en el Ecuador, y menos en las formas que ha sido aplicado, en los casos como el analizado. Sin dejar de lado que el caso de Los 10 de Luluncoto, no es el único.

La teoría del derecho penal del enemigo, hace una mención a la existencia de un ordenamiento jurídico que hace una distinción entre las personas que mantienen una fidelidad al gobierno de turno, y entre las personas que mantienen ideas contrarias al mismo y por lo tanto se considera que tienen como fin la desestabilización del estado.

Para este último punto de análisis se tendrá al derecho penal como una herramienta política, lo cual ha ocurrido durante años en el país, pero esto se debe a los orígenes propios de la creación del derecho, se habla de la época en la que las personas eran castigadas por desobedecer al monarca, al líder. A través del tiempo se ha ido buscando combinar la idea de racionalización en el uso de ese poder, sin embargo se habla de un poder tan grande que es capaz de privar de derechos a las personas de una manera legítima, como en el caso de la privación de libertad en la prisión preventiva, y al ser un poder tan grande e incontenible, puede convertirse en un arma para quienes manejan ese poder.

Al derecho penal se lo debe tomar con mucha conciencia y racionalidad, ya que este tiene grandes alcances, y si está en las manos incorrectas puede causar mucho daño a la sociedad en la que se le está aplicando. Combinar el poder político con el poder punitivo, es un arma de doble filo, que por un lado busca la protección de la convivencia social, y por el otro puede servir como un pretexto para conseguir fines políticos.

Se debe tomar en cuenta que cuando se habla de poder punitivo del estado, no es solo la tipificación de conductas delictivas, aquí también se incluye al proceso penal para juzgar esas conductas delictivas tipificadas, y finalmente las penas que se van a aplicar. Es un cadena en donde cada una de las partes es importante, y si una está mal enfocada o es mal utilizada, las otras pierden su sentido y objetividad.

Durante varios años y con la evolución social, se han ido construyendo filtros, que permitan un uso racionalizado de este poder punitivo, aquí entran teorías como la desarrollada en este trabajo, el garantismo penal, el cual como ya se ha mencionado, busca fijar límites al uso del derecho penal, en base al respeto de los derechos humanos y principios fundamentales.

Para el catedrático de David Cordero (2013) en cuando a la racionalización del uso de este poder, se ha visto un retroceso en los últimos años, “en especial después del 11 de septiembre

de 2001, se ve un notorio retroceso de la limitación de estos poderes bajo dos figuras introducidas al campo jurídico: “el terrorismo” y “el derecho penal del enemigo” (p.1).

Como ya se mencionó en el capítulo en que se desarrolló al terrorismo, el principal problema es la inexistencia de una definición en consenso a nivel internacional, lo que da paso a que cada país configure su propia idea de lo que se debe entender por terrorismo, pero sin delimitar el concepto. Entonces se tiene una inconsistencia en la definición estructural del delito, ya que existen gran cantidad de verbos rectores que en lugar de dar una imagen clara de lo que es el delito de terrorismo, lo dejan poco claro, lo cual se presta para la arbitrariedad (Cordero, 2013).

La conmoción social y la idea de terror global que los actos de terrorismo causan, han sido punto de partida para que se desarrolle la teoría del derecho penal del enemigo. Para el jurista Zaffaroni (2006), el derecho penal del enemigo, consiste en la idea de dar un trato diferente, fuera del trato común en el derecho, a un cierto grupo de personas, a quienes se les considera enemigos.

La esencia del trato diferencial que se depara al enemigo consiste en que el derecho le niega su condición de persona y sólo lo considera bajo el aspecto de ente peligroso o dañino. Por mucho que se matice la idea, cuando se propone distinguir entre ciudadanos (personas) 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. (p.18)

Ahora bien, quienes son los enemigos de la sociedad que merecen un trato diferencial en cuanto a derecho, esta idea acarrea una tremenda subjetividad, que no solo lleva a la idea, de quien determina la calidad de enemigo de la sociedad de una persona, sino también la idea de que estos “enemigos sociales” puedan posteriormente ser catalogados como terroristas.

Para desgracia o fortuna, quien está a cargo de identificar a los enemigos sociales, es el gobierno de turno, un poder tan grande en manos de personas que por su posición ya tienen poder. Es por esto que Ferrajoli (1995) manifiesta que los tipos penales de terrorismo:

Se prestan a ser usadas como cajas vacías y a dar cuerpo a hipótesis sociológicas o a teoremas político-historiográficos elaborados a partir de la personalidad de los imputados o de interpretaciones supuestas y conspiratorias del fenómeno terrorista o mafioso. En estas figuras normativas el hecho se difumina en el recorrido vital o en la colocación política o ambiental del imputado y, como tal, es tan poco verificable por la acusación como poco refutable por la defensa. Y se configura tendencialmente como un delito de status más que como un delito de acción o de resultado, identificable, en vez de mediante pruebas, mediante valoraciones referidas a la subjetividad subversiva o sustancialmente antijurídica de su autor. (p.821)

Se entiende entonces, que el derecho penal deja de seguir el camino adecuado, es decir a partir de la existencia de un delito (acto, típico, antijurídico y culpable), por medio de un proceso penal se determina la responsabilidad de una persona, en este caso, el perfil del procesado es lo que determina si debe o no ser considerado responsable. Los actos pasan a segundo plano y se persigue a las personas que el gobierno de turno considera “peligrosas” para la sociedad.

