PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

**TÍTULO**

# CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TIPOS DE PELIGRO ABSTRACTO A LA LUZ DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

NOMBRE

JUAN CARLOS FIALLO

DIRECTOR

DR. EFRÉN GUERRERO SALGADO

Quito, D.M., 2023

Dedicatoria

*A mis padres*

*Juan Carlos y Ximena*

*Sin su esfuerzo y confianza*

*esto no sería posible*

*A todos aquellos soñadores*

*Los que no estamos conformes*

*Los que buscamos seguir cuestionando*

**Agradecimientos**

*A mis padres, Juan Carlos y Ximena quienes me han enseñado virtudes como la tenacidad, sacrificio y honestidad, quienes de manera abnegada fueron participes durante todo este proceso.*

*A mi director, Efrén Guerrero, el primero de mis profesores al iniciar la travesía que significó la facultad de jurisprudencia y con quien termino la misma.*

*A todos los amigos que supieron escuchar, que en los momentos de mayor dificultad fueron un sostén, esto también es gracias a ustedes.*

*A Iván por siempre brindarme puntos de vista distintos, por siempre estar abierto a conversar y dar consejos.*

*A todos mis profesores por brindar su mano y su conocimiento y aportar en momentos claves durante mi vida universitaria especialmente a Abraham Zaldívar, Ivette Haboud, Francisco López y Santiago Guarderas.*

## Resumen

El presente trabajo tratará respecto a los tipos penales de peligro abstracto y su constitucionalidad en el sistema jurídico ecuatoriano. El objetivo de este texto es la revisión de compatibilidad de estos tipos de delitos como el sabotaje, apología del delito y terrorismo con el marco constitucional y convencional vigente. El problema se abordará desde una revisión teórica que desembocará en un test de proporcionalidad que determinará la congruencia de los tipos penales antes detallados. Como conclusión, se considera que estos tipos, fundamentados en la doctrina de derecho penal del enemigo pueden llegar a ser incompatibles a la luz de un sistema penal garantista. Sin embargo, es claro el severo cuestionamiento de su constitucionalidad y vigencia debido a la falta de proporcionalidad dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

**Palabras Claves**: Enemigo, Peligro, Abstracto, Constitucionalidad, Proporcionalidad

## Abstract

This paper will deal with the criminal types of abstract danger and their constitutionality in the Ecuadorian legal system. The objective of this text is to review the compatibility of these types of crimes such as sabotage, apology of crime and terrorism with the current constitutional and conventional framework. The problem will be addressed from a theoretical review that will lead to a proportionality test that will determine the congruence of the criminal types detailed above. In conclusion, it is considered that these types, based on the enemy's criminal law doctrine, may become incompatible in the light of a guaranteed criminal system. However, it is clear to the severe questioning of its constitutionality and validity due to the lack of proportionality within the Ecuadorian legal system.

**Keywords:** Enemy, Abstract Danger, Constitutional, Proportionality

# Tabla de contenido

1. Introducción ..... 7
2. Principios limitadores del poder punitivo, Clasificación de delitos y Doctrinas penales.9
2.1. Principios limitadores del poder punitivo del Estado. ..... 9
2.1.1. Principio de proporcionalidad ..... 12
2.1.2. Principio de Retributividad ..... 13
2.1.3. Principio de Legalidad ..... 13
2.1.4. Principio de Necesidad ..... 14
2.1.5. Principio de Lesividad ..... 15
2.1.6. Principio de culpabilidad ..... 15
2.1.7. Principio de materialidad ..... 16
2.1.8. Principio de mínima intervención ..... 17
2.2. Clasificación de delitos ..... 17
2.2.1. Delitos de Resultado ..... 18
2.2.2. Delitos de mera actividad ..... 18
2.2.3. Delitos de peligro ..... 18
2.2.3.1. Delitos de Peligro Concreto ..... 19
2.2.3.2. Delitos de peligro abstracto ..... 19
2.3. Doctrinas de Derecho Penal ..... 20
2.3.1. Derecho Penal de Acto ..... 20
2.3.2. Derecho Penal de Autor ..... 20
2.3.3. Derecho Penal del Enemigo ..... 21
2.3.4. Garantismo Penal ..... 22
3. Revisión constitucional de los delitos de peligro abstracto en el derecho comparado y análisis de sentencias en Ecuador: Desarrollo de un Test de proporcionalidad ..... 24
3.1. Constitucionalidad de los tipos de peligro abstracto en derecho comparado ..... 24
3.1.1. Colombia ..... 24
3.1.2. Chile ..... 26
3.1.3. España ..... 27
3.2. Fundamento Constitucional Ecuador ..... 29
3.3. Test de proporcionalidad como medio interpretativo en los delitos de peligro abstracto 33
3.3.1. Descripción del test de proporcionalidad ..... 33
3.3.2. Casuística ..... 35
3.3.3. Test de Proporcionalidad: Propuesta ..... 37
3.3.3.1 Análisis del delito. ..... 37

3.3.3.2 Derecho a la protesta ..... 38
3.3.3.3 Derecho a la libertad de expresión ..... 39
3.3.3.4 Derecho a la resistencia ..... 39
3.3.3.5 Elementos del test ..... 40
4. Conclusiones/Recomendaciones ..... 41
5. Bibliografía ..... 44

## 1. Introducción

Los tipos de peligro abstracto se refieren a la existencia de un riesgo de lesión de un bien jurídico protegido y este es indeterminado. De hecho "la cualidad viene de un ex ante, bastando un peligro potencial, no efectivo, susceptible de que se produzca en casos hipotéticos." (Rodríguez, 2020). Estos se sustentan sobre la definición normativa de ciertos comportamientos socialmente peligrosos, cuya realización únicamente requiere de la verificación de un determinado estado en sí "riesgoso para la integridad de un bien jurídico protegido." (Rodríguez, 2020. p. 315) Por lo tanto, a raíz de eso, es posible cuestionar si estos delitos son constitucionales partiendo de la revisión del artículo 76 numeral 6 de la Constitución, referente a la proporcionalidad, centrados en ciertos casos contenidos en el sistema legal ecuatoriano.

Dentro de una categorización de delitos se encuentran los de acción, de hecho, de peligro concreto y de peligro abstracto. Estos tipos penales encuentran varias definiciones, así como cuestionamientos. Mir Puig (2006) indica que

> "[…] en los delitos de peligro abstracto no es preciso que en el caso concreto la acción cree un peligro efectivo sólo serían delitos de peligro en el sentido de que la razón de su castigo es que normalmente suponen un peligro." (pág. 229)

A la luz de la dogmática penal, Günther Jakobs acuñó el término "Derecho Penal del Enemigo". Esta teoría determina la existencia de un sistema penal con dos polos, uno para "ciudadanos" y otro para "enemigos"; y sin duda alguna, a partir de esto se han desarrollado cuestionamientos y defensas a esta doctrina que se encuentra entre quienes defienden que ha sido una teoría puramente descriptiva de una realidad o peor, quienes fundamentan la necesidad de su aplicabilidad independientemente de la razón que tengan y quienes postulan la contradicción frente a garantías personales y derechos fundamentales vulnerados gracias al manejo de esta y justificación de esta doctrina. En este contexto, la labor de este texto será desarrollar con mayor profundidad el concepto que establece que "el Derecho Penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el derecho penal del enemigo (…) combate peligros" (Jakobs & Cancio Meliá, 2003, pág. 33) y al combatir esas situaciones de riesgo llega a sancionar hechos futuros a pesar de que no existiera afectación o lesión a un bien jurídico:

> "De esta manera, el Derecho penal del enemigo, se ha caracterizado por lo siguiente: Amplio adelantamiento de la punibilidad, pues se criminalizan actos preparatorios de hecho futuros, es decir conductas que tienen carácter previo a la comisión de un hecho delictivo" (Cabrera, 2012).

Por tanto, aquí fundamentan su existencia delitos como la apología del delito, asociación ilícita, apología de la sedición, terrorismo, sabotaje, etc. Estos tipos penales son definidos como de *peligro*

*abstracto,* cuyo cuestionamiento de constitucionalidad es el motivo de este texto en adición el objetivo de la presente investigación también es generar un cuestionamiento respecto de varios tipos penales de peligro abstracto normados en el Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), que justifican su existencia en doctrinas como la del derecho penal del enemigo y que encontrará un severo cuestionamiento en cuanto a su proporcionalidad en la sanción frente a la "lesión" del bien jurídico protegido.

Estas conductas representan un problema desde varias aristas. El mismo Roxin (1997) advirtió que el sancionar hechos futuros que pone en posible riesgo a un bien jurídico protegido **"**puede poner a los delitos de peligro abstracto en colisión con el principio de culpabilidad" (pág. 407); Sin embargo, no es el único principio que se encuentra comprometido. La proporcionalidad, presente en el artículo 76 núm. 6 de la Constitución puede encontrar una contradicción frente a la existencia de estos tipos penales, entre otros, que se desarrollarán en el presente texto en conjunto con la revisión de jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante CCE) relativa al tema.

Ahora más que nunca, es imprescindible el análisis de constitucionalidad de algunos tipos penales de peligro abstracto, debido al creciente manejo, en la práctica, de la doctrina postulada por Jakobs, donde fundamenta que el uso exacerbado del poder punitivo justifica muchas veces al poder político para castigar a su adversario a quien considere su "enemigo". En consecuencia, es preciso que se realice un estudio respecto a la culpabilidad, proporcionalidad e incluso legalidad, guiado por todos los elementos antes expuestos. Al final, se podrá observar si existe o no un conflicto de constitucionalidad de los tipos penales que serán revisados.

Esto conlleva asumir una serie de preguntas previas: ¿Se pueden considerar a los tipos de peligro abstracto como inconstitucionales? Esta investigación parte de la hipótesis de que, algunos tipos penales de peligro abstracto tipificados en el COIP van a encontrar un conflicto de constitucionalidad a la luz del artículo 76 núm. 6 de la Carta Magna, y los elementos contenidos en el bloque de constitucionalidad. Por lo tanto, dentro del presente trabajo se utilizará el método deductivo debido a los elementos teóricos y dogmáticos generales que va a permitir cavar desde doctrinas y planteamientos abstractos para una revisión en concreto de distintos tipos penales, este método "parte de una proposición general para llegar al conocimiento de la particular que dimana como consecuencia de aquella" (Pérez Escobar, 2015, pág. 44) que en el caso de una investigación jurídica entiende que "concluye de la ley a los hechos particulares, del principio a las consecuencias, de la causa a los efectos" (Pérez Escobar, 2015, pág. 44) Adicionalmente, se utilizará el método analítico, donde partiendo de la doctrina, se pretende establecer un análisis de cada elemento de la temática planteada; y, por último, el método comparativo debido al importante componente de derecho comparado que será revisado en cuanto a cómo se construyen los tipos penales aquí abordados, pero en legislación extranjera.

Finalmente, la estructura de esta investigación será la siguiente: en un primer momento, se trabajarán conceptos generales de derecho penal, necesarios para el desarrollo de esta investigación y se explicará qué es el Derecho Penal del Enemigo. Posteriormente, se contrapondrán los tipos penales de peligro abstracto frente a la norma constitucional, también revisando su existencia en el derecho comparado, para concluir en un test de proporcionalidad

## 2. Principios limitadores del poder punitivo, Clasificación de delitos y Doctrinas penales.

La presente sección busca introducir conceptos base que en lo posterior serán necesarios comprender para poder trabajar la problemática presentada en esta investigación. Como primer punto, se abordará los principales axiomas y principios del derecho penal planteados principalmente desde la visión de Ferrajoli. Es necesario comprender que la base de esta investigación se sustenta en el principio de proporcionalidad entendiéndolo como una "prohibición de "exceso", que exige la existencia de un marco punitivo coherente y basado en una armónica articulación del total sistema de penas y medidas de seguridad en el Estado que se jacte de ser democrático de derecho y aspire a mantener el respeto a la constitucionalidad." (Luna, s.f. p. 323). Sin embargo, no será el único principio en juego que se encontrará frente a los delitos que se revisarán, así como el estudio del derecho penal del enemigo.

En segundo lugar, se procederá, de manera sucinta, a determinar las categorías de delitos conocidas dentro de la doctrina penal, donde se profundizarán aquellos de peligro y se realizará un breve análisis de tipicidad de tres delitos en concreto que serán el de: Apología del Delito, Sabotaje y Terrorismo. Como último punto en esta sección, se realizará una revisión teórica de conceptos como derecho penal de acto, derecho penal de autor para concluir con una profundización del significado del término acuñado por Jakobs respecto del derecho penal del enemigo.