Aquí se encuentra otro conflicto, la idea de que el objetivo final no es la prevención del cometimiento de delitos de terrorismo, sino el ataque a ideologías que pueden ser peligrosas para el gobierno, por lo tanto se habla de una batalla específica entre las ideas del gobierno de turno y sus opositores, dejando la objetividad que debe existir en el uso del derecho penal.

Es evidente que existe una oposición entre la propuesta garantista y el derecho penal del enemigo, hay que recordar que el garantismo nació como una respuesta a denominada legislación de emergencia que surgió en Italia.

El derecho penal del enemigo es una alternativa al derecho penal, debido a que responde a impulsos políticos, culturales, teóricos y psicológicos. El derecho penal del enemigo busca que para ciertos autores de ciertos delitos se cree un sistema punitivo, procesal y carcelario, diferente al que ordinariamente se aplica.

En el Ecuador, este ha sido un problema recurrente y evidente, el ejemplo más claro, es el hecho de que la legislación ecuatoriana aun conserve leyes de épocas de dictaduras, épocas en donde el pensamiento diferente, no era tolerado ni por el gobierno ni por la fuerza policial. El uso de términos como subversivo y terrorista para identificar a los enemigos ideológicos del sistema, han sido justificativos para un trato diferenciado en la aplicación de la ley, lo cual ha dado como resultado penas injustas, procesos ilegítimos y carentes de toda garantía.

Pero no solo en gobiernos totalitarios se ha evidenciado este discurso penal del enemigo, gobiernos democráticos como el León Febres Cordero, legitimó la creación de un régimen de excepción para los sospechosos, lo que llevó al país a una época en donde las violaciones a los derechos humanos abundaban sin remordimiento alguno. Bajo la idea de una supuesta amenazada terrorista, el gobierno justifico torturas, desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, en contra de líderes sociales y personas que se oponían al régimen (Cordero, 2013).

Jakobs (2003) plantea al enemigo como “un ciudadano que por su posición, forma de vida o quizás su pertenencia a una organización ha abandonado el derecho, no de forma incidental sino duradera” (p.35), dándoles la categoría de delincuentes especiales.

El derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, la perspectiva del ordenamiento jurídico penal es prospectiva en lugar de ser retrospectiva; en segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas; y en tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas. (Jakobs, 2003)

En este sentido para el derecho penal del enemigo, la lesión solo se ve desde el lado de la víctima, dándole al autor del delito, la categoría de fuente de peligro, el hecho del autor es solo el elemento que desencadena una idea de peligrosidad. Es así que a los tres elementos del derecho penal del enemigo enumerados anteriormente, se le puede agregar un cuarto

elemento, la función de identificación de una categoría de sujetos como enemigos, y la correspondiente orientación al Derecho penal de autor. (Jakobs, 2003)

El Código Penal Ecuatoriano, ya derogado, es una muestra clara de que la normativa del país, tiene una herencia de las dictaduras, la tipificación en este código del terrorismo, cuenta con varios verbos rectores, varias ideas indeterminadas, en donde el juez tiene la libertad de llenar los espacios con ideas propias de su interpretación.

El incluir tal cantidad de acciones dentro de un mismo tipo penal, hace que cualquier acto político realizado por cualquier ciudadano, pueda de una u otra manera encasillarse en el tipo penal de terrorismo, y esta ha sido la práctica que se ha evidenciado en los últimos tiempos con los gobiernos de turno, “en la actualidad, más de cuarenta dirigentes indígenas han sido acusados de terrorismo en Ecuador, los procesos se encuentran en diversos estados y todos han sido iniciados por presiones de funcionarios de gobierno” (Cordero, 2013, p.2).

El derecho penal del enemigo, busca hacer una intervención preventiva, es decir sancionar a un individuo peligroso antes de que exteriorice una acción delictiva, no se espera a que exista la lesión al bien jurídico protegido. En este sentido se está sancionando la peligrosidad más no el acto.

Por otro lado si se habla de derecho penal autoritario, se tiene a un sistema en el cual se reprime no solo comportamientos determinados, sino también actitudes o situaciones subjetivas de inmoralidad, de peligrosidad o de hostilidad. En el derecho penal autoritario se evidencia la existencia de prohibiciones y penas implementadas sin necesidad o motivación alguna, en contraste con la idea utilitaria que debe tener el uso del poder punitivo.

El derecho penal del enemigo, no solo que flexibiliza los principios constitucionales que fundamentan el derecho penal, tanto sustantivo como adjetivo, además que puede encontrar

compatibilidad con el Estado democrático de derecho. Por otro lado, el derecho penal autoritario relativiza el goce de los derechos fundamentales de los particulares.

Se habla de un derecho penal del enemigo que constituye un Modelo Político Criminal Autoritario, que detrás del recorte de garantías en pro de la eficacia preventiva para aumentar la seguridad revista las siguientes características propias de un derecho penal antiliberal.

La característica común del autoritarismo es la invocación de la necesidad de una emergencia, en este caso el terrorismo. Así se absolutiza un mal justificando una necesidad apremiante, inmediata e impostergable de neutralizarlo, pues se halla en curso o es inminente y presenta como amenaza para la subsistencia de la especie humana. El discurso asume la característica de lucha contra un mal de dimensión global, un discurso de carácter bélico que sirve de base legitimante para adoptar la forma del llamado derecho penal del enemigo. En estas condiciones, el discurso jurídico-penal parece transformarse en un discurso de derecho administrativo, de coerción directa, inmediata o diferida, de tiempo de guerra. (Zaffaroni, 2006, p. 102)

Resulta evidente como en la actualidad el terrorismo es percibido como una amenaza global que resulta impostergable y apremiante neutralizar de manera inmediata.

Así el Fenómeno del Terrorismo es tratado de la siguiente forma: El terrorista es un Enemigo porque no comparte los valores comunes compartidos por todos y con su actuar debilita la norma y los valores receptados por la sociedad toda. Así la Pena tiende a restablecer la norma y los valores compartidos por todos evitando el supuesto estado anómico que podría llegar a alcanzarse sino se sancionan severamente estos actos de terrorismo.

Si bien no se puede afirmar que el incluir el delito de terrorismo en la legislación penal ecuatoriana, convierte al sistema penal en un modelo de derecho penal del enemigo, o de derecho penal autoritario, tampoco se puede hablar de una correcta aplicación del mismo, varios son los ejemplos que han demostrado una vulneración de derechos al momento de

aplicar el delito de terrorismo, además de evidenciar que lo que se ha reprobado es la violación a la fidelidad y obediencia a las ideas del gobierno.

El derecho penal ecuatoriano, al referirse al derecho penal del enemigo, mantiene dos tendencias: una que se refiere a los ciudadanos en general, y otra a los no ciudadanos o enemigos en particular. Esto, a partir de la distinción entre las formas de actuación del poder punitivo, ya sea en cuanto a la intensidad en la actuación, o a la restricción de garantías, la flexibilización de los límites establecidos por el principio de legalidad y la diversificación de las funciones vinculadas con la pena.

Autores como Francisco Muñoz Conde, manifiesta: “Nadie niega pues, la existencia del Derecho Penal del Enemigo, lo que se cuestiona es si éste es o no compatible con el sistema del Estado Constitucional del Derecho y el reconocimiento y respeto de los Derechos Fundamentales” (Muñoz, 2001, p.339).

En definitiva, en cuanto al Derecho Penal del Enemigo, la doctrina discute sobre la legitimidad o la compatibilidad con el Estado Constitucional de Derecho, mas no sobre su existencia.

Se da una diferencia marcada entre los delitos que son cometidos por un ciudadano y por un no ciudadano o enemigo. Los considerados enemigos son personas que por varios factores, económicos, políticos, sociales, se han apartado del derecho de forma permanente, y por lo tanto lo se puede esperar de estos un comportamiento adecuado.

Jakobs (2003) manifiesta que existen marcadas diferencias entre el Derecho Penal del Ciudadano y el Derecho Penal del Enemigo, especialmente en lo que se refiere a su finalidad:

Mientras que la pena en el Derecho Penal del Ciudadano cumple una función esencialmente comunicativa o simbólica, en el Derecho Penal del Enemigo la pena contiene un rasgo más

energético o coactivo de aseguramiento futuro, de manera que el enfoque es más prospectivo que retrospectivo, se dirige a la evitación de peligros futuros. (p.43)

Entonces se puede considerar que en el Derecho Penal del Enemigo el Estado combate a personas determinadas, a las cuales se les considera una amenaza para la sociedad en forma grave y reiterada, a través de su conducta peligrosa, aplicándoles penas dirigidas a evitar el cometimiento de hechos futuros, y no a la sanción de los hechos cometidos. El enemigo pone en peligro la estabilidad del sistema en general.

El Derecho Penal del Enemigo, por tanto, puede conceptualizarse como una parte del ordenamiento jurídico penal caracterizado por tener a la peligrosidad como su principal presupuesto, por su excepcionalidad en cuanto a los sujetos a los que se orienta la tipificación y por pretender garantizar la seguridad cognitiva como condición de la vigencia de la norma.

Jakobs (2003) señala:

Por lo tanto, el Derecho Penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones. Por un lado el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estado previo y al que se le combate su peligrosidad (...). (p.31) Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido. (p.40)

Sin embargo, a pesar de que el derecho penal del enemigo pueda tener un trato riguroso, Jakobs, menciona que este debe limitarse a lo necesario.