### 2.1. Principios limitadores del poder punitivo del Estado.

Ya Beccaria, desde el inicio de la construcción de la dogmática penal, construyó algunos principios base para establecer procesos legítimos tratando de frenar el poder punitivo del Estado, entendiendo a este como "todo ejercicio de coerción estatal que no persigue la reparación (no pertenece al derecho civil o privado en general) y tampoco contiene o interrumpe un proceso lesivo en curso o inminente (coerción directa del derecho administrativo)" (Zaffaroni, 2009, pág. 16). Es entonces que la dogmática penal, con la finalidad de poner límites al poder punitivo estatal que siempre es irracional, construye lineamientos que permitirán mantener el orden en un Estado de derecho garantizando así el goce efectivo de derechos fundamentales de quienes se encuentren dentro de un proceso penal.

Es Ferrajoli quien retrata en su libro "Derecho y Razón" (1995) un esbozo general sobre el garantismo penal y así plasma lo que denominó "axiomas garantistas", y que "en la medida en que se hallan incorporados a los ordenamientos positivos, expresan además los fundamentos axiológicos internos o jurídicos de validez" (pág. 25) estos axiomas, explica Ferrajoli (1995) no expresan proposiciones asertivas, sino proposiciones prescriptivas; no describen lo que ocurre, sino que prescriben lo que debe ocurrir. (pág. 92). Eso implica que, en palabras de Encalada (2015) "es un modelo de principio y garantías que designan una condición necesaria, no suficiente, para la atribución de responsabilidad penal y de imposición de una pena" (pág. 9) .

Ferrajoli es el autor que establece 10 axiomas expresadas en máximas latinas en las que refleja dos grandes grupos a los que denominó "garantías penas" y "garantías procesales", para legitimar la imposición de una pena. A efectos de la presente investigación, son las garantías penales en las que se centrará esta revisión que abarca hasta el axioma sexto.

A1 Nulla poena sine crimine.
A2 Nullum crimen sine lege
A3 Nulla lex (poenalis sine necessitate.
A4 Nulla necessitas sine iniuria
A5 Nulla Iniuria sine actione,
A6 Nulla actio sine culpa (Ferrajoli, 1995, pág. 93)

A cada uno de estos otorga un nombre especial "1) principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2) principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto; 3) principio de necesidad o de economía del derecho penal; 4) principio de lesividad o de la ofensividad del acto; 5) principio de materialidad o de exterioridad de la acción; 6) principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal (Ferrajoli, 1995, pág. 93).

Dentro de la norma suprema ecuatoriana se han recogido los axiomas propugnados por Ferrajoli "que, si bien no están enunciados expresamente en la Constitución, están reconocidos como derechos" (Encalada, 2015, pág. 10) y es el mismo profesor Encalada que los visibiliza de la siguiente manera:

**Tabla 1. Principios de derecho penal en la legislación ecuatoriana**

| PRINCIPIO | AXIOMA | CONSTITUCIÓN | SENTENCIAS |
|---|---|---|---|
| Retributividad | "No hay pena sin delito" | Art. 76 número 3. El debido proceso incluye las siguientes garantías básicas: "3 Nadie podrá ser (…) sancionado por un acto u omisión que (…) no esté tipificado en la ley como infracción penal" | 001-09-SCN-CC |

| | | | |
|---|---|---|---|
| Legalidad | "No hay delito sin ley" | Art. 76 numeral 3. El debido proceso incluye las siguientes garantías básicas "3 Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que (…) no esté tipificado en una ley como infracción penal ni se aplicará sanción no prevista en la constitución o la ley" | 047-13-SCN-CC |
| Necesidad | "No hay ley sin necesidad" | Art. 76 numeral 6 y Art. 195: Art. 76. El debido proceso incluye las siguientes garantías básicas "8. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y sanciones penales (…)" Art. 195. "La Fiscalía dirigirá (…) la investigación pre procesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal (…)" | 005-12-SIN-CC |
| Lesividad | "No hay necesidad sin daño" | Art. 66 número 5. "Se reconoce y garantizará a las personas: 5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que los derechos de los demás" | No se ha desarrollado en materia penal |
| Materialidad | "No hay daño sin acción" | Art 76 número 3. El debido proceso incluye las siguientes garantías básicas "3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que (…) | No se ha desarrollado |
| Culpabilidad | "No hay acción sin culpabilidad" | Art 1 "El Ecuador es un Estado de derechos y justicia (…)"<br>Art. 66 Número 5: "Se reconoce y garantizará a las personas: 5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que los derechos de los demás"<br>Art. 76 número 2: "El debido proceso incluye las siguientes garantías básicas: 2. Se presumirá la inocencia de toda persona (…) mientras no se declare su responsabilidad. | No se ha desarrollado en materia penal |

Fuente: (Encalada, 2015, págs. 10-11)

Ahora bien, se encontrarán diferentes principios establecidos también en el COIP y, por tanto, es pertinente analizarlos, incluso, para esbozar la importancia del derecho a la seguridad jurídica, que no siendo materia de esta investigación, ineludiblemente se encontrará conexo. Adicionalmente, y si bien, no fue establecido de manera taxativa por el autor, también se encontrará el principio de proporcionalidad que fue mencionado por el profesor Encalada dentro del cuadro antes expuesto. Sin embargo, para fines prácticos de esta investigación, se profundizarán los principios de proporcionalidad, necesidad, legalidad, lesividad y materialidad en las páginas subsiguientes, que, aunque se explicarán por separado, cada uno funciona también en relación con el otro.

### 2.1.1. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad no es un elemento nuevo dentro de la doctrina penal, Beccaria (2015) determina que "Debe (…) haber una proporción entre los delitos y las penas" (pág. 25), incluso trata de realizar una relación geométrica donde establece que en delitos cuyo grado se encuentra entre quienes destruyen inmediatamente a la sociedad y quienes cometen una pequeña injusticia contra miembros particulares de esta. Por lo tanto, si se pudiese ajustar la geometría a "las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas" podría encontrar una escala correspondiente de penas (Beccaria, 2015) que se entienden como las nociones más insipientes de proporcionalidad a la época.

En la actualidad, el principio de proporcionalidad se ha desarrollado de distintas formas. Mir Puig (2006) establece que en este principio no basta con que "pueda culparse al autor de aquello que motiva la pena, sino también que la gravedad de ésta resulte proporcionada a la del hecho cometido" (pág. 127). Entonces, este se vuelve un mecanismo que permite graduar las penas, por lo tanto, lo que busca es encontrar un equilibrio entre delito-pena y en este sentido "será ilegítima (aunque legal si está normativizada) toda pena que supere en gravedad al fenómeno que se encuentra tras su imposición" (Rodríguez, 2020, pág. 233)

Fuera del concepto en abstracto antes abarcado, la Constitución de la república norma el principio de proporcionalidad y establece en su artículo 76 núm. 6 como el derecho a la proporcionalidad que lo establece "Art. 76. En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza" (Constitución del Ecuador, 2008) y en Sentencia la Corte Constitucional desarrolló también que:

> "El principio de proporcionalidad posee una serie de subprincipio, como el de idoneidad de la norma de conducta y la idoneidad de la norma de sanción, orientando el primero a identificar si la norma jurídica constituye un mecanismo adecuado y pertinente al logro del fin perseguido y el segundo, "exige verificar que la conminación penal representa un medio apto para prevenir la realización de la conducta prohibida" (037-13-SCN-CC)

Por lo tanto, al encontrarse constitucionalizado, será el hilo rector de la determinación de penas en el sistema penal ecuatoriano, con esto como antecedente empieza una línea de cuestionamientos hacia los elementos rectores del derecho penal del enemigo.

### 2.1.2. Principio de Retributividad

El principio de Retributividad nace del axioma "*Nulla poena sine crimine*" (No hay pena sin crimen). Este se refiere a "la pena se debe aplicar solo cuanto 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" (Jiménez Roche, 2016). Este principio tiene como objetivo el castigar al delincuente por haber realizado una conducta ilícita.

El principio de Retributividad penal se enfoca en la necesidad de la existencia de la pena y que sea proporcional al daño causado por el cometimiento del delito, sin embargo, no puede confundirse con el principio de Proporcionalidad que, aunque relacionados, no representan lo mismo, puesto que el principio de proporcionalidad busca que la medida adoptada por el Estado sea adecuada y necesaria en relación con el fin que persigue.

### 2.1.3. Principio de Legalidad

El principio de legalidad traducido en "*Nullum crimen sine lege" (no hay delito sin ley)* ha sido base fundamental del derecho penal en lo que lleva la historia moderna. Como se presentó en la tabla *ad supra* se encuentra determinado en la norma suprema en su artículo 76 núm. 3 donde se establece:

> Art. 76.- El debido proceso incluye las siguientes garantías básicas: 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que (…) no esté tipificado en la ley como infracción penal ni se aplicará sanción no prevista la constitución o en la ley" (Constitución del Ecuador, 2008)

El COIP también lo sostiene de manera más clara estableciendo:

> "Art. 5.- Principios procesales. - El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios: (…) 1. Legalidad: 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." (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

La Corte Constitucional del Ecuador, respecto de este principio a desarrollado:

> El principio de legalidad impone necesariamente que los tipos penales que elabora el legislador sean claros, expresos y conciso, en relación a la conducta que se le da relevancia penal como también respecto a la pena con la cual se conmina , ya que esta es precisamente una de las derivaciones más importantes del principio, pues a los fines de saber si una conducta humana está castigada como delictiva será menester que su descripción sea lo más determinada posible:

> nullum crimen, nullam poena sine lege. Por lo tanto, la descripción de la conducta no podrá ser indeterminada, imprecisa, de conceptos vagos, oscuros, equívocos ni confusos. De aquí se deriva el principio de máxima taxatividad: la criminalización de una conducta deber ser efectuada en forma taxativa y con la mayor precisión técnica posible (047-13-SCN-CC)

Adicionalmente la misma Corte determinó que:

> El principio de legalidad se configura necesariamente por un orden formado y basado en un orden legislativo. La tipicidad es la respuesta del derecho público al sistema positivo y tiene como fin la protección de los derechos individuales en el marco del Derecho penal" (001-009-SCN-CC)

El principio de legalidad tiene algunos aspectos internos adicionales, sin embargo, es suficiente establecer por el momento que este principio "requiere no sólo que los delitos y las penas se hallen previstas por una ley anterior (…), sino también que tal ley determine con suficiente precisión los contornos y límites de los hechos punibles y sus penas." (Mir puig, 2006, pág. 149).

### 2.1.4. Principio de Necesidad

Partiendo del axioma, "*Nulla lex poenalis sine necessitate", (no hay ley sin necesidad)* se establece el principio de necesidad. Este principio **"**conduce, pues, a la exigencia de utilidad. Esto plantea por de pronto la cuestión de si realmente el Derecho penal sirve para evitar delitos." (Mir puig, 2006, pág. 117) esto se traduce a que la sanción debe ser el medio idóneo y único posible de tutelar el bien jurídico protegido. A este principio también se lo puede entender como principio de utilidad penal que "es idóneo para justificar la limitación de la esfera de las prohibiciones penales" (Ferrajoli, 1995, pág. 464).

Varios subprincipios se derivan de este y son claves para establecer límites al "*ius puniendi" (pode punitivo)* del Estado, estos son el de subsidiariedad y fragmentariedad del derecho penal. Principios que se resumen en un derecho penal de última ratio o de mínima intervención, esto se refiere a que "el Derecho penal deja de ser necesario para proteger a la Sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales" (Mir puig, 2006, pág. 117). Este principio se ve reflejado claramente en la norma. El COIP establece:

> "Art. 3.- Principio de mínima intervención. – La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales" (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

Por lo tanto, la norma ecuatoriana recoge ya este principio que se justifica en cuanto "la intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y de la

dignidad de los ciudadanos, el principio de necesidad exige que se recurra a ella sólo como remedio extremo" (Ferrajoli, Derecho y razón: Teoría del garantismo penal, 1995) y frente a esto, los delitos de peligro abstracto también encontrarán un conflicto.

### 2.1.5. Principio de Lesividad

El principio de lesividad o también principio de ofensividad estará íntimamente relacionado con el de necesidad y proporcionalidad, debido a que, el criterio para imponer una pena debe considerar la necesidad de esta con una proporción entre la lesión a un bien jurídico protegido. Ferrajoli (1995) desarrolla el principio desde "la naturaleza lesiva del resultado, esto es, de los efectos que produce" (pág. 466). Entonces solo la lesión de un bien jurídico protegido podrá determinar la necesidad de una sanción penal.

### 2.1.6. Principio de culpabilidad

Como se ha podido evidenciar con anterioridad, cada principio limitador del poder punitivo del Estado está entrelazado con el anterior, estableciendo "que, ante la ausencia de uno de esos presupuestos, no es legítima la imposición de una pena" (Encalada, 2015, pág. 9), no siendo distinto el principio de culpabilidad.