El Derecho Penal del Ciudadano es el derecho de todos, el Derecho Penal del Enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra. Esta coacción puede quedar limitada en un doble sentido: En primer lugar, el

Estado no necesariamente ha de excluir al enemigo de todos los derechos. En este sentido, el sujeto sometido a custodia de seguridad queda incólume en su papel de propietario de cosas. Y en segundo lugar, el Estado no tiene por qué hacer todo lo que es libre de hacer sino que puede contenerse, en especial para no cerrar la puerta a un posterior acuerdo de paz. Pero esto en nada cambia el hecho de que la medida ejecutada contra el enemigo no significa nada, sino solo coacción. (Jakobs, 2003, p.25)

El derecho penal del enemigo pretende alcanzar y garantizar una seguridad efectiva a la sociedad por medio de la eliminación de los enemigos peligrosos, que no garantizan una mínima seguridad para los ciudadanos, por ellos y para cumplir con este fin primordial el derecho penal del enemigo actúa optimizando la protección de bienes jurídicos, en tanto que el derecho penal del ciudadano, optimiza las esferas de libertad.

El hecho que en la legislación penal ecuatoriana, en el delito de terrorismo mantenga rasgos característicos de un Derecho Penal del Enemigo, no permite afirmar su legitimidad. Un Derecho Penal de excepción que no se ajuste a los principios constitucionales, no podrá aceptarse jamás en el actual sistema jurídico-penal por más que se encuentre previsto positivamente.

Por lo tanto Jakobs parte de una afirmación que vuelve inaplicable su planteamiento y es que la posibilidad que el Estado en relación a los enemigos pueda actuar al margen del Estado Constitucional de Derecho, legitimando que éste recurra a una vía no jurídica, en función de la eficacia, a fin de resolver un problema y evitar la hipotética “destrucción del ordenamiento jurídico”.

## CONCLUSIONES

- La teoría del Garantismo penal presentada por Ferrajoli y sus diez axiomas, implican un esquema completo, que debe ser implementado por los legisladores, por ser ellos quienes hacen las leyes, para que después sea aplicado por los jueces, que son quienes aplican las leyes, para que de esta manera tanto el derecho sustantivo penal, como el proceso penal, cumplan una misma función asignada por la sociedad en la que se va a aplicar, en el caso de Ecuador hablando de una sociedad democrática, que realmente garantice el respeto de los derechos.
- A partir de la Constitución del Ecuador de 2008, el país se ha preocupado por tener normas mucho más garantistas y asegurar el cumplimiento de los derechos consagrados en la misma, sin embargo, el término de garantismo que se tiene en la Constitución, es simplemente teórico, puesto que así como el Caso de los 10 de Luluncoto, existen varios casos más en los que se ha evidenciado un incumplimiento tanto a los principios constitucionales, como una restricción injustificada de derechos fundamentales.
- Los principios que presenta la teoría del garantismo penal de Ferrajoli, son principios básicos que si bien algunos están incluidos en la legislación penal ecuatoriana, el problema para su aplicación completa radica en la existencia de tipos penales que no son claros, que al tener una cantidad extensa de verbos rectores pierden eficacia y efectividad en su aplicación, y además dan paso al error principal que cometen los juzgadores, realizar una interpretación extensiva, cuando esto en el derecho penal es una aberración total.
- Desde la investigación previa y el operativo realizado, existen motivos suficientes para que todo el proceso que se estaba llevando a cabo sea

considerado ilegítimo, la existencia de irregularidades en el allanamiento, la no especificación de la infracción por la cual iban a ser juzgados, todo esto demuestra una clara violación a los principios del debido proceso penal y a los derechos de cada uno de los procesados.

- Al tener tipos penales abiertos o mal redactados o incluso tipos penales que no se adecuan a la realidad social ecuatoriana, las sentencias emitidas, pierden motivación, lo cual es un requisito fundamental de las mismas, tal como sucedió en el caso analizado, después de tanto tiempo finalmente se llegó a la conclusión de una inexistencia de motivación para condenar a los procesados, ya que su conducta no se adecuó a ningún tipo penal contenido en Código Orgánico Integral Penal, lo cual no solo demuestra las fallas que tiene el sistema acusatorio penal, sino que también demuestra como la idea de garantismo que promulga la Constitución, y la idea de poder aplicar un garantismo penal, solo queda en ideas.
- Si bien el estudio del terrorismo tanto a nivel internacional ha ido avanzando, aun es prematura la idea de considerar al terrorismo como un delito de carácter internacional, por ahora la categoría más acertada es la de delito transnacional, tomando en cuenta que las modalidades más graves de terrorismo pueden constituirse en crímenes de guerra o contra la humanidad, y en este punto si tendrían el tratamiento de delito internacional.
- El terrorismo en el Ecuador y en el mundo, sigue siendo un tema de debate, hasta que no se cuente con una definición universalmente aceptada de lo que se entiende por terrorismo y acciones terroristas, cada país adaptará el termino de acuerdo a lo que su realidad le permita, trayendo como consecuencia una posible manipulación por parte de los gobiernos de turno y los legisladores a cargo del desarrollo de las leyes.

- Hablar de terrorismo en el Ecuador, es hablar de una utopía, no se sabe con exactitud qué se entiende por terrorismo o por actos terroristas y al recurrir a la legislación para llenar este vacío, se encuentra con que la legislación tampoco tiene una idea clara de lo que se trata, por lo tanto tenemos infracciones penales relacionadas con el terrorismo que están llenas de verbos rectores y acciones que no especifican claramente cuando y bajo qué circunstancias se deben aplicar. En el análisis del caso, se puede decir que se realizó la construcción de un enemigo interno por parte de instituciones gubernamentales.
- El hecho de atravesar un proceso penal que al final termina por ser declarado nulo por la máxima autoridad judicial del país, en este caso la Corte Nacional de Justicia, deja en estas 10 personas procesadas una sensación de reparación, que se buscará en instancias internacionales, lo cual pone en tela de duda la eficacia y efectividad de los organismos judiciales del país.
- Hablar de la existencia de un derecho penal del enemigo en el Ecuador, resulta algo contradictorio, sobre todo porque desde la Constitución del 2008, se entiende que el país, es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, lo cual significa la construcción de mecanismos que tengan como fundamento y fin la tutela de las libertades de individuo, frente a las variadas formas del ejercicio arbitrario del poder manteniendo una política anti-garantista de los derechos consagrados en la carta magna.
- Se ha venido utilizando tipos penales como el terrorismo, para legitimar la persecución política, se politiza la justicia, y se puede hablar de una criminalización de la defensa de los derechos humanos, dándole al delito de terrorismo más que una funcionalidad para la protección del bien jurídico de la seguridad del estado, un valor simbólico, en el cual se da una legitimación de abusos del poder.

- Si bien al final, el caso de los 10 de Luluncoto, terminó con una sentencia a favor de los que ya habían sido sentenciados por tentativa de terrorismo, no se puede hablar de una sentencia basada en la justicia, porque el principio de favorabilidad se aplicó porque la ley así lo disponía, mas no porque en efecto se haya demostrado que en efecto los 10 ciudadanos eran inocentes del delito por el cual estaban siendo juzgados, dejando en claro que, es probable que la idea de seguridad jurídica en el Ecuador, todavía no esta tan clara y es tan viable.
- Finalmente se debe tomar en cuenta que el pasar por un proceso penal, genera en las personas sensaciones desagradables, aunque no es lo mismo se juzgado por un delito “común”, que ser tachado de terrorista, el termino mismo ya genera un estigma que provoca temor social y ubica a la persona como enemigo de la sociedad. En el caso de los 10 de Luluncoto, se evidenció dos bandos claros, el gobierno y la posibilidad de imponer una condena que sirva de ejemplo y que demuestre la lucha que se está haciendo contra la inseguridad, y el otro bando, el de los grupos sociales que de darse una absolución, se tomaría como una victoria encima del régimen.

## RECOMENDACIONES

1. Los postulados propuestos por la teoría del garantismo penal son compatibles con las ideas garantistas de la Constitución, por lo tanto se debe buscar una armonía también con las demás normas del ordenamiento jurídico, en el caso del derecho penal con el Código Orgánico Integral Penal.
2. Los legisladores que son quienes tienen la obligación de aplicar una correcta técnica legislativa al momento de implementar nuevos tipos penales deben realizar un análisis objetivo en cuanto a la aplicabilidad del delito que va a ser implementado.
3. Los órganos de aplicación de la justicia tienen en sus manos la tarea juzgar de manera transparente e imponer penas que sean proporcionales, por lo que deben garantizar el cumplimiento de todos los derechos y garantías que el debido proceso penal debe tener, además que deben realizar su labor de manera objetiva.
4. El estado al ser dueño del poder punitivo debe usarlo de manera adecuada para garantizar la convivencia social, más no para responder a intereses políticos.
5. Los legisladores conjuntamente con jueces y representantes del estado deben tratar de buscar una definición para el terrorismo en el Ecuador, para de esa manera evitar que sigan existiendo procesos en los cuales se dan irregularidades por una falta de objetividad en cuanto al tipo penal.
6. Los ciudadanos deberían estar informados en cuanto a los derechos y las garantías que les acompañan, cuando están siendo sometidos a un proceso penal, puesto que en varias ocasiones este desconocimiento es la pauta para los abusos de poder.
7. El sistema penal ecuatoriano debe buscar la prevención de los delitos aceptando las diferencias sociales, y no a través de la represión social mediante

el tipo penal de terrorismo empleando legislación de excepción que aumente desproporcionalmente las penas.

8. Se deben generar debates en los diferentes espacios sociales para despertar la conciencia de todos quienes están relacionados con el sistema judicial, para que se busquen las mejores alternativas para que el derecho penal siempre se base en el principio de mínima intervención, entendiendo que el endurecer el poder punitivo no es la mejor opción.