Este principio es segmentado por Muñoz Conde (2010) desde tres aspectos, la primera, la culpabilidad como fundamento de la pena, segunda, como elemento de determinación o medición de la pena y por último como proscripción de la responsabilidad por el resultado o responsabilidad puramente objetiva (págs. 92 - 93) siendo los más pertinentes para la temática los dos últimos aspectos en donde la segunda determina "el cómo de la pena, su gravedad, su duración; en una palabra, la magnitud exacta que, en el caso concreto, debe tener una pena cuya imposición ha sido fundamentada" (Conde Muñoz & García Arán, 2010, pág. 92). Esta definición tiene un rol de limitación para que la pena no sea impuesta de manera lata o con exceso. y la última es que "impide la atribución a su autor de un resultado imprevisible, reduciendo las formas de imputación de un resultado a dolo y a la imprudencia" (Conde Muñoz & García Arán, 2010, pág. 93). Esta definición entra como un símil de la categoría dogmática del tipo penal donde se realiza también un juicio de reproche para determinar si es posible imputar al procesado en virtud de la responsabilidad subjetiva del sujeto.

### 2.1.7. Principio de materialidad

El principio de materialidad se traduce en el aforismo latino *Nullum crimen, nulla poena sine actione o sine conducta* "Se traduce en que el hecho ilícito necesariamente tiene que consistir en un acto u hecho humano que trascienda la subjetividad del autor para proyectarse en el mundo objetivo" (Piñeiro, 2003). Esto lo que establece es que, se debe sancionar una conducta cuando esta se exterioriza. Es decir, debe ser sancionada la lesión del bien y no una fase interna del delito. Por lo tanto, el derecho penal del enemigo encontrará sin duda un conflicto frente a este principio, puesto que, como se ha explicado, los delitos de peligro sancionan un riesgo y no un daño a un bien jurídico protegido.

En este sentido Ferrajoli (1995) manifiesta que "ningún daño, por grave que sea, puede estimarse penalmente relevante sino como efecto de una acción" (pág. 480) por lo tanto, es claro que el principio de lesividad es sustancial también para el desarrollo del principio de materialidad, así como el de culpabilidad. Esto se ve reflejado cuando se manifiesta que solo los actos externos y no los internos pueden producir algún daño:

> "Los actos internos (…) los pensamientos y las intenciones, al igual que los – vicios—y la – maldad de ánimo--, no son perjudiciales para nadie (…) es necesaria la relación de causalidad entre la acción y el resultado dañoso (o peligroso), cuyos elementos vendrán configurados por la dogmática (…) como requisitos esenciales del denominado –elemento objetivo—del delito. Esta relación está indisolublemente unida al principio de materialidad o exterioridad de la acción, dado que sólo la acción externa está en condiciones de producir una modificación del mundo exterior calificable de lesión" (Ferrajoli, 1995, pág. 480).

Es aquí donde los delitos de peligro abstracto entran en conflicto frente al principio de materialidad, debido a su punibilidad de fases preparatoria[1]s de la iter críminis[2]. Como ejemplos encontraremos al delito de asociación ilícita como insignia de choque frente al principio de materialidad.

[1] La fase preparatoria del delito se encuentra en el mundo de las ideas, se entiende que surge esta etapa "al instante mismo en que se produce o surge la idea de cometer un acto delictuoso en el agente o delincuente, en otras palabras, es el preciso momento en que nace la idea y en la que mente surge la intención de realizarlo" (Olingi León, 2008, pág. 33)

[2] La iter críminis se comprende como "camino del delito", "el delito pasa por una **fase interna**, primero, y por otra **fase externa**, después." (Mir puig, 2006)

### 2.1.8. Principio de mínima intervención

El principio de mínima intervención penal se encuentra contemplado en el COIP en su artículo tercero estableciendo que:

> "Art. 3.- Principio de mínima intervención. - La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales." (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

De este texto se puede inferir que el derecho penal deberá ser la última opción para proteger un bien jurídico, incluso contra un delito, y debe ser utilizado solo cuando otros medios que se podrán catalogar como "menos restrictivos" no son efectivos para dicha protección. "El Derecho penal deja de ser necesario para proteger a la Sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales." (Mir puig, 2006, pág. 117). Otra definición será que "La mínima intervención significa que el Estado debía actuar únicamente en los casos más graves y proteger los bienes jurídicos de mayor importancia, y sería el derecho penal la última o extrema ratio, cuando ya hubieran fracasado las restantes alternativas del derecho" (Elbert, 2005, pág. 112) Por lo tanto, el Estado solo debería intervenir en la justa medida para actuar frente a aquellos delitos que generan mayor alarma social.

## 2.2.Clasificación de delitos

Dentro de la doctrina existen una variada forma de clasificación de los delitos. Desde la visión de Rodríguez (2020), existen tipos penales según la clase de conducta, se encuentran según el grado de consumación, el resultado delictivo, están aquellos según la intensidad de la afectación y la gravedad de esta. Se encuentran también delitos clasificados según los intervinientes, número de actos típicos, entre otros. Autores como Roxín, plantean una clasificación más simple de los mismos. A efectos de esta investigación y considerando la posición de Rodríguez (2020) donde las clasificaciones más importantes se detallan en aquellos delitos clasificados por su resultado y actividad y los identificados por su intensidad en la afectación

"La clasificación de los delitos conlleva, además, una regla: un solo delito puede ser clasificado en todas las categorías" (Rodríguez, 2020, pp. 391). En este sentido, se trabajará desde cuatro tipos de delitos en particular donde la clasificación madre se determinará en el grado de afectación teniendo aquellos delitos de lesión, donde se prestará mayor atención en los delitos de peligro, puesto que los delitos de lesión "constituyen la mayor parte de los tipos, el objeto de la acción

ha de ser realmente dañado para que haya un hecho consumado" (Roxin, 1997, pág. 336). Sin embargo, para fines de esta investigación se clasificará en delitos de resultado, de mera actividad, y los delitos de peligro que se dividirán en peligro concreto y peligro abstracto.

### 2.2.1. Delitos de Resultado

Los delitos de resultado serán siempre los delitos más comunes que se encontrarán en la norma, estos delitos se entenderán como "aquellos tipos en los que el resultado consiste en una consecuencia de lesión o de puesta en peligro separada espacial y temporalmente de la acción del autor" (Roxin, 1997, pág. 328). Es decir que para el cometimiento del delito requiere que exista un espacio temporal entre la acción y el resultado. Tomando un ejemplo común, aunque no por eso deja de ser ilustrativo, el homicidio; en este delito una persona dispara un arma de fuego y la bala impactará en la cabeza de la víctima, teniendo como resultado la muerte. En este caso existe un periodo, por más mínimo que sea, entre la acción del disparo y el impacto de bala.

### 2.2.2. Delitos de mera actividad

Los delitos de mera actividad se distinguen de los de hecho, por su diferencia en el espacio-tiempo, (Mir puig, 2006) Mir Puig (2006), determina que "Importa aquí si el tipo requiere o no que la acción vaya seguida de la causación de un resultado *separable* espaciotemporalmente de la conducta. En los delitos de mera actividad no es necesario" (pág. 221). De esta forma, entonces, se comprende que estos tipos penales se ejecutan con la simple acción, puesto que esta ya produce el resultado lesivo. Entonces, los delitos de mera actividad son "aquellos en los que la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y por tanto no se produce un resultado separable de ella. (Roxin, 1997, pág. 328)

> Como conceptualización general los delitos de peligro se pueden definir como "aquellos que no exigen la lesión a un bien jurídico protegido sino su puesta en peligro (…) por la naturaleza de su descripción típica, no genera lesión o, si se produjese una lesión, ya no se juzgaría por este tipo penal" (Rodríguez, 2020, pág. 308)

### 2.2.3. Delitos de peligro

A los delitos de peligro se los puede definir como "aquellos que no exigen la lesión a un bien jurídico protegido sino su puesta en peligro (…) por la naturaleza de su descripción típica, no genera lesión o, si se produjese una lesión, ya no se juzgaría por este tipo penal" (Rodríguez, 2020, pág. 308). Es decir, sanciona un hecho futuro por la posible puesta en riesgo de un bien jurídico protegido y sancionaría en muchas ocasiones una fase interna de la *iter críminis*.

Otra definición acertada es que “en los delitos de peligro el hecho solo supone una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción” (Roxin, 1997, pág. 336). Estos delitos se dividirán en dos clases; Delitos de peligro concreto y los de peligro abstracto, que serán desarrollados en la siguiente sección.

### 2.2.3.1.Delitos de Peligro Concreto

En los delitos de peligro concreto, se comprende que “la realización del tipo presupone que el objeto de la acción se haya encontrado realmente en peligro en el caso individual, o sea que, si no se produce el resultado sea solo por casualidad” (Roxin, 1997, pág. 336). Otra definición se encuentra es en Rodríguez (2020) que establece que “los delitos de peligro concreto exigen, para su consumación, la producción de un peligro efectivo (…) al bien jurídico. Este peligro supone un plus ulterior de la acción y constituye un elemento del tipo (p. 311) entonces explicará que el peligro es concreto cuando existe un alto grado de probabilidad de la producción de un daño” Esto significa que existe una situación real y concreta de puesta en peligro del bien jurídico protegido, en palabras de Mir Puig (2006) suele decirse que en los primeros requiere expresamente la ley la creación de una efectiva situación de peligro (*resultado* de peligro) (pág.229). Por lo tanto, se puede establecer que esta clase de delitos protegen bienes jurídicos supraindividuales como la contaminación de sustancias destinadas al consumo humano en cuanto no existe una lesión propiamente, sin embargo, pone en riesgo la vida o salud, y por esa conducta existe un reproche penal.

### 2.2.3.2.Delitos de peligro abstracto

Una diferencia sustancial que se encontrará en un primer momento es que, a diferencia de los delitos de peligro concreto, en los tipos penales de peligro abstracto “no se puede afirmar tajantemente de qué manera concrete y cómo ese riesgo puede afectar al bien jurídico protegido” (Rodríguez, 2020, pág. 314) Los delitos de peligro abstracto “son aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro” (Roxin, 1997, pág. 407). Esto indica, que los tipos de peligro abstracto se encuentran incluso con la capacidad de sancionar una fase interna de la *iter críminis* al no generar ninguna lesión, sino sancionar la posibilidad eventual de generar un daño o la planificación del mismo.

Encontramos una diferencia sustancial en relación con los tipos de resultado e incluso frente a los de mera actividad, puesto que, en los primeros, como se explicó ad supra, existe una distancia entre la acción y el resultado lesivo. En los delitos de mera actividad el resultado lesivo es igual a la acción y no se desprende de ella, mientras que dentro de los delitos de peligro abstracto “la peligrosidad típica

de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro" (Roxin, 1997, pág. 336). Esto significa que la acción puede poner en riesgo un bien jurídico protegido no teniendo certeza respecto de la posibilidad de lesión. Es más, "no es preciso que en el caso concreto la acción cree un peligro efectivo: solo serían delitos de peligro en el sentido que la razón de su castigo es que normalmente suponen un peligro" (Mir puig, 2006, pág. 229)

Incluso la indeterminación o la incertidumbre de cómo estos tipos de delitos pueden llegar a generar alarma social o peligro se muestra reflejado en la crítica realizada por Mir Puig (2006) que establece que "los delitos de peligro abstracto no requerirían ningún peligro efectivo, por lo que sería dudoso incluso que se explicasen como verdaderos delitos de peligro" (Mir puig, 2006, pág. 230)

## 2.3.Doctrinas de Derecho Penal

### 2.3.1. Derecho Penal de Acto

El derecho penal de acto, de manera concreta, se referirá a que las normas punitivas se enfocan en lo que la persona hace y no en quién es. "Los actos humanos (por acción u omisión) que se configuran como tipos penales (…) acarrean una sanción penal (…) sin importar quién las ejecuta" (Rodríguez, 2023, pág. 170) Será también Roxin (1997) quien defina que al derecho penal de acto se lo entiende como "una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente (…) y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo" (pág. 176). Por tanto, el ejemplo más claro es un homicidio, donde se sanciona el acto de dar muerte a una persona y esto es indistinto a quien lo hace, puede ser un estudiante universitario, podría ser una persona común en la calle, al final lo que se sancionará será el acto.

### 2.3.2. Derecho Penal de Autor

Como contrario al derecho penal de acto, existe el derecho penal de autor, que existe "cuando la pena se vincule a la personalidad del autor y sea su asocialidad y el grado de la misma lo que decide sobre la sanción" (Roxin, 1997), frente a esto, se encuentra una sanción por lo que es o quien es la persona. "El Derecho Penal de Autor es una corriente que sanciona – *persigue* es la palabra adecuada- a las personas por lo que representan y no por su conducta, al puro estilo de Cesare LOMBROSO." (Rodríguez, 2023, pág. 171). Esta corriente determina en términos de Zaffaroni (2012) estereotipos bajo los cuales actúa el poder punitivo para seleccionar a los "clientes del sistema penal" al encontrarse puestos un disfraz de criminal.