## **BIBLIOGRAFIA Y NETGRAFIA**

- Acosta, A. (2006). La Constitución de Montecristi, medio y fin para cambios estructurales. Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos. Recuperada el 25 de enero de 2015 de [https://www.inredh.org/archivos/pdf/constitucion\\_final.pdf](https://www.inredh.org/archivos/pdf/constitucion_final.pdf)
- Albán, E. (2011). Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Tomo II Parte Especial. Ediciones Legales. Quito. Ecuador
- Albán, E. (2015). Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Tomo I Parte General Código Orgánico Integral Penal. Ediciones Legales. Quito. Ecuador.
- Ambos, K. (2009). Terrorismo, Tortura y Derecho Penal, Respuestas en Situaciones de Emergencia. Editorial Atelier. Barcelona. España.
- Araujo, M. P. (2014). Consultor Penal COIP. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito. Ecuador.
- Araujo, M. P. (2012). Análisis del sentido y alcance de la técnica legislativa en las nuevas formas de criminalidad en el Ecuador. Ratio Decidendi Edición Especial Derecho Penal. Quito. Ecuador.
- Arias, M. (2014). Garantismo Penal. Análisis en el Sistema Penal Ecuatoriano. Editorial Workhouse Procesal. Quito. Ecuador.
- Armenta, T. (2008). Estudios sobre proceso penal. Primera Edición. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe.
- Armenta, T. (2000). Principio Acusatorio: Realidad y Utilización. *La Reforma de la Justicia Penal*.

Ávila Santamaría, R. (2011). Del estado legal al constitucional en Neo constitucionalismo Transformador 2008. Abya Yala. Quito. Ecuador.

Ávila Santamaría, R. (2010). La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Ediciones Legales. Quito. Ecuador.

Ávila Santamaría, R. (2013). Los diez de Luluncoto ¿terroristas? Programa Andino de Derechos Humanos. Recuperado el 20 de febrero de 2016 de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4110/1/Avila%20Santamaria,%20R-Los%20diez.pdf>

Bacigalupo, E. (1999). Principios constitucionales de derecho penal. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Argentina.

Baratta, A. (2004). Principios de Derecho Penal Mínimo. Editorial B de F. Buenos Aires. Argentina.

Beccaria, C. (1984). De los Delitos y de las penas. Ediciones Orbis. Barcelona. España.

Botta, J. (2004). Los instrumentos Internacionales de Lucha Contra el Terrorismo en el Seno de la Liga Árabe y de la Organización de la Conferencia Islámica. Centro Argentino de Estudios Internacionales. Argentina.

Cabanellas, G. (1993). Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta. Argentina.

Calamandrei, P. (1973). Instituciones de Derecho Procesal. Ediciones Jurídicas Europa-América. Volumen I. Buenos Aires. Argentina.

Caso Los 10 de Luluncoto (10 de enero de 2013). El Comercio. Recuperado el 10 de octubre de 2015 de [http://especiales.elcomercio.com/2013/01/10\\_de\\_luluncoto/index.php#.V1eRR1ThBdg](http://especiales.elcomercio.com/2013/01/10_de_luluncoto/index.php#.V1eRR1ThBdg)

- Carnevali, R. (2010). El Derecho Penal frente al Terrorismo hacia un Modelo Punitivo Particular y sobre el Tratamiento de la Tortura. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Recuperado el 2 de mayo de 2016 de <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n35/a04.pdf>
- Carrara, F. (1998). Programa de Derecho Criminal Parte General. Editorial Jurídica de Chile. Tercera Edición. Santiago de Chile.
- CEDHU, INREDH, CLINICA AMBIENTAL. (Diciembre 2012). Informe Psicosocial y de Derechos Humanos, Caso 10 detenidos en Luluncoto, Operativo Sol Rojo. Quito. Ecuador.
- Cerezo Mir, J. (2015). Derecho Penal Parte General. Editorial B de F. Buenos Aires. Argentina.
- Código de Procedimiento Penal. Registro Oficial Suplemento 360 del 13 de enero de 2000. Derogado.
- Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180. Publicado el 10 de febrero de 2014.
- Código Penal. Registro Oficial Suplemento 61. Publicado el 18 de abril de 1906. Derogado.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449. Publicado el 20 de octubre de 2008.
- Convención Interamericana contra el Terrorismo. (3 de junio de 2002). Recuperado el 13 de abril de 2016 de: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-66.htm>.
- Cordero, David. (2013) ¿Terrorismo en el Ecuador? Uso del Derecho Penal del Enemigo y el discurso del terror: caso “10 de Luluncoto”. INREDH. Recuperado el 11 de noviembre

de 2015 de  
[http://inredh.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=554:iterrorismo-en-el-ecuador&catid=74:inredh&Itemid=49](http://inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=554:iterrorismo-en-el-ecuador&catid=74:inredh&Itemid=49)

Declaración de Lima para prevenir, combatir y eliminar el terrorismo. Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 26 de abril de 1996. Conferencia Especializada Interamericana sobre Terrorismo. Lima – Perú.

Díaz, A. (2012, 16 de marzo). El Derecho Humano a la Seguridad Pública. REEDITOR.COM. Recuperado el 15 de febrero de 2016 de <http://www.reeditor.com/columna/3967/26/ciudadania/el/derecho/humano/la/seguridad/publica>

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Edición 23. Recuperado el 02 de octubre de 2015 de <http://dle.rae.es/?id=Zd3L6Oc>

Ebile Nsefum, J. (1985). El Delito de Terrorismo: su concepto. Editorial Montecorvo S.A. Madrid. España.

Echandia, D. (2013). Teoría General del Proceso. Tercera Edición. Editorial Universidad. Buenos Aires. Argentina.

Ernst Mayer, M. (2007). Derecho Penal Parte General. Editorial B de F. Buenos Aires. Argentina.

Ferrajoli, L. (2010). Democracia y Garantismo. Editorial Trotta. Madrid. España.

Ferrajoli, L. (2008). Derecho penal mínimo y otros ensayos. Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes. México DF. México.

Ferrajoli, L. (1995). Derecho y Razón. Editorial Trotta. Madrid. España. .

- Fiscalía General del Estado, (2009). Catálogo de delitos. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito. Ecuador. p. 451.
- Fontán Palestra, C. (1951). Tratado de Derecho Penal, Parte Especial Tomo VI. Editorial Depalma. Argentina.
- García Falconí, R. (Septiembre 2015). Informe sobre la aplicación del Concepto de Terrorismo en el Ecuador. Terrorismo y Derecho Penal. Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional. Recuperado el 13 de abril de 2016 de: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj\\_20151108\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20151108_02.pdf)
- Gargarella, R. (2011). La Justicia frente al Gobierno. Centro de Estudios y difusión del Derecho Constitucional (CEDEC). Quito. Ecuador.
- Hurtado Pozo, J. (30 de octubre de 1980). Terrorismo y Derecho Penal. Diario Expreso. Recuperado el 27 de marzo de 2016 de: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t\\_20081103\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20081103_01.pdf)
- Jakobs, G. (2003). Derecho Penal del Enemigo. Civitas Ediciones. Madrid. España.
- Jescheck, H. (1989). Tratado de Derecho Penal Parte General. Editorial Bosch. Barcelona. España.
- Jiménez, J. P. (2012). El Terrorismo en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y la Gobernabilidad en un estado de Derechos. Tesis de Especialización. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito.
- Jiménez de Asúa, L. (1983). Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Editorial Losada S.A. Buenos Aires. Argentina.
- Juzgado Vigésimo Segundo de Garantías Penales de Pichincha. Causa 2012-020.

López Betancourt, E. (1998). Teoría del Delito. Editorial Porrúa. México.

López, J. A. (17 de julio de 2013). Principios Constitucionales del Derecho Penal. Revista Judicial DerechoEcuador.com. Recuperado el 25 de enero de 2016 de: <http://www.derechoecuador.com/utility/Printer.aspx?e=34574>

Márquez Piñero, R. (2003). El Tipo Penal consideraciones en torno al mismo. Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México. México D.F.

Mir Puig, S. (2002). Introducción a las bases del Derecho Penal. Editorial B de F. Buenos Aires. Argentina.

Mir Puig, S. (2007). Política criminal y reforma penal. Editorial Euro Editores. Buenos Aires. Argentina.

Muñoz Conde, F. (2001). Derecho Penal Parte General. Tirant lo Blanch Libros. Octava Edición. Valencia.

Muñoz Conde, F. (2001) Introducción al Derecho Penal. Editorial B de F. Buenos Aires. Argentina.

Nader Kuri, J. (2008). La responsabilidad penal del juzgador. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México.

Nader Kuri, J. (2006). *PJBC.GOB*. Recuperado el 15 de Octubre de 2014, de El sistema penal acusatorio, los juicios orales y sus implicaciones en la prisión preventiva: [http://www.pjbc.gob.mx/admonjus/n27/AJ27\\_001.htm](http://www.pjbc.gob.mx/admonjus/n27/AJ27_001.htm)

New Convention Against Nuclear Terrorism Bolsters Global Framework. IAEA Staff Report. Recuperado el 10 de octubre de 2015 de <http://www.iaea.org>.

Nieto, A. (1994). Derecho Sancionador. En A. Nieto, *Derecho Sancionador* (pág. 40ss). Tecnos.

OBSERVATORIO DE DERECHOS Y JUSTICIA. Informe Caso: Los 10 de Luluncoto. Recuperado el 25 de enero de 2016 de: [http://www.derechosyjusticia.org/wpcontent/uploads/2015/11/Caso\\_Luluncoto\\_Informe.pdf](http://www.derechosyjusticia.org/wpcontent/uploads/2015/11/Caso_Luluncoto_Informe.pdf)

Palacios, D. (2016). El Derecho Penal del Enemigo en el Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano. El Ciudadano y No Ciudadano. Mención Terrorismo. Tesis de Grado. Cuenca. Ecuador.

Pérez, Á. (2009). Introducción al Derecho Penal. Editorial Temis S.A. Séptima Edición. Bogotá. Colombia.

Pérez, Á. (1985). Estudios de Derecho Procesal Penal. Librería Ediciones del Profesional. Bogotá. Colombia.