### 2.3.3. Derecho Penal del Enemigo

El derecho penal del enemigo es una corriente dogmática acuñada por Jakobs donde, establece un sistema penal para ciudadanos y otro para enemigos; esto no este positivizado en la norma, sino, nos encontraríamos frente a un sistema de *apartheid.* La labor de Jakobs fue la de describir en la realidad qué sucede con la determinación de un "enemigo". Es el mismo autor que define:

> *"*El Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punitividad, […] la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: hecho futuro), en lugar de – como es habitual- retrospectiva (Punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas" ( (Jakobs & Cancio Meliá, 2003, págs. 79-81)

El derecho penal del enemigo, como se ha venido advirtiendo desde el inicio, tiene por objeto sancionar un hecho futuro que, desde una visión de derecho penal más clásico, es inconcebible, puesto que llega a sancionar elementos establecidos en un estado previo de pensamiento. Luego, y dicho por el propio autor de la teoría, no cumple con parámetros de proporcionalidad con relación al bien jurídico protegido que se ve "afectado", ya que no existe lesión alguna. Y como último punto un elemento procesal, donde sus reglas se ven relativizadas irrumpiendo principios básicos desarrollados ampliamente como victoria del Estado moderno para garantizar derechos fundamentales.

Silva Sánchez (2006) desarrolla un concepto respecto de un derecho penal de primera y segunda velocidad y se cuestiona respecto del derecho penal del enemigo "si puede admitirse una "tercera velocidad" del Derecho penal, en la que el *Derecho penal de la cárcel concurra con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales*" (pág. 183) además de manifestar la existencia ya de esta particular situación en la práctica, que no hace sino reforzar la idea de la amplia contradicción del derecho penal del enemigo frente a principios fundamentales que buscan mantener a raya la irracionalidad del poder punitivo del Estado como fueron ampliamente expuestas *ad supra*.

Un siguiente punto relevante frente a la conceptualización de derecho penal del enemigo expresada por su autor es que:

> "La esencia de este concepto de Derecho penal del enemigo está, entonces, en que constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos, que nada significa, ya que de modo paralelo a las medidas de seguridad supone tan sólo un procesamiento desapasionado, instrumental, de determinadas fuentes de peligro especialmente significativas. Con este instrumento el Estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos) (Jakobs & Cancio Meliá, 2003, pág. 86)

Se plantea entonces que "Jakobs describe al Derecho Penal del Enemigo como una modalidad penal en la que la pena no significa un reproche sino un mecanismo de contención frente a autores de especial peligrosidad" (Rodríguez, 2023, pág. 75). Por lo tanto, Derecho penal del Enemigo se entrelaza con el Derecho penal de autor, que si bien Rodríguez (2023) realiza una distinción estableciendo que "el Derecho Penal del Enemigo, con el cual se podría juzgar a alguien o a un grupo individualizado que con sus actos se han declarado enemigos, pero no por esto se crea un catálogo de personas, apariencias nacionalidades, etc." (pág. 171) y más adelante aceptará que "el Derecho Penal del Enemigo responde inevitablemente a patrones de Derecho Penal de Autor" (Rodríguez, 2023, pág. 172) a pesar de que es el propio autor de esta doctrina ya establece que "El derecho penal del enemigo no es un Derecho penal del hecho, sino de autor" (Jakobs & Cancio Meliá, 2003, pág. 94) que a la luz del artículo 22 del COIP lo haría incompatible con nuestra legislación, sin embargo, y como es bien advertido "estas características no aparecen con esta nitidez negro sobre blanco en el texto de la ley, sino que se encuentran sobre todo en diversas tonalidades de grises" (Jakobs & Cancio Meliá, 2003, pág. 84).

### 2.3.4. Garantismo Penal

El Garantismo penal, es un modelo teórico desarrollado con mayor profundidad por Luigi Ferrajoli, quien narra tres acepciones. El primero es un modelo normativo de derecho:

> *"*El modelo de «estricta legalidad» SG propio del estado de derecho, que en el plano epistemológico se caracteriza por un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano de lo político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y maximizar la libertad y en el plano de lo jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos ciudadanos" (Ferrajoli, 1995, pág. 851).

Significando esto que el garantismo está vinculado a un modelo de estricta legalidad en el derecho penal, que debe ser una condición propia del Estado de derecho.

Una segunda acepción referida a la teoría del derecho y crítica del derecho " Designa una teoría jurídica de la *«*Validez*»* de la –efectividad" (Ferrajoli, Derecho y razón: Teoría del garantismo penal, 1995), toma a estos conceptos de manera separada y busca marcar 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" (Jiménez Roche, 2016)

Y su tercera acepción es con una visión desde la filosofía del derecho y crítica de la política "El garantismo presupone la doctrina laica de la separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre punto de vista interno y punto de vista externo en la valoración del ordenamiento" esta

acepción “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.” (Jiménez Roche, 2016)

El autor une estas tres acepciones para consolidar una posición respecto de la construcción de esta teoría. “El garantismo, según Ferrajoli es un paradigma de carácter general, que procura un sistema de límites y vínculos no sólo respecto al Poder Judicial sino de todos los demás poderes, para la garantía de todos los derechos fundamentales” (Prieto Morera, S.F.) Esto significa que el garantismo penal se manifiesta en los axiomas detallados *ad supra,* que sirven como un limitador del poder punitivo del Estado. Este modelo sin duda busca una defensa en pro de los derechos fundamentales, que en suma es a lo que Ferrajoli (2004) *“*los derechos fundamentales se afirman siempre como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia” (pág. 54).

¿Quién es el más débil? “«El más débil» es aquella persona que está en situación de vulnerabilidad, Los derechos humanos son mecanismos para proteger al que sufre la injusticia, el daño ilegitimo, la violación de sus atributos” (Ávila Santamaría, 2013, pág. 48) y esta condición puede ser variada dependiendo la situación. En materia penal, que es el caso de análisis que corresponde en la presente investigación, se puede encontrar distintas situaciones:

> “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. En estas tres relaciones, el más fuerte ejerce el poder y el más débil está sometido.” (Ávila Santamaría, 2013, pág. 49)

A diferencia del derecho penal del enemigo que segmenta dando por hecho la existencia de un “ciudadano” y la de un “enemigo”, se presenta esta postura contraria que defiende los derechos fundamentales de cada ser humano. El garantismo penal no constituye una línea de pensamiento en defensa de quienes han cometido algún crimen para evitar su sanción, sino, resuelve que debe en todo proceso y circunstancia deben respetarse principios y derechos básicos para garantizar un desarrollo adecuado del Estado constitucional de derechos y así tratar de racionalizar al poder punitivo, limitándolo.

# 3. Revisión constitucional de los delitos de peligro abstracto en el derecho comparado y análisis de sentencias en Ecuador: Desarrollo de un Test de proporcionalidad

Al tener claro, por un lado, conceptos como delitos de peligro abstracto, su origen y conexión con doctrinas como el Derecho penal de Autor y principalmente, Derecho Penal del Enemigo y por otro lado los principios limitadores del poder punitivo del Estado, es necesario contraponerlos para poder verificar la existencia o no de conflicto de constitucionalidad por el gran abanico de problemas que abarca la existencia de estos delitos. En este sentido, el objetivo de esta sección será realizar una revisión del derecho comparado, continuando con un cuestionamiento en la legislación ecuatoriana, para concluir de esa forma con un test de proporcionalidad.

## 3.1. Constitucionalidad de los tipos de peligro abstracto en derecho comparado

Un elemento peculiar de los delitos de peligro abstracto es que en esencia tutelan como bien jurídico en su mayoría a la "seguridad colectiva" o "la estructura del estado constitucional" porque como bien se advirtió, estos tipos penales nacen bajo la idea de protección del Estado como institución y los varios actores contractualistas señalan a quienes no quieran formar parte de este gran contrato social como enemigos. Estos elementos son transversales en las distintas legislaciones del mundo donde se abarcarán casos concretos como Colombia, Chile y España para su ejemplificación en virtud de realizar un estudio comparativo con la legislación ecuatoriana.

### 3.1.1. Colombia

Así como en Ecuador en Colombia se cuestiona la constitucionalidad de los tipos de peligro abstracto. No es un debate nuevo, ya que esto ha sido plasmado a través de la Corte Constitucional de Colombia (en adelante CCC) donde determina:

> "En los delitos de peligro abstracto, el legislador, a priori, considera peligrosa una determinada actividad. Por ende, el eje central de su construcción generalmente gira en torno a la infracción de normas administrativas. Por esta razón, otra de sus características es el diseño de una administración centralizada de los riesgos, en el sentido que el tipo señala la infracción de determinadas reglas técnicas (v.gr la infracción de la prohibición de manejar embriagado) como constitutivas de una conducta punible. Esto implica que, en vez de acudir al clásico derecho de policía, señalando sanciones para el caso del incumplimiento de las normas administrativas, hay una huida hacia el derecho penal para responder a esta clase de comportamientos" (C-939/02, 2002)

Otra definición otorgada dentro de la misma sentencia se encuentra cuando expresa que "se trata de los llamados delitos de peligro abstracto, en los cuales *la simple realización de la actividad prohibida es relevante para el tipo,* sin que se requiera verificar que realmente ha producido una situación de riesgo para los bienes jurídicos protegidos". La CCC liga estrechamente al principio de proporcionalidad y razonabilidad frente a los tipos de peligro abstracto estableciendo que:

> "Respecto de la proporcionalidad y la razonabilidad del tipo penal y su sanción, la Corte ha indicado que al establecer tratamientos diferenciales se somete a un juicio estricto de proporcionalidad del tipo, así como de la sanción. La proporcionalidad, implica, además, un juicio de idoneidad del tipo penal. Así, ante la existencia de bienes jurídicos constitucionales, el legislador tiene la obligación de definir el tipo penal de manera tal que en realidad proteja dicho bien constitucional." (C-939/02, 2002)

En este caso, el tribunal utiliza como sinónimo al principio de razonabilidad, como plasma el texto, con el principio de necesidad, concluyendo que:

> En la definición del tipo, el Gobierno está limitado a describir conductas que pongan en peligro directo el orden público. Esta restricción no apunta a la delimitación de los bienes jurídicos tutelados, sino a los criterios que puede utilizar el Gobierno para describir la conducta turbadora del orden público. No son admisibles tipos penales descritos bajo la forma de amenaza o de capacidad abstracta de afectar el orden público, sino que se demanda una precisión sobre la capacidad concreta de alterar en forma grave el orden público. En términos ordinarios, el juicio de razonabilidad supone que las medidas que adopte el legislador (sea ordinario o excepcional) sean idóneas para el fin que persigue la norma. Se trata de un juicio de racionalidad de la medida y que difiere del principio de finalidad que busca definir, a partir de presupuestos normativos y no de un juicio de adecuación de medios afines, qué clase de conductas se pueden tipificar y bajo qué condiciones." (C-939/02, 2002) las negrillas me corresponden

En este sentido, la línea que utiliza la CCC ha buscado plasmar la necesidad de establecer de manera más concreta los delitos de peligro, como se mencionó *ad supra,* que no es admisible que los tipos penales no pueden constituirse bajo una forma de amenaza o de capacidad abstracta de afectar el orden público y, sin embargo, no existe una postura que establezca con claridad la incompatibilidad de estos tipos penales frente al sistema jurídico colombiano. A pesar de que se encuentre una zona gris donde se inclina hacia la construcción de un conflicto de constitucionalidad, se mantiene una interpretación que lo justifica y trata de establecer un marco de acción para la existencia de estos tipos penales.

La CCC también ha determinado que:

> "Finalmente, no es acertado sostener que la voluntad del legislador al consagrar delitos como los de peligro abstracto era la de prever como punible todo comportamiento que se ajuste en la descripción típica del precepto, pues tal como lo ha reiterado la Corte Constitucional en varias oportunidades, la potestad punitiva del Estado no puede ir en contra de los principios que legitiman al derecho penal en un Estado Social de Derecho." (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2009)

Con este análisis, la CCC busca acercarse a una concepción de mínima intervención del derecho penal, recalcando que a pesar de la existencia del delito típicamente descrito y que

ha cumplido con todos los parámetros de formalidad, va a existir una posibilidad de que la misma existencia del tipo pueda exceder los límites del poder punitivo del Estado.

En conclusión, la CCC, aunque con un escaso desarrollo de la materia y donde manifiesta en un grado la complejidad que representan estos tipos penales considera pertinente que el legislador "debería" intentar llevar su redacción a delitos de peligro concreto e intentar limitar en lo posible su aplicación.