Prieto Sanchis, L. (2011). Garantismo y derecho Penal. S.A IUSTEL Portal Derecho. Madrid. España.

Primera Cumbre de las Américas, Miami, Florida, 9 al 11 de diciembre de 1994, Pacto para el Desarrollo y la Prosperidad: Democracia, Libre Comercio y Desarrollo Sostenible en las Américas.

Registro Oficial No. 147 de 22 de enero de 1971.

Registro Oficial No. 705 de 19 de diciembre de 1974.

Registro Oficial No. 621 de 4 de julio de 1978.

Registro Oficial No. 36 de 1 de octubre de 1979.

Registro Oficial No. 422 de 28 de septiembre de 2001.

Registro Oficial No. 635 de 7 de Agosto de 2002.

Registro Oficial No. 231 de 17 de marzo de 2006.

Registro Oficial No. 352 de 30 de diciembre de 2010.

Resolución 42/159 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1987.

Rodríguez Meza, M. J. (2007). Las Razones del Derecho Penal. Modelos de Fundamentación y Legitimación. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Recuperado el 10 de marzo de 2016 de: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-10.pdf>

Roxin, C. (1981). Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal. Instituto Editorial Reus. Madrid. España.

Roxin, C. (2008). Derecho Procesal Penal, Tomo I. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina.

Sacoto De Merlyn, P. (2013). Compendio de Introducción al Derecho Penal. Cevallos Librería Jurídica. Quito. Ecuador.

Salas Parra, N. (04 de noviembre de 2014). Motivación de las resoluciones en materia penal. Revista Judicial DerechoEcuador.com. Recuperado el 15 de abril de 2016 de: <http://www.derechoecuador.com/utility/Printer.aspx?e=37187>

San Martín, C. (2015). Derecho Procesal Penal Lecciones. INPECCP – CENALES. Lima. Perú.

- Stepanova, E. (2008). *Terrorism in Asymmetrical Conflicts*. International Peace Research Institute SIPRI. New York.
- Torres Cevallos, B. (2002). El Derecho Internacional Público frente al delito de terrorismo. Recuperado el 24 de mayo de 2016 de: <http://www.afese.com/img/revistas/revista47/delitoterror.pdf>
- Torres Vásquez, H. (s.f). El concepto de terrorismo, su inexistencia o inoperancia: La apertura a la violacion de Derechos Humanos. Recuperado el 13 de febrero de 2016 de <http://www.unilibre.edu.co/dialogos/admin/upload/uploads/Articulo%205.pdf>
- Uriarte, L. (2007). *El Proceso Penal Español: jurisprudencia sistematizada*. Madrid: La Ley.
- Vaca Andrade, R. (2014). *Manual de Derecho Procesal Penal Ecuatoriano*. Tomo I. Ediciones Legales. Quito. Ecuador.
- Vaca Andrade, R. (2014). *Manual de Derecho Procesal Penal Ecuatoriano*. Tomo II. Ediciones Legales. Quito. Ecuador.
- Velásquez, F. (2003). *Los principios y garantías penales en el Código Penal para el Distrito Federal mexicano*. Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales. México.
- Villegas Fernández, J. M. (2010). “Revista Internauta de Practica Jurídica” N° 23. p.10.
- Ycaza, P. (1985). *Seguridad Nacional y Derechos Humanos, Los derechos humanos: Caso ecuatoriano*. Quito. El Conejo.
- Zaffaroni, E. (2006). *El Enemigo en el Derecho Penal*. EDIAR. Buenos Aires. Argentina.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, ANDREA ISABEL JIMÉNEZ ROCHE, C.I. 1719131268, autor del trabajo de graduación intitulado: DELITO DE TERRORISMO EN EL ECUADOR: ANÁLISIS DESDE LOS PRINCIPIOS DEL GARANTISMO PENAL APLICADOS A LA NORMA Y AL CASO “LOS 10 DE LULUNCOTO”, previa a la obtención del grado académico de **ABOGADO** 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, 18 de octubre de 2016



---

Andrea Isabel Jiménez Roche

1719131268

 **REPÚBLICA DEL ECUADOR**  
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL,  
IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN



CÉDULA DE  
CIUDADANÍA No. 171913126-8  
APELLIDOS Y NOMBRES  
JIMENEZ ROCHE  
ANDREA ISABEL  
LUGAR DE NACIMIENTO  
PICHINCHA  
QUITO  
SANTA PRISCA  
FECHA DE NACIMIENTO 1992-07-11  
NACIONALIDAD ECUATORIANA  
SEXO F  
ESTADO CIVIL SOLTERA





INSTRUCCIÓN SUPERIOR PROFESIÓN / OCUPACIÓN ESTUDIANTE E333312222

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE  
JIMENEZ HERNANDEZ VICENTE TELESFORO

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE  
ROCHE SILVA ENMA MARGARITA

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN  
QUITO  
2012-09-14

FECHA DE EXPIRACIÓN  
2022-09-14



001032155

 DIRECTOR GENERAL

 FIRMA DEL CEDULADO