### 3.1.2. Chile

La República de Chile cuenta también con un debate latente. Sobre estos tipos penales, el Tribunal Constitucional ha manifestado que:

> Los delitos de peligro abstracto, como la asociación ilícita, que existe por el solo hecho de organizarse, implican una presunción juris et de jure, que ha sido creada de un modo contrario a las normas constitucionales que exigen la prueba de afectación a bienes jurídicos de terceras personas. (Tribunal Constitucional de Chile, 2007)

En este sentido, el concepto de bien jurídico que para efectos sencillos se entenderá como el objeto de protección, como un elemento, tangible o intangible, que es protegido por la norma. En palabras de Mir Puig (2006) "se utiliza por la doctrina penal en dos sentidos distintos: a) en el sentido político-criminal (*de lege ferenda*) de lo único que merece ser protegido por el Derecho penal (en contraposición, sobre todo, a los valores solamente morales);29 b) en el sentido dogmático (*de lege lata*) de objeto efectivamente protegido por la norma penal vulnerada de que se trate." (pág. 161). Ante esto, el Tribunal supremo continua en sentencia desarrollando que:

> "El principio del bien jurídico deslegitima los delitos de peligro abstracto, es decir, aquellos delitos en los que simplemente se castiga una situación provocada por el autor que se presume peligrosa, como la asociación ilícita que existe por el solo hecho de organizarse. Con la presunción de peligrosidad se excluye que el peligro sea un elemento típico y, por tanto, que la acusación tenga que acreditar la peligrosidad concreta de la acción para el bien jurídico protegido." (Tribunal Constitucional de Chile, 2007)

Al igual que la CCC, el Tribunal Constitucional de Chile manifiesta la necesidad de acreditar una peligrosidad concreta y no dejar el tipo penal en un riesgo abstracto tan incierto como representa el tipo penal revisado. Es así como el análisis prosigue con un cuestionamiento respecto de principios que legitiman el derecho penal:

> "El principio de la lesividad que no se encuentra expresamente consagrado en tratados internacionales que vinculen al Estado de Chile ni en la propia Constitución Política – deriva de la necesidad de que la intervención penal se justifique en la protección de bienes jurídicos determinados. La existencia de un bien jurídico realmente afectado, en cuanto permite conocer qué se protege, determina el contenido y límite de la tipicidad. Por lo antedicho, la doctrina penal

> mayoritaria no admite los delitos de peligro abstracto y cuestiona su compatibilidad constitucional." (Tribunal Constitucional de Chile, 2007)

El Tribunal Supremo encontró un conflicto respecto del principio de lesividad, donde a pesar de que el mismo no se encuentra de manera taxativa en la norma penal ni constitucional chilena, interpreta que el derecho penal se encuentra entrelazado con elementos del garantismo penal expresados en los axiomas de Ferrajoli, y por tanto termina concluyendo:

> "Que, sin embargo, la protección del orden y la seguridad públicos constituye un bien jurídico de carácter colectivo, cuya abstracción dificulta su prueba. En la sociedad contemporánea es reconocido como un valor esencial para la estabilidad del régimen democrático y condición insoslayable del progreso económico y social, lo que justifica sancionar su transgresión en etapas preliminares del desarrollo del delito." (Tribunal Constitucional de Chile, 2007)

El debate sostiene un elemento similar hasta ahora, que en la práctica parece no deslindarse de la justificación y es que "los delitos de peligro abstracto no están para proteger bienes jurídicos, sino para garantizar "seguridad". Y seguridad es el "Estado jurídicamente garantizado que está previamente cuidado de modo suficiente" (Roxin, 1997, pág. 409). Por ejemplo, a pesar de que la motivación y desarrollo de la sentencia plantea severos cuestionamientos respecto de la constitucionalidad de los tipos de peligro abstracto, el tribunal sostiene una "necesidad" de sostenerlos en el sistema jurídico, separándose de una línea garantista.

### 3.1.3. España

El debate jurídico respecto de los tipos de peligro abstracto se encuentra en las distintas legislaciones del mundo. Cabe advertir que el Tribunal Supremo Español maneja una postura que justifica y defiende la existencia de los delitos de peligro abstracto y, sin embargo, "pese que las líneas del Tribunal Supremo parecen claras en algunos extremos, ello no quita para que existan tribunales inferiores que discrepen de las mismas." (Ontaneda Iglesias, 2017).

En primer lugar, el tribunal define a estos tipos penales como "aquellos que incriminan conductas peligrosas según la experiencia general y que resultan punibles sin necesidad de poner concretamente en peligro el bien jurídico protegido" (STS 6869/1997, 1997). Este tribunal expresa que estos tipos penales se encuentran en "una categoría que incrimina conductas peligrosas mediante reglas de la experiencia general (…), se utilizan para sancionar dichas acciones peligrosas, sin necesidad de constatar un riesgo efectivo derivado de las mismas, dado que, ese peligro ha sido tomado en cuenta por el Legislador antes de tipificarlos" (Ontaneda Iglesias, 2017), que como ha sido ampliamente desarrollado durante la presente investigación, es un concepto ya aceptado y validado. Sin embargo, las definiciones aquí plasmadas muestran una temible similitud con aquellos propugnadas por Jakobs

y Meliá (2003) que “por la circunstancia de que no se trata en primera línea de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro; la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos” (pág. 40)

En otro caso el Tribunal, profundiza respecto del principio de idoneidad que debe ser entendido como aquel que “supone la exigencia de que la intervención por medio del Derecho penal sea requerida para la tutela del bien jurídico y que la medida adoptada, tanto la pena como la medida de seguridad, sea la adecuada para conseguir la finalidad que se persigue.” (Cuadrado Ruíz, 2020) y por ende el Tribunal desarrolla que:

> “La cuestión de la idoneidad de la que se habla en la sentencia, consiguientemente, no depende de la concreción del peligro, sino exclusivamente de la abstracta adecuación al mismo que ha establecido el legislador. De estas consideraciones se deduce que el juicio sobre la idoneidad realizado por la Audiencia es impropio de la comprobación de la tipicidad de un delito al que esta Sala en repetidas oportunidades ha considerado como un delito de peligro abstracto.” (STS 6869/1997, 1997)

De este modo el Tribunal Supremo Español plasma dentro de su línea jurisprudencial no conflictos respecto de los principios limitadores del poder punitivo en general, si no que lleva a su análisis en donde no responde a su proporcionalidad o incluso necesidad, sino que, al encontrarse adecuado el proceso legislativo y siendo este quien cuenta con la competencia para determinar que es o no es una alarma social, como ha determinado que los riesgos deben ser sancionados, entonces son idóneos. Esto también se ve plasmado cuando el Tribunal realiza una revisión respecto del principio de mínima intervención del derecho penal, donde concluye que:

> “reducir la intervención del derecho penal, como última "ratio", al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el Legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al Legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal. Por otra parte, el principio de intervención mínima sólo se entiende cabalmente si se le sitúa en un contexto de cambio social en el que se produce una tendencia a la descriminalización de ciertos actos -los llamados "delitos bagatelas" o las conductas que han dejado de recibir un significativo reproche social- pero también una tendencia de sentido contrario que criminaliza atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierte en especialmente valiosos. Esto último nos debe poner en guardia frente a determinadas demandas que se formulan en nombre del mencionado principio.” (STS 7/2002, 2002)

La visión que entrega la jurisprudencia española muestra una alta aceptación a la punibilidad, con una postura a favor de un Estado más policial y menos garantista.

## 3.2. Fundamento Constitucional Ecuador

Es importante para continuar con esta sección el realizar la siguiente pregunta: ¿Es el sistema penal ecuatoriano garantista? Es decir, ¿el garantismo penal se encuentra plasmado en el ordenamiento jurídico penal? La Constitución del 2008, una constitución que se ha considerado garantista, determina en su primer artículo que:

> "Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. (…)" (Constitución del Ecuador, 2008)

En un primer momento se definen los elementos: a) Estado Constitucional y b) de derechos. A diferencia de los establecidos en la constitución de 1998 "estas categorías "derecho y justicia" implicarían un cambio cualitativo en cuanto al Estado constitucional, que indica el sometimiento de todos los actos públicos y privados a la constitución incluyendo a la ley y decisiones judiciales" (Guerrero Salgado, 2020, pág. 24). Frente a esto la Corte Constitucional del Ecuador ha señalado que:

> "Tres son los efectos esenciales que trae consigo el Estado Constitucional, y que en un alto grado, su eficacia descansa en las labores que deben desempeñar las Salas de Selección y Revisión de la Corte Constitucional:
> a) El reconocimiento de la Constitución como norma vinculante, valores, principios y reglas constitucionales;
> b) El tránsito de un juez mecánico aplicador de reglas a un juez garante de la democracia constitucional y de los contenidos axiológicos previstos en la Constitución; y
> c) La existencia de garantías jurisdiccionales vinculantes, adecuadas y eficaces para la protección de todos los derechos constitucionales." (001-10-PJO-CC, 2010)

Respecto del Estado de Derechos, Ávila (2009) responde que:

> "Decir que el estado es de derechos significa que se está redefiniendo la centralidad de los derechos de las personas sobre el estado y sobre la ley. Si una persona se aproxima al tratamiento de los derechos de la Constitución del 2008, podrá apreciar que es un eje transversal que cruza no solo la parte de principios del estado, los derechos, sino también la parte orgánica (…)" (pág. 791)

En este sentido se puede concluir que el estado constitucional de derechos no cuenta con aquella visión más rígida y tradicional, tal vez plasmada desde una visión Kelseniana respecto de la constitución si no que "se requiere, además, que la Constitución tenga dos elementos adicionales: un catálogo de derechos fundamentales que operen como vínculos *materiales* al poder estatal, y que instituya mecanismos jurisdiccionales que controlen la sujeción a esos vínculos" (Lozada Prado & Ricaurte Herrera, 2015, pág. 32), lo que implicaría que la Constitución no puede tener un sentido solo material y formal.

El Estado ecuatoriano al verse atravesado desde su carta magna por esta visión donde no consta con cualquier contenido, "sino uno específico, trocalmente caracterizado por los derechos fundamentales" (Lozada Prado & Ricaurte Herrera, 2015, pág. 32) y que, por lo tanto, plaga una visión

garantista que debe ineludiblemente atravesar todas las normas derivadas de este cuerpo normativo. Al ser el Ecuador un Estado Constitucional de derechos, tal y como lo plasma el artículo primero de la carta magna, este se vuelve "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" (Ferrajoli, 2008, pág. 27). Entonces, "el único modelo de derecho penal que el Estado Constitucional demanda se llama «garantismo penal»" (Ávila Santamaría, 2013, pág. 42) y, por tanto, el COIP no puede ser la excepción. Lo que marcará una inevitable ruptura entre cualquier elemento derivado de una doctrina como el Derecho Penal del Enemigo.

La Constitución del 2008, no solo generó un cambio importante respecto del artículo 1 cuando determina que el Ecuador es un Estado Constitucional de derechos, adicionalmente la construcción del bloque de constitucionalidad permite una protección de derechos fundamentales, más allá de lo escrito en la carta magna. Esta visión "permite a la Constitución convertirse en una norma viva, dinámica, adaptable a los profundos cambios en los que se desarrolla la sociedad, un instrumento a la par de las necesidades individuales y sociales distintas y cambiantes." (Caicedo Tapia, 2009, pág. 25). Esto se ve reflejado en la norma Constitucional analizándola de forma sistemática. En primer lugar, detalla en el numeral tercero del artículo 11 que expresa:

> Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:
> 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. (Constitución del Ecuador, 2008)

Esta norma ya en un primer momento señala que los instrumentos de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación independientemente de la existencia o no de norma jurídica (tercer inciso). El mismo artículo en su numeral séptimo también señala que:

> 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. (Constitución del Ecuador, 2008)

Ampliando también en la norma constitucional la vigencia de los derechos fundamentales que de manera expresa señala que "no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas" (Constitución del Ecuador, 2008) protegiendo ante cualquier hecho o circunstancia a cada persona desde la dignidad de esta, hecho que no será reconocido si la persona es categorizada como "enemigo". Esto se conecta de manera evidente con el Artículo 424 que establece:

> Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.
>
> La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. (Constitución del Ecuador, 2008)

El Estado Constitucional de Derechos, la protección de derechos fundamentales y una concepción garantista está presente a través de todo este cuerpo normativo e incluso bajo esta visión de constitución viva, todo aquello que derive de la dignidad de las personas. Por lo tanto, reafirmando las palabras de Ferrajoli, el camino cierto en el derecho penal para la adecuada construcción y vigencia de un Estado Constitucional es el "garantismo penal".

En el contexto ecuatoriano, así como en varios otros países (cuáles?), el conflicto de constitucionalidad respecto de los tipos de peligro abstracto existe en la constante pugna entre la necesidad de proteger la seguridad ciudadana frente a lo que Silva Sánchez (2006) reconoce como la expansión del derecho penal moderno contra la protección de derechos fundamentales que pueden ser vulnerados frente a estos delitos que, encuentran su origen principalmente en la doctrina del Derecho Penal del enemigo.

Es preciso señalar que estos tipos penales determinan la existencia de un riesgo incierto que es considerado como delito sin la necesidad de haber causado daño o lesión alguna. Se reconoce que "los delitos sólo son posibles en una comunidad ordenada, en el Estado (…). Y el delito no aparece como principio del fin de la comunidad ordenada, sino sólo como irritación de ésta, como desliz reparable" (Jakobs & Cancio Meliá, 2003, pág. 35) y este es castigado utilizando el poder punitivo del Estado explicado ya con en palabras de Weber (1919) tiene el "monopolio legítimo de la violencia". Pero existe una diferencia sustancial cuando se plantea la posición de un enemigo y todo el aparataje institucional se encuentra encaminado a liberar la irracionalidad del poder punitivo. Este poder punitivo con el que legítimamente cuenta el Estado que siempre ha sido irracional y explica Zaffaroni (2009):

> "La irracionalidad del poder punitivo. debida a su selectividad estructural (inevitable). resulta innegable (la pretensión de dotarlo de racionalidad con las teorías que postulan cómo debería ser la pena no parece ser otra cosa que una racionalización). De allí que, a la luz de los datos de la sociología y de la ciencia política, no sea posible considerarlo como un fenómeno jurídico y deba tratárselo como un hecho de la realidad del poder, unfactum o hecho político. En este sentido el poder punitivo comparte la naturaleza de la guerra: puede deslegitimarse por irracional. pero no por ello desaparece, simplemente porque es un hecho de poder." (pág. 28)

Haciendo una analogía donde se considere como un ser viviente (al poder punitivo del Estado), este busca liberarse y ejercer su fuerza, y como se encuentra siempre en un estado de guerra iba a decantar en que exista una posición guiada por una postura de amigo/ enemigo o lo que Jackobs (2003)

definió como los dos polos del derecho penal que para a la doctrina del Derecho Penal del Enemigo establece que:

> "El derecho penal conoce dos polos (…) 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 estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad" (Jakobs & Cancio Meliá, 2003, págs. 42 - 43)

El poder punitivo entonces sí reconoce a un enemigo y mientras más se desarrollan los mecanismos de criminalidad y se diversifican las maneras de cometer delitos también se plaga en la opinión ciudadana una imagen de esta naturaleza para legitimarla y, por tanto:

> "En el ámbito de la criminalidad económica, del terrorismo, de la criminalidad organizada, en el caso de –delitos sexuales y otras infracciones penales peligrosas--, (…) incluso ya en la conspiración para delinquir, se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona." (Jakobs & Cancio Meliá, 2003, págs. 39-40)

Ante esta realidad latente, descrita por Jackobs, es un deber poner un límite a este poder punitivo del Estado que podría transgredir con derechos fundamentales. Pero, existeuna problemática adicional al respecto, que se plasmará en función de la dinámica política existente en el país. Al definir un enemigo y utilizar todo el aparataje institucional para que se actúe en contra de este "enemigo" va a encontrarse como una herramienta política de castigo al adversario y varios son los casos suscitados. Los de peligro abstracto en su mayoría responden a la protección de "la estructura del Estado, el Estado constitucional, seguridad pública" etc. En principio, la víctima aquí será el propio Estado, donde a fin de eliminarse una incomodidad podría utilizar el aparataje estatal para ese freno. Por tanto, ciudadanos, adversarios o medios de comunicación no expresarán determinados criterios por temor a sanciones, puesto que "son demasiado gravosas para la libertad de expresión, producen (…) un efecto de "enfriamiento" de las expresiones y del debate público" (González Morales, Censura judicial y libertad de expresión: sistema interamericano y derecho chileno, 2006). Algunos ejemplos que, no siendo necesariamente un tipo de peligro abstracto, pueden determinarse como tal, son: el delito de sabotaje frente a los acontecimientos del 2019 donde se incendió la Contraloría General del Estado o el caso de Rebelión de figuras del correísmo en un gobierno de tendencia política contraria, o en casos no necesariamente penales como el del periódico el Universo en el periodo del ex presidente Rafael Correa (2006-2017) donde "tales circunstancias podría ocurrir que los medios de comunicación o personas naturales no emitan determinadas expresiones, por temor a las sanciones que ello les acarrearía." (González Morales, Censura judicial y libertad de expresión: sistema interamericano y derecho chileno, 2006).

¿Por qué es necesario entonces hacer una revisión de los delitos de peligro abstracto en el marco del derecho penal y constitucional ecuatoriano? Aunque la pregunta pudo ser resuelta con

anterioridad por la construcción de algunos tipos penales, políticas criminales y la falta de límites al poder punitivo que existe con la presencia de los elementos antes detallados. Se podrá afirmar que, desde su construcción teórica, estos tipos penales nacen de la doctrina cuestionada, sería impreciso señalar que todo tipo penal de peligro abstracto debe encontrar un conflicto de constitucionalidad, sí debe ser analizado, pero no puede ser tomado desde un punto de vista que observe una dicotomía/un binarismo blanco y negro, cuando existe una amplia escala de grises a considerar.

Rodríguez (2023) manifiesta que "en Ecuador no es que se deba aplicar o no se deba aplicar al derecho penal del enemigo, sino que ya existe, y su presencia es innegable" (pág. 207), afirmando la existencia del derecho penal en el COIP, encontrándose en delitos como el de Rebelión (Art.336) Apología de la sedición (Art.342) Apología del delito (Art. 365) delitos del 348 al 350. Por excelencia, delitos como Terrorismo (Art. 366) Delincuencia Organizada (Art. 369) y Asociación ilícita (Art. 370). Hay sin duda otros, así como herramientas procesales que también se fundamentan en el Derecho Penal del Enemigo que no serán abarcadas. Pero en concreto existe ya un alto adelantamiento de la punibilidad en la fase iter críminis con la construcción de estos tipos. Frente a esto, la existencia del Derecho Penal del enemigo es una realidad en el Ecuador.

Al ver la Constitución del Ecuador bajo una visión garantista que, como se anticipó en el texto, debe plagar toda la demás normativa existente, y reconociendo principios como el de mínima intervención penal. Es preciso que la Corte Constitucional desarrolle más a profundidad estos principios limitadores del poder punitivo del estado para protección y garantía de la población que, por el momento, solo se podrán considerar elementos doctrinarios para concluir así en un test de proporcionalidad y así delimitar hasta qué punto es válida, idónea y proporcional la existencia de un tipo (en este caso de peligro abstracto) y en qué punto transgrede los límites de las garantías de derechos y principios fundamentales, todo esto para la construcción de un derecho penal que considere a todos como ciudadanos, incluso considerando la peligrosidad que pueda representar la idealización de ciertas acciones, y no como "enemigos" respetando siempre a cada sujeto teniendo como conclusión el tipo no puede pertenecer al sistema jurídico ecuatoriano por su incompatibilidad con el mismo.

## 3.3. Test de proporcionalidad como medio interpretativo en los delitos de peligro abstracto

### 3.3.1. Descripción del test de proporcionalidad

El test de proporcionalidad es una herramienta de interpretación para resolver un conflicto de principios en cuanto a derechos fundamentales se refiere. Es necesario tener claro que se entiende que los principios son "mandatos de optimización (…) En tanto mandatos de optimización, los principios

son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas" (Alexy, 2004, pág. 162), y se distingue de las reglas puesto que "las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos. (…) son normas que siempre o bien son satisfechas o no lo son. Si una regla vale y es aplicable, entonces está ordenado hacer exactamente lo que exige." (Alexy, 2004, pág. 162)

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC) en su artículo tercero en su numeral segundo establece:

> *"*Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional. - Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente. Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:
> 2. Principio de proporcionalidad. - Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional." (LOGJCC, 2009)

Tal y como establece la LOGJCC para poder realizar el test se verificará que, primero responda a un fin constitucionalmente válido, es decir que responda a la constitución. La Corte Constitucional desarrollando este concepto ha establecido que para la existencia de "una restricción o limitación persiga un fin legítimo implica que la medida adoptada tenga como horizonte el cumplimiento de un objetivo o meta prevista en la Constitución o que busque proteger derechos constitucionales" (7-15-IN/21 , 2021); segundo, debe encontrarse que esta restricción sea idónea, es decir que la medida sirva para alcanzar el fin constitucional o "corresponde determinar su eficacia respecto al cumplimiento del fin perseguido" (7-15-IN/21 , 2021), la medida debe ser necesaria porque procurará que la limitación al derecho sea la mínima indispensable para garantizar el derecho que se protege entendiéndose como "la menos restrictiva para el ejercicio del derecho" (7-15-IN/21 , 2021); y, por último, que exista "un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional" (7-15-IN/21 , 2021), es decir proporcionalidad en sentido estricto. Para su aplicación, es necesario que todos los elementos sean aprobados, caso contrario, se entenderá como desproporcional la medida. No solo la Corte Constitucional ha señalado estos parámetros que se expresan a través de la LOGJCC, sino también la Corte Interamericana estableciendo que:

> "Un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley en sentido formal y material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad." (Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica, 2012)

En el Ecuador existe una constante colisión entre derechos y principios relacionados con tipos penales de peligro abstracto, entre la seguridad pública y los principios limitadores del poder punitivo del Estado, entendidos como axioma del garantismo penal cuando existe una norma que prohíbe la sanción por peligrosidad. En las páginas posteriores se buscará desarrollar un test de proporcionalidad respecto de un delito de peligro abstracto en un caso en concreto para poder analizar su pertinencia correspondiente.

### 3.3.2. Casuística

El Ecuador en octubre del 2019 atravesó un conflicto social de enorme magnitud. El Paro nacional se suscitó entre el jueves 3 y el miércoles 16 de octubre de ese año. "Mediante cadena nacional de martes 1 de octubre de 2019, el presidente […] anunció varias decisiones económicas que se implementarían en el país" (Defensoría del pueblo, 2021, p. 29). Dentro de las medidas se encontraba "la firma del Decreto Ejecutivo No 883 que liberaba el preso del diésel y de la gasolina extra" (Defensoría del pueblo, 2021, p. 29). El gremio de transportistas convocó a una paralización a la que diferentes frentes, organizaciones sociales de diversa índole y sociedad civil se sumaron encontrando, entre los principales, estudiantes, trabajadores entre otros, que se unen en esencia bajo crítica y oposición a las medidas que consideraron "traerían como consecuencia la precarización laboral y que la eliminación de los subsidios a los combustibles afectaría a los sectores empobrecidos del país." (Defensoría del pueblo, 2021, p. 30)

Como acción política el 3 de octubre de 2019, primer día de movilizaciones, a través del Decreto Ejecutivo No 884 el Gobierno Ecuatoriano "declaró estado de excepción en todo el territorio nacional, medida que significó la suspensión y/o restricción del ejercicio del derecho a la libertad de asociación y reunión, la limitación del derecho a la libertad de tránsito, la ejecución de requisiciones y el establecimiento como zona de seguridad a todo el territorio nacional" (Defensoría del pueblo, 2021, p. 30). Frente a esto, la Corte Constitucional del Ecuador determinó mediante el dictamen 5-19-EE/19 la constitucionalidad del estado excepción.

La manifestación social llevó una alta carga de violencia tanto estatal como social, esto tuvo como consecuencia que "el 8 de octubre de 2019 se emitió el Decreto Ejecutivo n.° 888, en el cual, entre otros temas, se resolvió restringir la libertad de tránsito y movilidad en el horario de 20:00 a 05:00, de lunes a domingo" (Defensoría del pueblo, 2021, p. 30), y en adición, se trasladó la sede de gobierno a Guayaquil. En este punto, ya se encontraban movilizados pueblos y nacionalidades indígenas como la FENOCIN y la CONAIE entre otros, existió un cierre de vías a nivel nacional. Las universidades de Quito como la Pontificia Universidad Católica, Universidad Politécnica Salesiana y la Universidad Central, entre otras, dieron su apoyo frontal a los manifestantes (Universidades como

la San Francisco también mostró abiertamente su rechazo) y abrieron sus puertas como un refugio del conflicto entendidas como zonas de paz y estas fueron atacadas por miembros de la policía nacional demostrando más aun el uso desmedido de la fuerza y el quebrantamiento de garantías esenciales escalando más el conflicto, aumentando la violencia.

El paro nacional concluyó cuando, por medio del diálogo, este "finalizó con el acuerdo entre el Gobierno y la dirigencia indígena que demandó un diálogo público y televisado. Con este acuerdo se emitió un nuevo decreto que dejó sin efecto el Decreto Ejecutivo n.° 883." (Defensoría del pueblo, 2021). Como resultado de este suceso, el informe emitido por la Defensoría del Pueblo detalla la muerte de 6 personas por responsabilidad de agentes estatales y 6 más en el contexto del paro nacional. Adicionalmente, "se registró un total de 1192 personas detenidas, […] El mayor número de personas detenidas se registró en Pichincha (532), seguida por Guayas (310) y Tungurahua (59)." (Defensoría del pueblo, 2021).

En este contexto, se encontró un caso emblemático donde la doctrina del Derecho Penal del Enemigo se visibiliza. En este caso, el 14 de octubre de 2019, vía Twitter, Fiscalía General del Estado anuncia la detención de la Prefecta de la Prefecta de Pichincha, Paola Pabón, figura representativa del partido político opositor al gobierno de turno, junto a otras personas, esto tras un allanamiento. Dentro de los hechos Relatados en el informe de la comisión de la verdad, la procesada argumentó que:

> "Después del allanamiento yo paso detenida más de 24 horas sin fórmula de juicio […] se nos hizo llegar el expediente el momento de la versión aproximadamente a las 13-14 horas de mi detención […] el sustento son dos tuits que publico, en el uno yo reclamo sobre la situación de Pichincha Universal que esos días fue sacada del aire […] y el segundo es un tuit donde yo me refiero a unas declaraciones que el vicepresidente da el mismo momento en que eran reprimidos de manera violenta en la zona de Cangahua, parroquia que está en la provincia de Pichincha […]
>
> Se pudo comprobar que fui ilegalmente vigilada […] los reportes son desde el 7 pero la orden del juez es desde el 8 de octubre […] otro de los temas es que este caso ha sido reservado […]. (Testimonio del 13 de enero de 2020)." (Defensoría del pueblo, 2021)

Fiscalía General del Estado, el 27 de agosto de 2020 señala que "La prefecta de Pichincha, Paola P., el ex asambleísta Virgilio H., y Christian G. van a juicio por el delito de rebelión" (Fiscalía General del Estado, 2020). El proceso se declaró como reservado. En marzo de 2022 otorgó amnistías a 270 personas dentro de las cuales se encontraba la Prefecta Pabón.

Este caso, como muchos otros en distintos momentos y gobiernos, es una muestra de la existencia del Derecho Penal del Enemigo en el Ecuador, por tanto, es el punto de partida para realizar un test de proporcionalidad que permita cuestionar la existencia de parte de este delito.

### 3.3.3. Test de Proporcionalidad: Propuesta

En el presente caso se tiene como objeto la declaración de inconstitucionalidad del artículo 336 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal respecto del delito de Rebelión. El tipo penal establece:

> "Art. 336.- Rebelión. - La persona que se alce o realice acciones violentas que tengan por objeto el desconocimiento de la Constitución de la República o el derrocamiento del gobierno legítimamente constituido, sin que ello afecte el legítimo derecho a la resistencia, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años." (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

El primer inciso del artículo ad supra, representa un gran riesgo para la garantía de derechos fundamentales. El tipo penal existe en contradicción con el derecho a la protesta o manifestación encontrado en el artículo 66 núm. 13, libertad de expresión establecido en el artículo 66. núm. 6 así como el derecho a la resistencia prescrito en el artículo 98 de la Carta Magna. Adicionalmente, los principios limitadores del poder punitivo como los de lesividad y proporcionalidad.

#### 3.3.3.1 Análisis del delito.

El tipo penal de rebelión establecido en el artículo 336 del COIP representa, en la forma en la que se encuentra estructurado, un verdadero conflicto. "La rebelión es sin duda el delito político por excelencia pues ataca las mismas bases del modelo constitucional" (Lamarca, 2017). En primer lugar, es un delito de peligro abstracto, en cuanto sanciona un riesgo frente a un hecho incierto. La estructura del tipo muestra una gran amplitud en cuando al lenguaje, uno de sus verbos rectores es "alzar", haciendo un análisis exegético o literal es necesario remitirse a las definiciones. El verbo alzar cuenta con un sin número de definiciones según la Real Academia de la Lengua, entre esas, encuentra en primer lugar como sinónimo la palabra "sublevar", esta palabra representa como primer elemento "Llevar a alguien a la sedición o al motín" (RAE, 2022), y una segunda es "excitar indignación, promover sentimiento de protesta" (RAE, 2022). En este sentido, se asume esta definición debido a la vaguedad del término utilizada, representando ya un problema. En segundo lugar, el siguiente verbo rector del tipo "realizar" completándose con acciones violentas. La abstracción de la definición puede generar más problemas que soluciones. La violencia puede ser entendida desde diversas visiones, una acción violenta desde su definición puede significar "que implica una fuerza e intensidad extraordinarias" (RAE, 2022) como primera definición o en su defecto también "que implica el uso de la fuerza, física o moral" (RAE, 2022) entre otras. ¿Cómo se definirá que son acciones violentas? Esto parece quedar a discrecionalidad del juzgador, en un análisis puramente valorativo, generando mayor abstracción del término.

El artículo 13 del Código Orgánico Integral Penal establece 3 reglas de interpretación de las normas del código:

> "1. La interpretación en materia penal se realizará en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República de manera integral y a los instrumentos internacionales de derechos humanos.
> 2. Los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma.
> 3. Queda prohibida la utilización de la analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos." (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

Sin duda, la falta de claridad en la construcción del tipo genera un inconveniente en cuanto a la amplitud de este. Tradicionalmente, el término alzar hacía una clara referencia a un alzamiento en armas, sin embargo, el tipo agravado contenido en el siguiente inciso es el que declara esta particularidad, dejando sin piso la definición tradicional del "alzar", por lo que muestra una línea más enfocada en la criminalización de la protesta. A continuación, se detallará cómo este tipo penal vulnera derechos constitucionales y principios fundamentales como limitadores del poder punitivo del Estado

#### 3.3.3.2 Derecho a la protesta

El derecho a la protesta se encuentra establecido en el artículo 66. Núm. 13 de la Carta magna, prescribiendo que: Se comprenderá que "la protesta es una forma de acción individual o colectiva dirigida a expresar ideas, visiones o valores de disenso, oposición, denuncia o reivindicación.". (Lanza, 2019)

> "Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:
> 13. El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria." (Constitución del Ecuador, 2008)

"Las altas cortes nacionales e internacionales han interpretado que el derecho de reunión pacífica y sin armas no debe interpretarse de forma restrictiva, dado que constituye un elemento fundamental de la democracia." (Lanza, 2019) Este derecho entonces, al encontrar tipos penales con tanta vaguedad que pueden llegar a ser utilizados por su redacción a limitar el derecho legítimo a protestar contra sus mandatarios, delitos o sanciones tan altas y desproporcionales, no solo vulnerando este derecho sino un principio esencial de proporcionalidad, frente a la posibilidad de protestar desincentivaría la iniciativa popular de ejercer este derecho por miedo a la posibilidad de sanción. No puede darse una herramienta de esta naturaleza a ningún gobierno puesto desnaturalizan la acción social en un sistema democrático produciendo un "*chilling effect"*. [3]

[3] El chilling effect se refiere a "un efecto de "enfriamiento" de las expresiones y del debate público." (González Morales, 2006, pág. 257) es decir que algún sector se autocensura por evitar sanciones cualquiera sea su naturaleza.

### 3.3.3.3 Derecho a la libertad de expresión

La libertad de expresión es uno de los derechos que fundan el Estado moderno frente a una historia de Estados y gobiernos tiránicos. La Constitución de la República lo reconoce en su Artículo 66 núm. 6, prescribiendo:

> "Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:
> 6. El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones

En este sentido toda persona debe sentir la seguridad suficiente de expresar su opinión sin temor a represalias, frente a esto la Corte IDH ha establecido que:

> "Sin una efectiva garantía de la libertad de expresión, se debilita el sistema democrático y sufren quebranto el pluralismo y la tolerancia; los mecanismos de control y denuncia ciudadana pueden volverse inoperantes y, en definitiva, se crea un campo fértil para que arraiguen sistemas autoritarios" (Caso Palacio Urrutia y otros vs. Ecuador, 2021)

Al reconocer durante toda la investigación la irracionalidad del poder punitivo del Estado, el mismo no debería contar con herramientas que permitan a un régimen tomar una posición más autoritaria. Esto implica la construcción de tipos penales que restrinjan injustificadamente la libertad de expresión al buscar la salida de un gobernante por insatisfacción popular llevando a generar espacios de protestas y conectándolo con el derecho a la protesta.

### 3.3.3.4 Derecho a la resistencia

La Constitución del 2008 plasma el derecho a la resistencia, que según Cordero (2013) "permitiría la desobediencia del ordenamiento jurídico" (pág. 32). El artículo 98 de la Carta Magna Prescribe:

> "Art. 98.- Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos." (Constitución del Ecuador, 2008)

"Sin embargo, lejos de ser una forma de violar la Constitución o de atentar contra el estado de Derecho, puede verse como complementario al sistema, ya que permite la expresión de quienes en circunstancias normales estarían excluidos del debate político." (Cordero, 2013, pág. 32) Es decir, que el derecho a la resistencia se vuelve un mecanismo adicional para la protección de derechos fundamentales.

¿A qué se refiere el tipo penal cuando prescribe que las acciones que buscan desconocer o la constitución o derrocamiento de un gobierno "sin que ello afecte el legítimo derecho a la resistencia"?

¿Cuál es el límite al derecho a la resistencia? Este derecho encuentra un alto grado de indeterminación, y la Corte Constitucional del Ecuador no ha dado la importancia correspondiente para que se pueda determinar con claridad donde están sus límites, sin embargo, es también Cordero (2013) quien frente a este cuestionamiento considera:

> "El alto grado de indeterminación de un derecho permite generarle límites en base a los otros derechos que coexisten en el sistema. (…) Sin embargo, esto no es posible con el derecho a la resistencia. Como está formulado el derecho a la resistencia, no podría estar limitado por la acción legislativa, al ser anti-sistémico la norma no podría indicar cuándo se puede y ejercer y cuándo no. Por principio, si una actividad es legal y autorizada no es un acto de resistencia." (pág. 37)

Bajo esta posición, el delito de rebelión principalmente en su primer inciso vulnera este derecho, que es conexo a los derechos descritos con anterioridad. Bajo la visión de Cordero, el derecho a la resistencia cumple esta naturaleza de anti-sistémico, por lo tanto, la ciudadanía con el fin de defenderse de decisiones o acciones ilegítimas que vulneren o puedan vulnerar sus derechos fundamentales, o en situaciones donde el Estado tome una postura intransigente frente a la necesidad de reconocimiento de nuevos derechos, esta tomará las acciones necesarias para que se presente esa posición en el debate político a nivel institucional. Este derecho implica la posibilidad de desafiar a la autoridad ante aquello que se considere como injusto.

La redacción del tipo actualmente implica una sanción a la protesta, es legítimo, incluso como mecanismo de control político de la sociedad, el buscar la salida de un gobernante, protestarlo o exigirlo. Este delito, sanciona esa posición en su primer inciso. Este tipo penal podrá encontrar su sentido en cuanto a un levantamiento de armas o elementos que lleven a un plano de conflicto armado, indistintamente de su naturaleza porque tiene otras implicaciones.

### 3.3.3.5 Elementos del test

En primer lugar, se debe analizar si la restricción que representa el delito de rebelión en su primer inciso persigue un fin constitucionalmente válido recordando que "una restricción o limitación persiga un fin legítimo implica que la medida adoptada tenga como horizonte el cumplimiento de un objetivo o meta prevista en la Constitución o que busque proteger derechos constitucionales." (7-15-IN/21 , 2021) En principio, el tipo penal supone defender la estructura del estado constitucional reconociéndose como un delito contra la seguridad pública. Sin embargo, en cuanto el primer inciso persigue una conducta derivada de la manifestación o protesta social, el tipo penal parece ser una herramienta de protección del gobierno de turno frente a la posibilidad y libertad de la población de cuestionar su autoridad deseando y manifestando el fin de su mandato, adelantando la punibilidad

cuando el hecho de manifestarlo no signifique que pueda incluso llegar a derrocar a un gobierno. Simplemente vendrá de la mano de una exigencia legitima de la población.

En segundo lugar, y a pesar de que no cumple ya con el primer requisito del test, requiere que la restricción sea idónea, es decir "corresponde determinar su eficacia respecto al cumplimiento del fin perseguido" (7-15-IN/21 , 2021) ¿Cuál es el fin perseguido del delito de Rebelión? En principio, este delito lo que debería limitar es un levantamiento armado, donde los fines de una protestan escalarán a un nivel de conflicto, en donde se pondrá en riesgo otros bienes jurídicos protegidos, en cuanto el límite sea eso, la medida parece ser idónea, sin embargo, bajo la redacción del tipo, la norma impugnada pondría en jaque a derechos como el de manifestación libertad de expresión y resistencia, por más que este esté incluido en la redacción del tipo como límite de este, siendo una contradicción en sí mismo. El tipo penal al no establecer de manera taxativa su ámbito de aplicación y manteniendo de manera tan vaga su redacción pierde el fin en sí mismo no siendo tampoco idónea la medida.

En tercer lugar, se debe revisar si la medida es necesaria, esto implica que esta debe ser "la menos restrictiva para el ejercicio del derecho" (7-15-IN/21 , 2021). La norma impugnada, al contrario de la definición, implica es que es una medida que busca generar un "*chilling effect*" al sancionar con esa magnitud el hecho de ser contradictor del sistema político.

Por último, en cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, la Corte Constitucional ha señalado que "implica analizar la existencia de un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional" (025-16-SIN-CC). En este sentido, representa una pena excesivamente alta frente a la posibilidad de cuestionar al régimen de gobierno en ejercicio legítimo de derechos fundamentales. La existencia de este delito en su primer inciso limita más de lo que protege, dando puerta abierta al gobierno de turno de utilizarlo como una herramienta política de opresión para evitar cuestionamientos.

Por todo lo antes expuesto, el artículo 336 del Código Orgánico Integral Penal restringe injustificadamente el derecho a la resistencia, manifestación y libertad de expresión. Incluso es contradictorio con el principio de proporcionalidad, así como el de lesividad.

## 4. Conclusiones/Recomendaciones

Los tipos de peligro abstracto van a encontrar una constante tensión entre la seguridad pública y garantía de derechos fundamentales. El garantismo penal sin duda va a enfrentar incompatibilidad en cuanto a delitos que se originan en una doctrina como la del Derecho Penal del Enemigo, entrelazada a un Derecho Penal de Autor. El Estado Constitucional de derechos debe plagar de una lógica garantista a toda la normativa ecuatoriana, de la cual, nuestro Código Penal no podrá escapar. En este

sentido, los axiomas del garantismo manifestados por Ferrajoli encuentran una absoluta vigencia debido a que estos principios limitadores del poder punitivo del Estado van íntimamente ligados a la protección y garantía de derechos fundamentales.

Se puede concluir que el conflicto de constitucionalidad nace en principio en un debate doctrinario que encuentra una amplia zona gris por la construcción de la normativa penal y el bajo desarrollo jurisprudencial en esta materia. Existen incongruencias y contradicciones evidentes de estos tipos penales frente a principios limitadores del poder punitivo. La Corte Constitucional del Ecuador hasta la fecha ha desarrollado de manera escaza estos principios y para poder zanjar varios elementos del debate existente con relación a estos delitos, deberá empezar con la construcción jurisprudencial de los mismos.

En principio, ningún tipo penal de peligro abstracto podría encontrar compatibilidad con un sistema garantista, ahora bien, ningún código, norma o delito se construye puramente bajo una doctrina, y el caso ecuatoriano no será diferente, por tanto, se debe transitar por amplio espectro de posibilidades/interpretaciones/subjetividades en relación a la norma, que difuminan el análisis y por tanto, existirán criterios que podrán sostener el fin y la necesidad de estos tipos penales. Sin embargo, existe un peligro latente, y es que muchos de estos tipos penales por el bien jurídico que protegen o la construcción del mismo, van a ser un verdadero problema en cuanto a su utilización como herramienta política para intimidar adversarios o como mecanismo disuasorio para ejercer derechos como el de la protesta. El derecho penal no puede tener esta distinción como la hecha por Jakobs respecto de a quien se considera "ciudadano" o "enemigo" o lo que en palabras de Rodríguez representaría la Bipolaridad del derecho penal. Es una visión si existente, pero sumamente peligrosa.

Lamentablemente las condiciones sociales no permiten que un pensamiento que defienda el garantismo pueda interpelar de manera adecuada. Al momento de escribir estas líneas el Ecuador se encuentra atravesando una situación de seguridad compleja, cerrando el 2022 con la mayor cantidad de muertes violentas ocasionadas justamente por el desarrollo de crimen organizado, narcotráfico, entre otros problemas que generan mucha alarma social. Esta situación de riesgo también es alimentada por medios de comunicación construyendo una narrativa de crisis absoluta.

> *Se genera la idea de que "no se puede salir a la calle porque te matan" y, a partir de esa construcción político-comunicacional, una parte de la sociedad consiente en entregar paulatinamente sus derechos y garantías, suponiendo que no son sus derechos y garantías los que entrega sino los de otros (asesinos, violadores, motochorros, corruptos, terroristas) a los que considera tan ajenos que no importa lo que suceda con ellos"* (Cesaroni, 2021)

La respuesta como bien ha señalado Cesaroni es justamente la entrega de derechos y garantías puesto que se supone que no son los propios sino del "enemigo". Discursivamente la sociedad plantea una "necesidad" de mano dura legitimando la irracionalidad en pleno del poder punitivo para poder

“garantizar” seguridad, aunque de manera a priori sin temor al error, se podría afirmar, sin minimizar el evidente incremento de la violencia derivado del aumento de criminalidad, que son otros los problemas estructurales prioritarios a resolver.

Sin embargo, la defensa de derechos fundamentales no debería observar los deseos de una turba conmocionada por situaciones puntuales en el espacio-tiempo en detrimento de garantizar el efectivo goce de derechos que el Derecho Penal del Enemigo, algunos tipos de peligro abstracto y la coyuntura estarían dispuestos a sacrificar con el fin de castigar al enemigo. Es aquí donde con más ahínco la Corte Constitucional debe profundizar en estas cuestiones tan complejas. En un primer momento para que la Corte pueda llegar a analizar los tipos penales en cuestión se recomendará llevar a cabo acciones públicas de inconstitucionalidad para que pueda concluir en un test de proporcionalidad en base al artículo 3 núm. 2 de la LOGJCC que zanje discusiones sobre los delitos, al menos, más conflictivos y que menos validez manifiesten en la práctica.

Se ha podido observar que delitos como el del 336 del COIP en su totalidad no son compatibles con el sistema constitucional ecuatoriano, debiendo este, ser expulsado del mismo al no cumplir con ningún elemento del test de proporcionalidad, por lo tanto, a pesar de la posición plasmada por Rodríguez (2023) cuando justifica que el Derecho Penal del Enemigo “es una teoría descriptiva, que puede ser hallada en nuestros ordenamientos jurídicos, de forma normativa, aplicable y real”. No por el hecho de que se encuentre en la norma puede ser aplicable, esta debe ser cuestionada profundamente para continuar construyendo un derecho penal más justo y donde todas y todos sean considerados ciudadanos, sin caer en la arbitrariedad de la irracionalidad del poder punitivo del Estado siendo su “enemigo”.

La condición de enemigo es cambiante en el tiempo y los roles siempre podrán invertirse. Por diversas circunstancias sociales, políticas e incluso históricas una persona puede cambiar de rol en un abrir y cerrar de ojos, frente a esto y como último punto, es necesario cerrar este trabajo manifestando que:

<u>Es imprescindible garantizar que, quienes menos el mundo considere que merecen tener derechos, los tengan, para que así todas y todos seamos merecedores de estos.</u>

## 5. Bibliografía


Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho.* Barcelona: Gedisa.

001-10-PJO-CC (Corte Constitucional del Ecuador 22 de Diciembre de 2010).

025-16-SIN-CC (Corte Constitucional del Ecuador 6 de abril de 2016).

037-13-SCN-CC, Sentencia (Corte Constitucional del Ecuador 11 de junio de 2013).

7-15-IN/21 (Corte Constitucional del Ecuador 7 de abril de 2021).

Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho.* Barcelona: Gedisa.

Ávila Santamaría, R. (2009). Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia. En *Anuario de derecho constitucional latinoamericano* (págs. 775 - 793). mONTEVIDEO: unam.

Ávila Santamaría, R. (2013). *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal.* Quito: UASB.

Beccaria, C. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas.* Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.

C-939/02 (Corte Constitucional Colombia 31 de octubre de 2002).

Caicedo Tapia, D. (2009). El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución. En *Revista de Derecho* (págs. 6 - 29). Quito: UASB.

Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica (Corte IDH 28 de noviembre de 2012).

Caso Palacio Urrutia y otros vs. Ecuador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Noviiembre de 2021).

Cesaroni, C. (2021). *Contra el punitivismo.* Bogotá: PAIDÓS.

Código Orgánico Integral Penal (2014).

Conde Muñoz, F., & García Arán, M. (2010). *Derecho Penal Parte General.* Barcelona: Tirant lo blach libros.

Constitución del Ecuador (2008).

Cordero, D. (2013). *El derecho a la Resistencia y la criminalización de la defensa de los derechos humanos y la anturaleza.* Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Área de Derecho.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, 31362 (Sala de Casación Penal 13 de mayo de 2009).

Cuadrado Ruíz, A. (2020). *Principios de Derecho penal III: Intervención mínima y proporcionalidad. Principios de Justicia y utilidad.*

Defensoría del pueblo. (2021). *Informe de la comisión especial para la verdad y la justicia respecto de los hechos ocurridos en ecuador entre el 3 y el 16 de octubre de 2019.* Quito: Andinagraph.

Elbert, C. A. (2005). *Manual Básico de Criminología.* Bogota: Temis.

Encalada, P. (2015). *Teoría constitucional del delito.* Quito: Corporación de estudios y publicaciones.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal.* Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2004). *Derecho y Garantías: La ley del más débil.* Roma: Trotta.

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

Fiscalía General del Estado. (27 de agosto de 2020). *Fiscalía General del Estado*. Obtenido de https://www.fiscalia.gob.ec/caso-rebelion-paola-p-virgilio-h-y-christian-g-son-llamados-a-juicio/

González Morales, F. (2006). Censura judicial y libertad de expresión: sistema interamericano y derecho chileno. En IIDH, *REVISTA IIDH* (págs. 239 - 280). IIDH.

González Morales, F. (2006). Censura judicial y libertad de expresión: sistema interamericano y derecho chileno. En IIDH, *Revista IIDH* (págs. 240 - 280). San José: IIDH.

Guerrero Salgado, E. (2020). *Ecuador manual de uso: Reflexiones sobre el artículo 1 de la Constitución.* Quito: Centro de publicaciones.

Jakobs, G., & Cancio Meliá, M. (2003). *Derecho penal del enemigo.* Madrid: Thomson Civitas.

Jiménez Roche, A. I. (2016). *DELITO DE TERRORISMO EN EL ECUADOR: ANÁLISIS DESDE LOS PRINCIPIOS DEL GARANTISMO PENAL APLICADOS A LA NORMA Y AL CASO "LOS 10 DE LULUNCOTO".* Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Lamarca. (2017). *Delitos contra el Orden Público: La Parte Especial del Derecho Penal.* Madrid: DIKYNSON, S.L.

Lanza, E. (2019). *Protesta y Derechos Humanos: Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta sociala y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal.* CIDH - RELE.

LOGJCC (Asamblea Nacional 21 de Septiembre de 2009).

Lozada Prado, A., & Ricaurte Herrera, C. (2015). *Manual de argumentación Constitucional. Propuesta de un método.* Quito: CEDEC.

Mir puig, S. (2006). *Derecho penal Parte General.* Barcelona: Reppertor.

Olingi León, A. (2008). *Tratamiento jurídico de la tentativa en el delito de homicidio.* Cuenca: Universidad del Azuay.

Ontaneda Iglesias, L. (2017). *Los delitos de peligro: Tratamiento doctrinal y jurisprudencial.* Santander: Universidad de Cantabria.

Pérez Escobar, J. (2015). *Metodología y técnica de la investigación jurídica.* Bogotá: Temis.

Piñeiro, J. L. (2003). Las fuentes del derecho penal entre la modernidad y la posmodernidad. En *Cartapacio Nro 6.* Buenos Aires: Universidad del Centro.

Prieto Morera, A. (S.F.). *La teoria de los fines de la pena de Luigi Ferrajoli*. Obtenido de https://ficp.es/wp-content/uploads/Prieto-Morera-Agust%C3%ADn-Fines-de-la-pena.pdf

RAE. (2022). *Real Académia Española*. Obtenido de https://dle.rae.es/sublevar#JgGdfud

Rodríguez, F. (2020). *Curso de derecho penal parte general tomo II.* Quito: Cevallos.

Rodríguez, F. (2020). *Curso general de derecho penal. Parte General. Tomo III.* Quito: Cevallos.

Rodríguez, F. (2023). *La bipolaridad del derecho penal.* Quito: Ecuador.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General Tomo I: Fundamentos de la estructura de la teoría del delito.* Madrid: Civitas.

Silva Sánchez, J. M. (2006). *La expansión del Derecho penal.* Montevideo: B de f.

STS 6869/1997 (Tribunal Supremo de España 17 de nobiembre de 1997).

STS 7/2002 (Tribunal Supremo de España 19 de enero de 2002).

Tribunal Constitucional de Chile, Rol No 739-07 (Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad: Respecto al delito de asociación ilícita, art. 292 27 de febrero de 2007).

Weber, M. (1919). *La política como vocación.* Múnich.

Zaffaroni, E. R. (2009). *Estructura básica del derecho penal.* Buenos Aires: EDIAR.

Zaffaroni, E. R. (2012). *La cuestión Criminal.* Buenos Aires: Planeta.